

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN 29001 Málaga
AVDA. MANUEL AGUSTIN HEREDIA Nº 16 -2º

N.I.G.: 2906744S20120011938

Negociado: **MA**

Recurso: Recursos de Suplicación 215/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 874/2012

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA y TRABAJADOR

Representante: D..... y D. DAVID CANSINO SANCHEZ

Recurrido:

Representante:

Sentencia Nº 638/2018

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 once de abril de dos mil dieciocho

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CON SEDE EN MALAGA, 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


En el Recursos de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA y Trabajador contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA, ha sido ponente el **Iltmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por trabajador sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA,



Código Seguro de verificación:icdwwfq5FZVSVJaiEBalmJA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 12/04/2018 11:26:05	FECHA	12/04/2018
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 12/04/2018 11:39:20		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 12/04/2018 11:57:10		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/8
 icdwwfq5FZVSVJaiEBalmJA==			



habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 31/7/2017. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D..... contra el Ayuntamiento de Estepona, y otros declarando la procedencia del despido de 31 de julio de 2012 y absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

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

PRIMERO.- D..... trabaja para el Ayuntamiento de Estepona de forma ininterrumpida desde el 1 de diciembre de 1999, como trabajador social y con un salario de 2922,36 euros

SEGUNDO.- La actora según vida laboral trabaja para el Ayuntamiento de Estepona del 19 de junio de 1995 a 18 de junio 1996, para servicios Estepona XXI SL desde 21 de junio de 1996 a 31 de octubre de 1999, para el Ayuntamiento de Estepona de 1 de diciembre de 1999 a 31 enero del 2000 y del 11 de febrero al 10 de julio del 2000, para Servicios municipales Estepona SL de 12 de junio de 2000 a 26 de junio de 2000 y para el Ayuntamiento de Estepona desde el 27 de junio de 2000 al 10 de junio de 2011 y del 21 de junio de 2011 al 31 de julio de 2012.

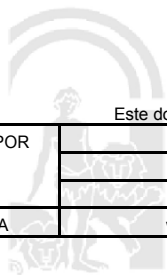
TERCERO.- En el organigrama D....., presta servicios como trabajador social en el Gabinete geriátrico junto con otro trabajador social Sr..... Tras el ERE la Delegación de servicios social una vez amortizados puestos de trabajo el Gabinete geriátrico no dispone de asignación concreta de trabajador social quedando con médico, psicólogo, podólogo, ATS y administrativa.

CUARTO.- Según certificado del Secretario de Ayuntamiento de Estepona con la categoría de trabajadores social a 6 de junio de 2012, había 19 trabajadores sociales. En el ERE se incluye la amortización de 8 trabajadores sociales de entre los 176 afectados. Por antigüedad la actora tiene 11 con menos antigüedad. No obstante de ellos la Sra. y Sr. tienen contratos vinculados a programas de atención a la dependencia dependiente de subvención de la consejería de igualdad salud y bienestar social. Igualmente de éstos la Sra. es miembro de comité de empresa por CCOO y el Sr. por ATAE. Los siguientes trabajadores que tienen mayor antigüedad según el certificado son la Sra. C despedida, y las Sras. M y M. Consta dicho certificado en F.1379.


QUINTO.- El Ayuntamiento de Estepona tramita ERE 40/2012, que finaliza sin acuerdo y en el que se adopta el despido de 176 trabajadores por causas económicas y organizativas aprobando los criterios de selección y quedando incluidos la actora. Dicho ERE finalizó sin acuerdo.

SEXTO.- El 30 de julio de 2012 se entrega a la actora carta de despido derivado de aquel despido colectivo que por su extensión se da por reproducido.

En concreto y en referencia a la actora se indica como causa que se acuerda la amortización de 8 de los 19 trabajadores sociales en función de criterio de menor antigüedad.



Código Seguro de verificación:icdwwfq5FZVSJaiEBalmJA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 12/04/2018 11:26:05	FECHA	12/04/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 12/04/2018 11:39:20			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 12/04/2018 11:57:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	icdwwfq5FZVSJaiEBalmJA==	PÁGINA	2/8
				
icdwwfq5FZVSJaiEBalmJA==				



SÉPTIMO.- Impugnado el despido colectivo recayó finalmente sentencia de TSJ Andalucía sede en Málaga de 30 de septiembre de 2015 que desestimó las demandas acumuladas presentadas por CCOO, comité de empresa del Ayuntamiento de Estepona, Csif, y se ha adherido UGT, frente al Ayuntamiento de Estepona, en las que ha tenido intervención Ministerio Fiscal, declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva de la relación laboral de 176 trabajadores, impugnada en la demanda, y absolvemos al Ayuntamiento demandado de las pretensiones deducidas en su contra en esas demandas, sin perjuicio de la posibilidad de que los trabajadores afectados puedan impugnar individualmente la extinción de su contrato de trabajo, F.892.

OCTAVO.- Recurrida en casación se dictó sentencia por el Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2016 que desestimó los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del TSJA, antes referida que se dan por reproducidas, F912.

NOVENO.- Entre los criterios de selección del ERE, constan:

El criterio 1º se han acordado las necesidades en materia de personal para atender los servicios encomendados a cada área municipal de una manera eficaz y eficiente.

Criterio 3º, una vez unificados por categoría profesional se ha ordenado por orden cronológico de ingreso, independientemente de que el mismo se produjese en el Ayuntamiento o en las Sociedades Mercantiles Locales en que comenzaron a prestar servicios.

Criterio4º, a partir de aquí se ha procedido a la elección de los trabajadores afectados siguiendo un criterio de menor antigüedad dentro de cada categoría en aquellos servicios, departamentos o áreas que continuarán existiendo sin perjuicio de otros criterios para servicios departamentos o áreas concretas que más tarde se explicarán, F.1367.

DÉCIMO.- Cuando se inicia el ERE 40/2012, el inicio del periodo de consulta ya aportaba el listado de 176 trabajadores nominativos como afectados con categoría, antigüedad y salario. Se envió una circular a todos ellos para que pudieran efectuar alegaciones. Y específicamente ante la posibilidad de que pudiera haber error en la antigüedad por el tiempo de prestación de servicios en sociedades municipales se les pedía se aportaran vida laboral. Esta audiencia fue motivo de impugnación del despido colectivo al entenderse que afectó al periodo de consultas porque condicionó la imposibilidad de un acuerdo entre los trabajadores al saberse quien iba a ser afectado, desestimándose dicho motivo por ser signo de transparencia,(FD 10º STSJ 30 septiembre 2015).

En el periodo de consultas en la reunión de 20 de junio de 2012 se explica el contenido y finalidad de dicha audiencia cuestionándose dónde iban a resolver las alegaciones al listado y respondiendo Sr... que “La circular obedece a la confusión de los empleados a raíz de una reciente sentencia entre antigüedad y reconocimiento de servicios previos así como poder contestar a las alegaciones razonadamente, también recuerda que el hecho de publicar tanto los criterios como el listado nominativo previo es un ejercicio de transparencia...se han hecho alegaciones a la misma sin apoyarse en documentos por eso ha sido pedir la vida laboral y se ha hecho a todos los afectados porque si se hubiese incluido a alguien incorrectamente se deberá valorar a efectos de exclusión o inclusión ”. La sra..... hace notar que “están llegando bastantes alegaciones y se curaban en salud pidiendo a todos el informe de vida laboral”, F.4 del Acta.

Al finalizar la reunión de 3 de julio preguntado por las alegaciones contesta el Sr.... “antes del sábado tendrá la respuesta pero que no afectará a más de cinco o seis trabajadores y que se darán a conocer a la comisión”(F.6 del Acta).



Código Seguro de verificación:icdwwfq5FZVVSJaiEBalmJA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 12/04/2018 11:26:05	FECHA	12/04/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 12/04/2018 11:39:20			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 12/04/2018 11:57:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	icdwwfq5FZVVSJaiEBalmJA==	PÁGINA	3/8





La actora en trámite de audiencia individual durante el ERE presenta escrito el 12 de junio de 2012 en el Ayuntamiento señalando haber tenido conocimiento de su inclusión como afectada y alegando tener antigüedad de 17 años y superado el concurso oposición.

UNDÉCIMO.- Los apartados 1 y 2 del artículo 26, cuyo epígrafe es "Garantías en el empleo", del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Estepona, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el 13 de noviembre de 2008, dicen así: *1. En caso de ser declarado un despido improcedente, el/la trabajador/a tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión. 2. Si el despido fuese por causas fundamentadas en los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, el mismo será considerado nulo, procediéndose a la readmisión.*

DÉCIMO SEGUNDO.- En el certificado del Secretario de Ayuntamiento de F.1379, a 6 de junio de 2012 se reconoce a la actora una antigüedad de 27 de diciembre de 1998, al igual que Dña.....Dña.... tiene una antigüedad de 21 de agosto de 1998 y Dña..... de 25 de julio de 1996.

DÉCIMO TERCERO.- La actora en el ERE 40/2012, (CD / F.211) figura incluida dentro de los trabajadores afectados con una antigüedad de 27 de diciembre de 1998 al igual que en el anterior certificado.

No obstante en la nómina consta una fecha devengo trienio 1 de agosto de 1995, fecha de alta 21 de junio de 2011.

Existe certificado del Secretario del ayuntamiento sobre los tiempos en que la actora ha trabajado en el Ayuntamiento F.719. Lleva haciéndolo ininterrumpidamente desde el 1 de diciembre de 1999. No obstante si se suman los periodos anteriores de 19 de junio de 1995 a 18 de junio de 1996 a la anterior fecha resulta la indicada en el ERE de 27 de diciembre de 1998.

En la carta de despido se le reconoce una indemnización de 26.625,95 euros, F.15.

DÉCIMO CUARTO.- D^a ¿..... tiene reconocida como fecha de alta en el Ayuntamiento el 21 de agosto del 2000, y como fecha de devengo trienios 2 de julio de 1996, F. 630.

Se certifica como periodos previos al alta en los que ha trabajado en el Ayuntamiento como trabajadora social los intervalos de 1 de junio de 1996 a 30 de noviembre de 1997 y de 21 de febrero a 20 de agosto del 2000. Si se añaden estos dos periodos a la fecha del alta resulta la antigüedad de 21 agosto de 1998.

El certificado de Secretario Municipal sobre antigüedad de los trabajadores sociales a 6 de junio de 2012 le reconoce la antigüedad de 21 de agosto de 1998, F.1379.

DÉCIMO QUINTO.- Dña..... tiene reconocida como servicios previos en el año 2005 una antigüedad del 1 de enero de 2002. Y como fecha devengo de trienios la de 25 de julio de 1996.

Existen periodos trabajados en el Ayuntamiento todos ellos entre el 17 de noviembre de 1995 a 31 de diciembre 1996, 1 de enero a 31 de diciembre de 1997, 12 de junio a 31 de diciembre de 1998, 10 de febrero a 31 de diciembre de 1999, 15 de febrero a 31 de diciembre del 2000, y 1 de enero a 31 de diciembre de 2001, F.602.

Si se suman los periodos trabajados previos en el Ayuntamiento al alta en el mismo resulta la fecha de 25 de julio de 1996. Coincide esa fecha con la del certificado del Secretario sobre antigüedad a 6 de junio, F.1379.


DÉCIMO SÉPTIMO.- El Secretario del Ayuntamiento certifica los miembros del comité de empresa a fecha de 6 de junio de 2012. Debe tenerse en cuenta que se integran por los distintos comités del Ayuntamiento como de las sociedades integradas en el 2011.



Código Seguro de verificación:icdwwfq5FZVVSJaiEBalmJA==. Permite la verificación de la integridad de una

copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 12/04/2018 11:26:05	FECHA	12/04/2018
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 12/04/2018 11:39:20		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 12/04/2018 11:57:10		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	icdwwfq5FZVVSJaiEBalmJA==	PÁGINA 4/8
 icdwwfq5FZVVSJaiEBalmJA==			



Ni siquiera podría calificarse el despido como nulo por aplicación del antes citado artículo 26.2 de la norma convencional pues como esta Sala ha proclamado, por todas, sentencia de 17/05/2017 (Recurso de Suplicación 510/2017), “*el referido artículo 34 debe ser interpretado en el sentido de que el incumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el mismo debe llevar consigo la ineficacia de la sanción, ya que el concepto de nulidad del despido es un concepto técnico que no puede derivarse de los incumplimientos formales, tal y como se desprende del contenido del segundo párrafo del artículo 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, al no hallarse comprendido el incumplimiento formal entre las causas de nulidad del despido establecidas en el artículo 108.2 de la referida Ley y en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores*”.

El despido de la demandante, en atención a lo razonado debe calificado como improcedente, con los efectos de condenar al empresario, bien a que readmita a la trabajadora en idénticas condiciones que antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación a razón de 96,08 euros diarios, con descuento de lo percibido en otro empleo, o bien le abone una indemnización de (según herramienta para el cálculo e indemnizaciones de la página web del Consejo General del Poder Judicial), opción que corresponderá a la trabajadora conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 del Convenio Colectivo de aplicación, y que deberá manifestar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

FALLAMOS

Que debemos **estimar** y **estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Estepona contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Málaga con fecha 31 de julio de 2.017 en autos sobre despido, seguidos a instancias de D..... contra dicho Ayuntamiento de Estepona.

Que debemos **estimar** y **estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D..... contra dicha sentencia y calificamos su despido como improcedente, con los efectos de condenar al empresario, bien a que readmita a la trabajadora en idénticas condiciones que antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación a razón de 96,08 euros diarios, con descuento de lo percibido en otro empleo, o bien le abone una indemnización de X Miles de Euros (según herramienta para el cálculo e indemnizaciones de la página web del Consejo General del Poder Judicial), opción que corresponderá a la trabajadora conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 del Convenio Colectivo de aplicación, la cual deberá expresarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

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.

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

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



Código Seguro de verificación: [icdwwfq5FZVSVJaiEBalmJA==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/). Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 12/04/2018 11:26:05	FECHA	12/04/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 12/04/2018 11:39:20			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 12/04/2018 11:57:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	icdwwfq5FZVSVJaiEBalmJA==	PÁGINA	8/8

