



Rº 435/17 mba



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

Ilmos. Señores:

DÑA. ELENA DIAZ ALONSO

DÑA . Mª. GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA

D. JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD

En Sevilla, a catorce de Diciembre de 2017

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 3683/17

En el Recurso de Suplicación interpuesto por MARIA DEL CARMEN GONZALEZ GONZALEZ contra la sentencia del Juzgado de lo Social número TRES de los de SEVILLA, Autos Nº 883/15 ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª.

GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por MARIA DEL CARMEN GONZALEZ GONZALEZ contra el KAYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL ARISCAL se celebró el Juicio y se dictó sentencia el 24/06/16 por el Juzgado de referencia en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados constan los siguientes:

1º) La demandante, MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ GONZÁLEZ, ha venido prestando sus servicios retribuidos para la demandada EXCMO. AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL ARISCAL desde el 04.11.1999, como secretaria personal del alcalde, como persona de su confianza, mediante la suscripción (*bloque documental nº 1 ramo actora y bloque documental nº 1 del expediente administrativo del ayuntamiento demandado*) de los siguientes contratos:

1.1 Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial de 20 horas semanales que se decía para prestar servicios como secretaria particular de la alcaldía, incluida en la categoría profesional de auxiliar administrativa, y que se decía para la realización de la obra o servicio "*personal de confianza*", suscrito el 04.11.1999 aunque fue dada de alta en la Seguridad Social el 12.11.1999 y que se dió por terminado el día 13.06.2003 causando baja en esa fecha en la Seguridad Social.

1.2 Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo de 35 horas semanales que se decía para prestar servicios como "*secretaria particular alcaldía*", incluida en la categoría profesional de "*auxiliar administrativa*", y que se decía para la realización de la obra o servicio "*personal de confianza (secretaría)*", suscrito el 16.06.2003

1.3 Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo de 35 horas semanales que se decía para prestar servicios como “*otros diversos trabajadores de*”, incluida en la categoría profesional de “*secretaria personal alcaldía*”, y que se decía para la realización de la obra o servicio “*secretaria personal alcaldía*”, suscrito el 17.06.2007

1.4 Contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo de 35 horas semanales, que se decía para prestar servicios como “*auxiliar administrativo*”, incluida en la categoría profesional de “*auxiliar administrativo*”.

2º) En los Presupuestos Municipales Generales del ayuntamiento demandado, dentro del apartado de plantilla de personal, aparecen:

2.1 En el del año 1999 (BOP de 23.02.2000), dentro del apartado de personal laboral eventual: una plaza de auxiliar administrativo de consultorio médico y una plaza de administrativo, no constando ninguna de personal eventual (*documental 2 del expediente administrativo del ayuntamiento demandado*).

2.2 En el del año 2001 (BOP de 31.12.2001), dentro del apartado de personal laboral: una plaza de auxiliar administrativo ambulatorio y una plaza de secretaria Sr. alcalde, no constando ninguna de personal eventual (*documental 3 del expediente administrativo del ayuntamiento demandado*).

2.3 En el del año 2012 (BOP de 24.10.2012), dentro del apartado de personal laboral eventual: una plaza de auxiliar administrativo de servicios sociales; y dentro del apartado de otro personal laboral: una plaza de secretaria de alcaldía (*bloque documental 12 del ramo del ayuntamiento demandado*).

2.4 En el del año 2014 (BOP de 29.05.2014), dentro del apartado de personal laboral fijo: una plaza de auxiliar administrativo de ambulatorio; dentro del apartado de personal laboral eventual: una plaza de auxiliar administrativo de servicios sociales; y dentro del apartado de otro personal laboral: una plaza de

secretaría alcaldía (*bloque documental 12 del ramo del ayuntamiento demandado*).

2.5 En el del año 2015 (BOP de 28.09.2015), dentro del apartado de personal laboral fijo: una plaza de auxiliar administrativo de ambulatorio; dentro del apartado de personal laboral eventual: una plaza de auxiliar administrativo de servicios sociales; y dentro del apartado de otro personal laboral: una plaza de secretaria alcaldía (*bloque documental 12 del ramo del ayuntamiento demandado*).

3º) La demandante ha prestado también servicios a las siguientes empresas o entidades:

3.1 Del 21.05.2008 al 15.07.2008 a la mercantil Idealde Carreto Promociones, S.L. con contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial del 42,5% de la jornada ordinaria (*informe de vida laboral, documental 5 ramo actora*).

3.2 Del 01.10.2009 al 22.12.2009, del 19.04.2010 al 22.06.2010 y del 04.10.2010 al 22.12.2010, y en fechas no determinadas del curso 2013-2014, como tutora laboral de la fase de formación en centros de trabajo de los alumnos del Centro Educativo C.D.P. Escuela Profesional Marcelo Spínola de Umbrete (*documental 6.1, 6.2 y 6.3 ramo actora*).

4º) Además, la demandante, ha venido realizando en el ayuntamiento demandado el diseño y maquetación gráfica de diversos programas de mano, folletos y carteles como los aportados como bloque documental 7 de su ramo probatorio. Ocasionalmente ha colaborado en la cobranza de los puestos de la feria del pueblo, o en la tramitación de los vados.

5º) Con fecha 31.07.2015 se notificó a la demandante decreto de la alcaldía de igual fecha por el que se acordaba “cesar a doña María del Carmen González González como personal eventual del Ayuntamiento de Villanueva del Ariscal, Secretaria Particular de la Alcaldía; con fecha de efecto desde el 31 de julio de 2015”

(documental 3 ramo actora y documental 2 ramo ayuntamiento).

6º) A la fecha de la anterior comunicación la demandante venía percibiendo como retribuciones mensuales fijas 1.530,46 euros (salario base, 599,25 €; trienios, 89,50 €; complemento de destino, 327,44 €; y complemento específico, 514,27 €), más dos pagas extras al año con una prorrata mensual de 254,02 € (*bloque documental 2 ramo actora y bloque documental 3 ramo ayuntamiento*).

7º) La demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido (*no discutido*).

8º) Se presentó papeleta de conciliación el día 20.08.2015 que se celebró el día 11.09.2015 con resultado de sin avenencia y el día 11.09.2015 presentó la demanda de despido.

9º) Antes de su supresión legal, la demandante devengaba en diciembre de 2012 una paga extra por importe de 986,70 euros (*documental acompañada al escrito de subsanación de la demanda*).

10º) En la nómina de febrero de 2015 se le abonó a la demandante la suma de 360,15 euros brutos en concepto de recuperación de la paga extra de diciembre de 2012 (*bloque documental 2 ramo actora*).

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción y, sin entrar a conocer del fondo del asunto, advirtió a la demandante que podía hacer valer su derecho ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Contra dicha sentencia interpone la demandante recurso de suplicación -- que se impugna de contrario por el Ayuntamiento demandado-- conteniendo el recurso dos motivos formulados, respectivamente, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

En el motivo primero, con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS, solicita la parte actora recurrente la revisión del hecho probado tercero de la sentencia. En concreto, interesa:

1.- La supresión completa del comienzo del párrafo del hecho probado tercero en que se expresa *“La demandante ha prestado también servicios a las siguientes empresas o entidades”*.

2.- La supresión total del apartado 3.1

3.- La supresión total del párrafo 3.2 del mismo dando una nueva redacción a este hecho en que se exprese que la actora, del 01.10.2009 al 22.12.2009, del 19.04.2010 al 22.06.2010 y del 04.10.2010 al 22.12.2010, y en fechas no determinadas del curso 2013-2014, ha prestado también servicios como tutora laboral del Ayuntamiento en las prácticas de la fase de formación en centros de trabajo de los alumnos del Centro Educativo C.D.P. Escuela Profesional Marcelo Spínola de Umbrete (*documental 6.1, 6.2 y 6.3 ramo actora*).

4.- *La revisión del hecho probado cuarto, para el que propone el siguiente texto alternativo:*

“Además la demandante ha venido realizando en el Ayuntamiento demandado el diseño y maquetación gráfica de diversos programas de mano, revistas, folletos y carteles para las diferentes áreas de las diferentes concejalías del Ayuntamiento, como los aportados como bloque documental 7 de su ramo probatorio. Al mismo tiempo ha realizado los trabajos de llevanza y mantenimiento de la página web y redes sociales del Ayuntamiento.”

5.- En cuanto a las retribuciones --a que se refiere el hecho probado sexto-- solicita la adición de un inciso para hacer constar que venía percibiéndolas con arreglo al convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento, quedando el mismo redactado del modo siguiente (lo nuevo se destaca en negrita):

“A la fecha de la anterior comunicación la demandante venía percibiendo

conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo para el personal laboral del ayuntamiento de Villanueva del Ariscal (bloque documental 8 ramo actora) como retribuciones mensuales fijas 1.530,46 euros (salario base, 599,25 €; trienios, 89,50 €; complemento de destino, 327,44 €; y complemento específico, 514,27 €), más dos pagas extras al año con una prorrata mensual de 254,02 € (*bloque documental 2 ramo actora y bloque documental 3 ramo ayuntamiento*).”

La jurisprudencia, reiterada constantemente por la doctrina de suplicación, viene declarando que para poder apreciar el error de hecho en la valoración de la prueba y en consecuencia la pretensión revisora de los hechos declarados probados, han de concurrir los siguientes requisitos: a) que se señale con precisión cual es el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; b) que se ofrezca un texto alternativo concreto para que se incluya en la narración del hecho probado, para que bien sustituya la totalidad o alguno de sus puntos o bien los complemente; c) que se cite pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se desprenda la equivocación del Juez, sin que sea admisible una invocación genérica de los mismos, así como tampoco la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; d) que tales documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables; e) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Partiendo de la expuesta doctrina unificada la Sala rechaza las revisiones primera y segunda propuestas, al no basarse las mismas en prueba alguna que tenga efectos revisorios.

Rechaza asimismo la tercera revisión, dado que la prueba documental en que se funda, a la que el propio hecho probado hace expresa remisión (documentos 6.1, 6.2 y 6.3 de la demandada) no evidencia la existencia del pretendido error de valoración por parte del Magistrado de instancia, y también la revisión cuarta al no basarse en prueba hábil alguna que la avale.

Admite, en cambio, la revisión quinta y última, con independencia de su relevancia a los efectos del proceso y del recurso, dado que, así lo prevé, en efecto, el convenio colectivo de aplicación, quedando por tanto parcialmente modificado el relato fáctico de la sentencia en los términos que resultan de lo expuesto.

Ello sin perjuicio de lo que seguidamente se indicará al resolver sobre el motivo de censura jurídica,

SEGUNDO.- En el motivo segundo, por el cauce procesal del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la recurrente: 1) la infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la propia LRJS y en el artículo 2.a) de la misma y 9.5 de la LOPJ; 2) la infracción de lo dispuesto en el artículo 1.1 ET; 3) la infracción de lo dispuesto en el artículo 12.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en la redacción vigente en la fecha del cese de la trabajadora impugnado como despido (Ley 7/2007, de 12 de abril) y en el artículo 104 de la Ley reguladora de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985 de 2 de abril); 4) la infracción de lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 5/2006 y artículo 12.2 de la Ley 43/2006 que modifica el artículo 15.5 del ET; y 5) la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que cita.

Alega la recurrente que todos los contratos suscritos por las partes se acogieron a la legislación laboral, deduciéndose de tales contratos que la relación es laboral, por lo que, el fallo de la sentencia infringe el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.3 del ET. Y añade que no se realizó nombramiento o contratación administrativa alguna, y que, conforme a lo previsto en el artículo 12.1 del EBEP, es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, excluyendo cualesquiera otras funciones, habiendo permanecido la actora durante más de diez años prestando sus servicios, sin solución de continuidad, para el Ayuntamiento demandado y habiendo legalizado –dice-- el Ayuntamiento demandado esa situación en el último contrato.

Como ha venido declarando la jurisprudencia cuando se trata de analizar

la adecuación a derecho de la excepción de incompetencia de jurisdicción, por tratarse de una cuestión de orden público, la Sala no se encuentra vinculada a los hechos probados de la sentencia recurrida y la cuestión ha de ser resuelta por el órgano judicial con libertad y amplitud en el examen de toda la prueba practicada para decidir fundadamente y con sujeción a derecho sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes.

En el presente caso, la actora vino prestando sus servicios para el Ayuntamiento demandado desde el 04.11.1999, como secretaria personal del Alcalde, en virtud de los siguientes contratos:

1) Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial de 20 horas semanales para prestar servicios como secretaria particular de la alcaldía, con categoría profesional de auxiliar administrativa, para la realización de la obra o servicio “*personal de confianza*”, que se dió por terminado el día 13.06.2003;

2) Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo de 35 horas semanales para prestar servicios como “*secretaria particular alcaldía*”, con categoría profesional de “*auxiliar administrativa*”, para la realización de la obra o servicio “*personal de confianza (secretaria)*”, suscrito el 16.06.2003.

3) Contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo de 35 horas semanales para prestar servicios como “*otros diversos trabajadores de*”, con categoría profesional de “*secretaria personal alcaldía*”, para la realización de la obra o servicio “*secretaria personal alcaldía*”, suscrito el 17.06.2007.

4) Contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo de 35 horas semanales, para prestar servicios como “*auxiliar administrativo*”, con categoría profesional de “*auxiliar administrativo*”.

Nunca hubo, en efecto, nombramiento administrativo como personal eventual de confianza, sino tres contratos temporales para obra o servicio en los que la obra o servicio objeto de los mismos era “personal de confianza” “personal de confianza (secretaria)” o “*secretaria personal alcaldía*” o “ y un contrato último por tiempo indefinido, suscrito en el año 2010 para prestar servicios, según se expresaba, como “*auxiliar administrativo*”, con categoría profesional de “*auxiliar administrativo*” contrato éste sin soporte legal, dado que no hubo resolución alguna que lo autorizase

ni oferta pública de empleo, no existiendo ese puesto (de auxiliar administrativo) en la plantilla de personal del Ayuntamiento, en que solo había una plaza de auxiliar administrativo del ambulatorio y otra de servicios sociales, y sí el de Secretaria del Alcalde, dentro del grupo "otro personal laboral", en el que figuraba la actora en los Presupuestos del Ayuntamiento, como otro personal laboral, ubicación que era a todas luces indebida, dado que, el puesto que desempeñaba, por su contenido, correspondía a personal eventual que sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial (art. 12.1 EBEP).

Pero, aunque todos los contratos son fraudulentos no pueden dar lugar a la conversión en indefinida de la relación laboral, por la razón evidente de que la actora, como ya se ha indicado, no era personal laboral sino personal eventual de confianza, de libre designación, regulado en el artículo 12 del EBEP y, si no fue nombrada como tal, fue precisamente para evitar la principal consecuencia que tal nombramiento conlleva que es el cese obligado de dicho personal, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento (art. 12.3 EBEP), correspondiendo al Ayuntamiento demandado, según informe del Secretario (folios 107 y 108 de los autos), un puesto de libre designación, que era el que vino desempeñando la demandante, realizando las funciones que le encargaba el Alcalde como Secretaria particular y personal de confianza.

Como razona el Magistrado de instancia, no consta acreditado en forma alguna que la actora prestase servicios que puedan considerarse como de gestión o tramitación administrativa, servicios habituales ordinarios o permanentes propios de la actividad administrativa del Ayuntamiento. Consta que intervenía en temas de protocolo, festejos y actividades deportivas del Ayuntamiento, pero esas actividades no eran ajenas a las labores de asesoramiento especial propias de su cargo, que se extendían a esos ámbitos y también en tareas de diseño y maquetación de folletos, carteles o programas y de la página web del Ayuntamiento, que tampoco eran ajenas al asesoramiento especial que le incumbían como Secretaria personal de confianza del Alcalde, estando muy ligadas a la actividad de comunicación política de la Alcaldía,

careciendo de relevancia a estos efectos el hecho de que en alguna ocasión la actora hubiere acompañado a uno de los testigos a cobrar las tasas de los puestos de la feria (que tiene lugar una vez al año) puesto que ese “acompañamiento” no supone que realizase ella personalmente el cobro de las tasas, y tampoco parece incompatible con las tareas de asesoramiento especial para las que tiene un indudable interés el conocimiento directo de todo lo relacionado con los eventos y festejos que se organizan por el Ayuntamiento, siendo asimismo irrelevante el hecho que en una ocasión la actora hubiere atendido personalmente a uno de los testigos que intervinieron en el acto del juicio cuando acudió a tramitar un vado, puesto que, se trata de un hecho puntual, de atención a un trabajador del propio Ayuntamiento, no existiendo constancia alguna, como se ha dicho, de que realizase habitualmente esos u otros servicios propios de la actividad administrativa del Ayuntamiento.

Así las cosas, hemos de concluir que la relación jurídica que ligaba a las partes, pese a su apariencia externa de relación laboral, era la propia del personal eventual de confianza definida en el artículo 12 del EBEP, por lo que el conocimiento de la cuestión litigiosa planteada no corresponde a esta jurisdicción social sino al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como acertadamente declaró el Magistrado de instancia, imponiéndose consecuentemente el rechazo del motivo y del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ GONZÁLEZ contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Sevilla de fecha 24 de junio de 2016, en virtud de demanda por ella presentada contra el AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL ARISCAL , sobre Despido; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal

de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte a la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos que, si recurre, deberá presentar ante esta Secretaría resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 600 €, en la cuenta corriente de Depósitos y Consignaciones, núm. 4.052-0000-66-0435-17, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con

certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a catorce de Diciembre de 2017

La extendiendo y, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que una vez extendida la anterior resolución y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes, Doy fe.-



ES COPIA

Se advierte a las partes que, respecto al tratamiento que lleven a cabo de los datos que les hubieren sido revelados en el desarrollo del proceso, se estará, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación de protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 236 quinquies párrafo 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.