



Roj: **STSJ AND 13011/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:13011**

Id Cendoj: **29067340012019101475**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2019**

Nº de Recurso: **468/2019**

Nº de Resolución: **1220/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

### SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN **MÁLAGA**

N.I.G.: 2906744420180007166

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 468/2019

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE **MALAGA**

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 522/2018

Recurrente: Diana

Representante: LUIS ANTONIO GONZALEZ-PALENCIA LAGUNILLA

Recurrido: **DIPUTACION** PROVINCIAL DE **MALAGA** y MINISTERIO FISCAL

Representante: S.J. DE LA DIP. PROV. DE **MALAGA**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES, ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de **Málaga** a tres de julio de dos mil diecinueve.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN **MÁLAGA**, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

#### EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

#### **S E N T E N C I A 1220/19**

En el recurso de Suplicación interpuesto por Diana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número nueve de **Málaga**, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Que según consta en autos se presentó demanda por Diana sobre despido siendo demandada la **Diputación** Provincial de **Málaga** y parte el Ministerio Fiscal habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 12 de diciembre de 2019 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO:** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



Primero : Que D<sup>a</sup>. Diana , mayor de edad , viene prestando servicios para la empresa **Diputación** Provincial de **Málaga** , con antigüedad computable de 6-7-10 , ostentando la categoría profesional de auxiliar administrativo y un salario mensual de 2035,76 € incluida prorrateada de pagas extraordinarias.

Segundo: Que por sentencia del juzgado de lo social nº 13 de **Málaga** se estimó la demanda interpuesta por la actora con fecha 28-12-17 , declarando el

derecho de la trabajadora a ser reconocida como trabajadora indefinida con antigüedad de 6-7-10 , en la relación habida de 6-7-10 s 31-5-18 con todos los derechos inherentes a dicha declaración .

Tercero: Que la actora no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, ni se encuentra afiliado a sindicato alguno.

Cuarto: Que el día 10-11-17 la actora interpuso reclamación previa solicitando que su relación laboral fuera considerada como indefinida , dictándose resolución desestimatoria el 13- 12-17 e interponiendo demanda ante el juzgado de lo social el 22-12-17 .

Quinto: Que la actora firmó contrato el 6-7-10 eventual por circunstancias de la producción hasta el 30-9-10, el 1-10-10 firmó contrato obra o servicio determinado prorrogado hasta el 31-12-17 , nuevo contrato el 1-1-18 eventual por circunstancias de la producción hasta el 31-5-18 .

Sexto : Por la **Diputación** Provincial de **Málaga** se ha comunicado a la actora la finalización de cada uno de los contratos temporales firmados .

Séptimo : El 14-8-17 se publicaron las bases de la convocatoria de 11 de agosto por las que se regirían los procesos de selección de la **Diputación** provincial de **Málaga** , para la constitución o ampliación de bolsas de empleo a fin de seleccionar personal para su nombramiento como funcionario interino o

contratación como personal laboral .

Octavo : La actora figura en el listado de aspirantes publicado el 6-10-17 .

Noveno : Resulta de aplicación el convenio colectivo de personal laboral de la **Diputación** de **Málaga** .

Décimo : Por acuerdo de 2-5-18 publicado el 8-5-18 se aprobó , una vez aportada la documentación de los aspirantes seleccionados , la ampliación de la bolsa de empleo de la categoría de auxiliar administrativo , publicada en el BOP de 5-4-18 , a fin de seleccionar el nombramiento como funcionario interino o para su contratación como personal laboral temporal , no constando la actora en la misma .

Décimo Primero : El contrato celebrado el 1-1-18 eventual por circunstancias de la producción tenía una duración hasta el 31-3-18 , prorrogado hasta el 31-5-18, el 12-4-18 se comunicó que el 31-5-18 finalizaría el contrato, que comenzó el 1-1-18 , por lo que deberá cesar en el desempeño de las funciones

encomendadas .

Décimo Segundo : La actora interpuso demanda contra el cese de 31-5-18 , el día 5-6-18 .

**TERCERO:** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte actora, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La sentencia de instancia estima en parte la demanda sobre despido promovida por la actora y califica el cese de la misma como un despido improcedente, condenando al organismo demandado a optar entre la readmisión de la trabajadora, con abono de los correspondientes salarios de tramitación, a razón de 67,85 € diarios, o la extinción de la relación laboral, con abono de una indemnización cifrada en la cantidad de 19.269,40 €. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la demandante, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la modificación del hecho probado séptimo, en el sentido de señalar que el objeto de la convocatoria de 11 de agosto de 2017 fue la constitución o ampliación de las bolsas de empleo a fin de seleccionar personal para su nombramiento como funcionario interino o contratación como personal laboral temporal.

Debe estimarse la modificación fáctica solicitada, pues la misma encuentra debido apoyo en la prueba documental obrante en las actuaciones, concretamente en las bases de la convocatoria de 11 de agosto de 2017 para constituir las bolsas de empleo temporal de la **Diputación** Provincial de **Málaga** (folio 52 de los autos).



**SEGUNDO:** Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula el segundo motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 17.1 y 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, 108.2 y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 24.1 de la Constitución Española, así como de la doctrina de unificación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que interpreta dichas normas. Alega la parte recurrente que debe declararse la nulidad del despido acordado por el organismo demandado, dado que dicho despido se ha producido con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora y más concretamente con la vulneración de la garantía de indemnidad de la misma, pues el despido fue una represalia de la empresa por la anterior reclamación judicial planteada por la actora.

El Tribunal Constitucional en sus sentencias 140/1999 y 168/1999 señala que el artículo 24 de la Constitución otorga una garantía de indemnidad del trabajador titular del derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales, recordando dichas sentencias que la vulneración de dicho derecho no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que el mismo puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Señala el Tribunal Constitucional que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de la empresa demandada por el mero hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación del despido debe ser la de nulo, por atentar el mismo al derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador y suponer una violación de la garantía de indemnidad del mismo.

Asimismo, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar unos indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no es suficiente para el trabajador la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que el demandante debe aportar además un indicio razonable de que la violación del derecho fundamental se ha producido, de tal manera que únicamente cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al demandado probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante ( sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 266/1993, 74/1998 y 90/1997, entre otras muchas). Dicha doctrina ha sido acogida expresamente por los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a tenor de los cuales en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derechos fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

La Sala considera que en el supuesto de autos la actora ha acreditado la existencia de esos indicios racionales fácticos sobre la vulneración del derecho a la garantía de indemnidad alegado, pues el cese de la trabajadora acaecido el el 31 de mayo de 2018 se produjo después de una demanda judicial planteada por la misma contra la empresa demandada con fecha 22 de diciembre de 2017. Ante ello, corresponde al indicado organismo demandado la carga de probar la existencia de una justificación objetiva y razonable, acerca de la concurrencia de causas bastantes para proceder al despido de la trabajadora ( artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Pues bien, en el presente caso la empresa demandada no procede al cese de la actora en base a hechos ficticios o irreales, sino que por contra la cesa al finalizar el contrato eventual por circunstancias de la producción suscrito el 1 de enero de 2018, el cual tenía una duración inicial de tres meses (hasta el 31 de marzo de 2018) y posteriormente fue prorrogado por otros dos meses más (hasta el 31 de mayo de 2018), sin que además la actora fuese seleccionada para formar parte de la bolsa de empleo de la **Diputación Provincial de Málaga**, no figurando la misma en la lista de los 50 aprobados en el proceso de selección en el que había participado, por lo que resulta evidente que dicho cese en modo alguno estuvo motivado por una represalia de la empresa por la demanda presentada por la actora con fecha 22 de diciembre de 2017, sino que tuvo una causa o motivo diferente y totalmente ajena a esa alegada vulneración del derecho a la garantía de indemnidad de la trabajadora. Es cierto que la sentencia de instancia ha calificado dicho cese como un despido improcedente, por considerar que en el momento de celebración del contrato eventual por circunstancias de la producción la actora ya ostentaba la condición de trabajadora indefinida del organismo demandado, pero esto por si mismo no es suficiente para calificar dicho cese como un despido por vulneración de la garantía de indemnidad de la actora, pues en el supuesto de autos existía una discrepancia jurídica razonable acerca de si la trabajadora ostentaba o no la condición de indefinida en el momento de suscripción con fecha 1 de enero



de 2018 del contrato eventual por circunstancias de la producción, cuestión esta que es totalmente ajena a la alegada vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, máxime si tenemos en cuenta que cuando se suscribió dicho contrato eventual el 1 de enero de 2018 la actora ya había presentado con fecha 22 de diciembre de 2017 la demanda contra el organismo demandado, a pesar de lo cual el mismo no tuvo problema alguno en volver a contratarla, lo que evidencia que la auténtica razón del cese no fue tanto una represalia contra esa demanda anterior, sino la finalización del término pactado en el contrato y la no selección de la actora para la bolsa de contratación temporal de la entidad demandada. Todo lo anterior nos lleva a desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

#### FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por Doña Diana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número nueve de **Málaga** con fecha 12 de diciembre de 2018, en autos sobre despido seguidos a instancias de dicha recurrente contra la Excmá **Diputación** Provincial de **Málaga**, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.