



Roj: **STSJ AND 6072/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:6072**

Id Cendoj: **29067340012019100904**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **177/2019**

Nº de Resolución: **945/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE LUIS BARRAGAN MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

### SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN

#### **MALAGA**

N.I.G.: 2906744420180007214

Negociado: **JL**

**Recurso: Recursos de Suplicación 177/2019**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE **MALAGA**

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 540/2018

Recurrente: Nuria

Representante: MARIA JOSE PARDO RODRIGUEZ

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

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

**Sentencia Nº 945/19**

**ILTMO. SR. D. 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 veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en **Málaga**, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número siete de **Málaga**, de 30 de septiembre de 2018, en el que han intervenido como recurrente DOÑA Nuria, dirigida técnicamente por la letrada doña María José Pardo Rodríguez, y como recurrida **DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MÁLAGA**, dirigida técnicamente por la letrada doña María Concepción Serrano Luque.

Ha sido Ponente JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 7 de junio de 2018 doña Nuria presentó demanda contra **Diputación Provincial de Málaga**, en la que suplicaba que su cese, el 31 de mayo de 2018, fuese declarado constitutivo de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente.



**SEGUNDO:** La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número siete de **Málaga**, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 540-18, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 14 de junio de 2018, se dio intervención a Ministerio Fiscal, y se celebraron los actos de conciliación y juicio el 6 de septiembre de 2018.

**TERCERO:** El 30 de septiembre de 2018 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <I.- Que debo estimar y estimo la demanda de despido interpuesta por doña Nuria frente a **Diputación Provincial de Málaga** declarando que el despido de fecha 31 de mayo de 2018 constituye un despido improcedente, condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días opte por: o por la indemnización, con extinción de contrato de trabajo a fecha de despido, con abono por la demandada de la cantidad de 21.263,83 euros en concepto de indemnización; o por la readmisión en las mismas condiciones que ostentase la demandante antes de despido y al abono de salarios de tramitación a razón de 66,92 euros diarios desde el despido, 31 de mayo de 2018, hasta la readmisión. Se advierte que caso de no optar expresamente en plazo de cinco días se entenderá que opta por la readmisión. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia. II.- Que debo desestimar y desestimo la petición de despido nulo presentada por la actora frente a la demandada>.

**CUARTO:** En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

Primero.- Dña. Nuria trabaja como auxiliar administrativa para la **Diputación de Málaga** con salario de 2.035,76 euros, debiendo tener una antigüedad desde el 17 de septiembre de 2009.

Segundo.- La actora suscribió contrato temporal desde el 1 agosto a 18 septiembre de 2006, del 26 de diciembre de 2006 al 5 de enero de 2007, del 12 de febrero a 9 de abril de 2007, de 12 a 17 de abril de 2008, de 6 de abril al 8 de abril de 2009, del 24 de abril a 12 de mayo, del 4 de junio al 3 septiembre, y del 17 septiembre al 16 de diciembre de 2009, del 6 de abril al 6 de mayo de 2010. El siguiente contrato es del 6 de julio al 30 de septiembre de 2010. Y desde el 1 de octubre de 2010 al 31 de diciembre de 2017. Siendo objeto de 8 ampliaciones. Posteriormente se celebra un último contrato desde el 1 de enero al 31 de mayo de 2018.

Tercero.- El contrato de 17 de septiembre de 2009 era por circunstancias de la producción consignándose como su objeto "atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos consistentes en aún tratándose de la actividad normal de la empresa".

Cuarto.- El 6 de julio de 2010 firma contrato eventual por circunstancias de la producción hace constar el objeto de dicha contratación "atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en ..... aun tratándose de actividad normal de la empresa. El 1 de octubre de 2010 se firma contrato de obra o servicio por tres meses y se hace constar como causa "tareas administrativas, atención dependencia / ayuda a domicilio (ZTS n - Guadalteba)"; dicho contrato es prorrogado en 8 ocasiones hasta el 31 de diciembre de 2017. El 1 de enero de 2018 se firma contrato eventual por incremento de "atención de personas que pudieren encontrarse en situación de dependencia o a los familiares representantes legales de las mismas así como atender al servicio de ayuda a domicilio de las corporaciones locales". El contrato es por tres meses y llegado su vencimiento se prorrogó por dos más.

Quinto.- El 31 de mayo de 2018 se puso fin a la relación laboral sin comunicación escrita expresiva de la causa.

Sexto.- El 27 de octubre de 2017 la actora presentó reclamación administrativa previa frente a la demandada declarativa de derechos y posteriormente el 30 de octubre presenta demanda de reclamación de derechos. Por decreto del Juzgado de lo Social 3 de 6 de noviembre de 2017 se incoa el proceso 1028/2017 el cual se encuentra pendiente de celebración de juicio. Con posterioridad se resolvió la reclamación administrativa previa por decreto de 13 de diciembre de 2017 de la **Diputación Provincial**.

Séptimo.- En el BOPMA de 14 de agosto de 2017 se publicó la convocatoria de bolsas de empleo, entre otros, de auxiliar administrativo 50 plazas. El 6 de octubre se publica el listado de admitidos entre los que se encuentra la actora. El 8 de mayo de 2018 se publican el listado de los 50 aspirantes que habían aprobado la selección para integrar la bolsa de empleo de auxiliar administrativo entre los que no se encuentra la actora.

**QUINTO:** El 8 de octubre de 2018 la demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por la **Diputación Provincial** demandada, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

**SEXTO:** El 1 de febrero de 2019 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 22 de mayo de 2019.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO:** En la demanda se solicita que el cese de la demandante, el 31 de mayo de 2018, sea declarado constitutivo de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado la pretensión subsidiaria de la demanda, reconociendo a la **Diputación Provincial** demandada la opción entre readmisión e indemnización. En el recurso de suplicación la demandante solicita se declare que la opción entre la readmisión y la indemnización corresponde a la demandante y que, en consecuencia, se condene a la demandada a readmitirla con la condición de trabajadora indefinida no fija.

**SEGUNDO:** Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la demandante solicita:

-La adición del siguiente nuevo hecho probado cuarto bis: <Desde el contrato que le fue formalizado a la trabajadora el 06/04/2009 hasta su cese (el 31/05/2018), la relación laboral se ha mantenido sin rupturas del nexo contractual que puedan ser relevantes (folio 226); así a tenor de la secuencia contractual o sucesión de contratos temporales formalizados a partir del contrato de 6 de abril de 2009 no existe ninguna interrupción superior al plazo de caducidad de la acción de despido (20 días) entre contrato y contrato, constatándose con ello la existencia de la "unidad esencial del vínculo" desde l 06/04/2009 hasta el 31/05/2018>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 70 a 79 y 226 de las actuaciones.

-La adición del siguiente nuevo hecho probado quinto: <A la relación laboral mantenida le resulta de aplicación el Convenio Colectivo de empresa de **Diputación Provincial** Personal Laboral (el último publicado en Boletín Oficial Provincia de **Málaga** núm. 82, de 30/04/2015, y el anterior), tal y como figura en la cláusula octava de los contratos suscritos como en las resoluciones o decretos de la **Diputación** que aprueban la contratación laboral (folios 60, 63, 65, 67, 69, 71, 74, 77, 81, 85, 88, 90, 94)>. Basa su pretensión en el contenido de los folios citados.

**Diputación Provincial de Málaga** impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que la primera de las adiciones propuesta debe ser desestimada ya que su contenido no responde a la realidad, pues han existido interrupciones superiores a los veinte días en las contrataciones de la demandante entre el 6 de abril de 2009 y el 30 de mayo de 2018, sin perjuicio de constatar que la misma incumple los requisitos formales exigidos por la jurisprudencia; y que la segunda de las adiciones propuestas debe, asimismo, ser desestimada porque la determinación del convenio colectivo aplicable no es un dato fáctico sino jurídico.

La primera de las adiciones propuestas se desprende parcialmente del contenido de los contratos de 6 a 8 de abril de 2009 (folios 70 a 72), 24 de abril a 12 de mayo de 2009 (folios 73 a 75), y de 4 de junio a 3 de septiembre de 2009 (folios 76 a 79) y sería importante a los efectos de fijar los términos del debate y, en concreto, la antigüedad de la demandante. Ahora bien, puesto que la demandante sostenía en su demanda una antigüedad de 1 de agosto de 2006 y, subsidiariamente, de 17 de septiembre de 2009, tal y como se razona en el apartado 2 del tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, la misma intentaría introducir una cuestión nueva no planteada en la demanda, con lo que sería inhábil a los efectos de modificar el fallo. En cualquier caso, tampoco sirve de base a ningún motivo de suplicación formulado al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y ello también aboca a su desestimación.

La segunda de las adiciones propuestas debe ser desestimada ya que, a través de la misma, se pretende introducir una cuestión jurídica, cuya ubicación procesal natural es la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, sin perjuicio de que se trata de una cuestión no controvertida.

**TERCERO:** Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los artículos 40 c) y 51 c) del Convenio Colectivo para los trabajadores laborales de la **Diputación Provincial de Málaga**, en relación con la obligación de readmitir a la trabajadora en el supuesto de despido improcedente, citando en apoyo de su tesis las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009 -recurso 78/2008- y 25 de noviembre de 2013 -recurso 3292/2012-, y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 20 de marzo de 2013 -recurso 1914/2012-. Así mismo, denuncia infracción de los artículos 3, 82.3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que la declaración de improcedencia del despido debe llevar la obligación para la **Diputación Provincial** demandada de readmitir a la demandante. Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal supremo de 26 de septiembre de 2018 -recurso 1305/2017-.

**Diputación Provincial de Málaga** impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que al denunciar la infracción del artículo 51 c) del Convenio Colectivo de aplicación está introduciendo una cuestión nueva no planteada en la instancia, sin perjuicio de constatar que dicho precepto se encuentra incluido en el Capítulo VIII, relativo al <régimen disciplinario>. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 -recurso 1489/2012-, 18 de abril de 2013 -recurso 1987/2012-, 20 de junio de 2013 y 8 de noviembre de 2017, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018.



Ministerio Fiscal impugna el recurso de suplicación y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

A través de los motivos de suplicación se pretende introducir cuestiones nuevas no planteadas en la demanda, cuyo suplico se limitaba a interesar la declaración de nulidad o, su caso, improcedencia, del despido de la demandante.

En cualquier caso, y si se entendiese que el contenido del suplico de la demanda, en realidad, solicitaba con carácter subsidiario la declaración de improcedencia del despido con los efectos legales y convencionales previstos, la Sala procede a analizar la regulación convencional.

El Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la **Diputación Provincial de Málaga**, publicado en el Boletín Oficial de la provincia de **Málaga** el 30 de abril de 2015, contiene un Capítulo VIII, cuyo epígrafe es <Régimen Disciplinario>. Dentro de ese Capítulo VIII, el artículo 51 tiene el siguiente epígrafe: <Faltas, sanciones y procedimientos>. Ese artículo 51 tiene tres apartados, el a) <Faltas, sanciones y procedimientos>; el b) <Clasificaciones y sanciones>; y el c) <Readmisión en despidos nulos/improcedentes. Pues bien, el apartado c) de dicho artículo 51, dice así: <La **Diputación** se compromete a readmitir, con todos sus derechos, a todos los trabajadores sobre los que recaiga sentencia de despido improcedente o nulo. No será de aplicación el párrafo anterior para aquellos conciertos o convenios que la **Diputación** lleve a cabo con la Junta de Andalucía y A.E.P.S.A.>.

Y la única interpretación posible del contenido del artículo 51 c) del Convenio Colectivo es que las previsiones del mismo sólo son de aplicación a los despidos disciplinarios. Así tuvo ocasión de declararlo esta Sala en su sentencia de 8 de noviembre de 2017 [ROJ: STSJ AND 13256/2017 ], citada en el escrito de impugnación del recurso de suplicación.

Por ello, la Sala concluye que la sentencia recurrida, al reconocer a la **Diputación Provincial** demandada el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización de la demandante, como consecuencia de la declaración de que su cese fue constitutivo de despido improcedente, no ha incurrido en infracción alguna del artículo 51 c) del Convenio Colectivo de aplicación ni del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , lo que conduce a la desestimación de los dos motivos formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con la consiguiente desestimación del recurso de suplicación, y a su confirmación.

## FALLO

I.- Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Nuria y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número siete de **Málaga**, de 30 de septiembre de 2018 , dictada en el procedimiento 540-18.

II.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.