



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

N.I.G.: 2906744420180014157

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 1184/2019

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 1060/2018

Recurrente: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Recurrido: [REDACTED]

Representante: MARIA ISABEL PEREZ MARCHANTE

Sentencia Nº 2169/2019

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,
ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de MALAGA a dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , 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 EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MALAGA, ha sido ponente el Itmo./Itma Sr. /Sra D./ **RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 15/03/2019 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

Primero: [REDACTED] mayores de edad, ha prestado servicios para Excmo Ayuntamiento de Málaga, desde el 12-4-18 a 13-8-18 , ostentando la categoría profesional de delineante grupo 5 , grupo plan emple@ Joven , acogido a la Ley 2/2015 de la



Junta de Andalucía y al Decreto Ley 2/2016 de la Junta de Andalucía , en base a los cuales se establecen las iniciativas de ayuda a la contratación de las personas referidas en el artículo 8 de la Ley 2/2015 , consistiendo el importe en 7800 € para el grupo de cotización por los primeros 6 meses y a partir del sexto mes de 1300 € por mes ..

Segundo: Que el salario del grupo 5 en el convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga asciende a 1175,83 € mensuales .

Tercero: Las partes se encuentran vinculadas por contrato temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo, para prestar servicios como delineante obra incluido en el grupo 5 , según artículo 9 Decreto - Ley 2/2015 y 2/2016 , el contrato se extenderá del 12-4-18 a 13-8-18 , se establece que el contrato se registrará por la normativa vigente y el artículo 2.4 del convenio colectivo del Excmo Ayuntamiento de Málaga y acuerdo del pleno de 25-5-17 y Ley 2/2015 de 29 de diciembre por el que se aprueba el programa emplea @joven modificado por Decreto Ley 2/2016 de 12 de Abril.

Cuarto: EL actor estuvo destinado en la realización de obra o servicio iniciativa de cooperación social comunitaria delineante .

Quinto : El actor ha percibido en nomina las siguientes sumas brutas : 955 € mensuales

Sexto : El 15-11-18 se interpuso reclamación previa .

Séptimo : El actor tenía tarjeta credencial emple@30 Union Europea , Junta de Andalucía .

Octavo : El 29-7-16 se adopto por el pleno del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga el siguiente acuerdo : Solicitar de la Junta de Andalucía la modificación de la normativa relativa a los programas emple@joven y emple@ 30 + al objeto de que recojan que el abono de los saliros de las personas contratadas se hará de acuerdo al convenio colectivo del personal laboral de cada Ayuntamiento adecuando la duración del contrato o la jornada laboral de los trabajadores a esos salarios , sin sobrepasar el importe máximo de la subvención concedida por el gobierno andaluz , de no aceptar la solución propuesta de flexibilizar tal y como se recoge en el punto 1, proponer a la Junta de Andalucía que asuma aumentar las partidas presupuestarias para la adecuación de las condiciones laborales del Ayuntamiento , para que esto no suponga una merma ni en la duración de la jornada laboral ni en la duración de Iso contratos , que las administraciones publicas aumenten las partidas en materia de empleo y trasladar los acuerdos de esta Moción a la Federación Andaluza de Municipios y Provincias . Folios 140 a 143 .

Noveno : El actor disfruto de permiso no retribuido de 4 días en agosto de 2018 .

Décimo : La demanda es de fecha 19-11-18 .

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, 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 parte actora fue contratada por el Ayuntamiento de Málaga demandado para prestar sus servicios mediante la suscripción de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, vinculado al programa Emple@ +30, y reclamó en vía jurisdiccional diferencias por aplicación del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga, alcanzando éxito en la instancia condenando la sentencia al Ayuntamiento de Málaga al pago de dichas diferencias.

SEGUNDO: Frente a la sentencia que estimó la demanda interpuesta en acción de reclamación de cantidad, formula el Ayuntamiento de Málaga de Suplicación,



articulando, sin interesar la revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, un doble motivo de censura jurídica dirigido a la revisión del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, al entender que infringe la Ley 2/2015 y Real Decreto Ley 2/2016 en relación con el Convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga, y doctrina judicial que cita sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Sevilla en Reud 693/16 y 776/16 alegando la existencia de sentencias contradictorias y estando pendiente de RCU 1914/17 y 60/18, realizando diversas alegaciones y solicitando la desestimación de la demanda.

TERCERO: La cuestión planteada en el presente Recurso de Suplicación viene referida a la determinación si es de aplicación a la relación laboral mantenida por las partes el Convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga, realizando diversas alegaciones la parte recurrente en el sentido de que debe estarse al salario que alega cuya determinación se realiza de conformidad con lo establecido en las tablas de gasto subvencionable del art. 9 de Ley 2/2015 y normativa específica de aplicación, invocada como infringida, y no al salario según Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga.

Y tal cuestión planteada ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, en las sentencias, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 478/16, 1823/18, 42/19, 723/1, 812/19 y 943/19 éstas para caso igual referidas al Ayuntamiento de Málaga, citada alguna en el escrito de impugnación, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivos para cambiarlo, y en supuesto en el que se alegaba por la parte actora recurrente la infracción de los artículos 14 de la Constitución española, 2, 2.4 y 36 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Málaga, 24 y 25 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, 6 y 10 del Real Decreto 9/2014, de 15 de julio, razonando en su alegato, de un lado, que el Programa Empleo@30+, aunque financiado mediante Resolución de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, no es un convenio con otra institución de los que se prevén en el artículo 2 del Convenio Colectivo, único supuesto para que al personal contratado al amparo de dicho convenio perciban las retribuciones previstas en los mismos y queden fuera de aplicación de la norma convencional. De otro, que carece de justificación lógica la exclusión del convenio colectivo de los trabajadores contratados conforme a programas financiados por otras administraciones públicas, pues ello atentaría al principio de igual y dejaría desprotegido a dicho colectivo.

En la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 478/16 se declara que "La Sala debe estimar el motivo. Siguiendo los razonamientos de la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 23-09-2009 (ROJ: STSJ CL 5555/2009, Recurso 1361/2009), compartidos íntegramente por esta Sala, *"hay que concluir que la exclusión del ámbito de aplicación de un convenio colectivo de los trabajadores cuyos contratos son financiados mediante subvenciones de otras Administraciones es contraria al principio constitucional de igualdad ante la Ley. Tales trabajadores están vinculados a su empleadora por un contrato de trabajo en idénticas condiciones que otros trabajadores de la empresa y están integrados en el ámbito*



electivo y de representación de los órganos unitarios del personal en función del centro de trabajo conforme a los artículos 62 y 63 del Estatuto de los Trabajadores. Quienes negocian el convenio representan a los mismos y, para que pudiera concluirse que la decisión de excluir a éstos de su ámbito de aplicación está justificada, sería preciso acreditar:

-Por una parte, que ese colectivo de trabajadores dispone de una fuerza negociadora sindical suficiente y autónoma respecto del resto del personal que le permite construir una negociación colectiva separada (como, por ejemplo, hemos dicho en nuestras sentencias de 10 de septiembre de 2008, suplicación 685/08 ó de 20 de mayo de 2009, suplicación 559/09 , entre otras), lo que ni está acreditado en este caso y además parece difícil de pensar, dado que la inestabilidad propia de este personal dificulta su organización sindical.

-Por otra parte, que las características inherentes a ese personal justifican una regulación diferenciada de sus condiciones de trabajo a partir de una negociación colectiva separada. En este sentido hay que tener en cuenta que si tales características no presentan tal diferenciación salvo en aspectos concretos y determinados, la regulación diferenciada deberá insertarse dentro del convenio colectivo en cuyo ámbito se incluyan junto con los demás trabajadores de la empresa o sector. En tal caso habría que valorar la conformidad con el principio de igualdad de esas concretas normas diferenciadas insertas dentro del convenio colectivo.

<Esos requisitos no se cumplen en ese caso y desde luego las eventuales diferencias que pudieran justificar alguna disposición específica para estos trabajadores no tiene tal magnitud que no pueda ser resuelta mediante la inserción de alguna norma específica en el convenio colectivo dirigida a los mismos. Su exclusión completa tiene como efecto el dejarles en el desamparo sindical, dado que no está acreditado, como hemos dicho, que estos trabajadores dispongan de una organización colectiva suficiente y propia como para estructurar una acción sindical y una negociación colectiva separada.

<Por consiguiente la exclusión de este colectivo de trabajadores del ámbito de aplicación del convenio colectivo (...) es contraria al principio de igualdad ante la Ley derivado de los artículos 9 y 14 de la Constitución , debiendo remediarse mediante la aplicación a los mismos del citado convenio colectivo, salvo en aquellos puntos concretos del mismo en los que se pudiera encontrar una motivación no arbitraria, razonable y proporcionada para no hacerlo.

<De la misma manera, el deber de trato igual que incumbe a las Administraciones Públicas se impone sobre la interpretación y aplicación de las normas, de manera que en este proceso no se pueden introducir diferencias de trato que no estén objetivamente justificadas en circunstancias probadas suficientes, razonables y proporcionadas. La interpretación del convenio colectivo ha de llevar, si ello es posible, a consecuencias compatibles con el principio constitucional de igualdad ante la Ley, debiendo rechazarse las interpretaciones del mismo que introduzcan diferencias entre trabajadores por causas carentes de potencia suficiente para justificar las mismas de manera razonable y proporcionada".

Y concluye razonando que "Partiendo de todo lo anterior, hay que reseñar que, efectivamente, las condiciones salariales reguladas por el convenio colectivo, artículos 7 y 20, en cuanto a los complementos de antigüedad y de permanencia, son aplicables a los trabajadores contratados por el Ayuntamiento (...), incluso si sus contratos son financiados a partir de subvenciones de otras Administraciones. Ello es



así, en primer lugar, porque no aparece causa justa, no arbitraria, razonable y proporcionada que justifique la exclusión del ámbito de aplicación del convenio o la inaplicación de estas normas. La insuficiencia de la subvención para cubrir tales complementos no constituye una causa de esta índole, puesto que si el organismo subvencionador quiere cubrir todos los costes laborales del trabajador contratado habrá de ajustar la subvención para que alcance el importe necesario para cubrir todas las obligaciones legales y convencionales aplicables a la empresa subvencionada (como ocurre, por ejemplo, en el caso de centros educativos concertados con la Administración educativa). En otro caso será esa empresa la que, consciente de la insuficiencia de la subvención, habrá de decidir si procede o no a solicitar la misma, esto es, si está dispuesta a asumir el sobrecoste no subvencionado derivado de la aplicación de la normativa laboral, legal y convencional. Por otro lado, los propios negociadores del convenio colectivo dispusieron en su disposición adicional segunda la aplicación de ambos complementos a estos colectivos de trabajadores, por lo que poco cabe añadir al respecto, ya que incluso si tal aplicación no fuese imperativa en virtud del principio de igualdad, los negociadores utilizaron su libertad negociadora para pactar la misma”.

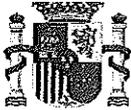
A tales razonamientos debe añadirse, como declara la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1823/18, que el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”, y que como se declara en la sentencia de la Sala en Conflicto colectivo 3/18 “La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, invocada por la parte actora el Sindicato Comisiones Obreras de Industria (CCOO-Industria), dispone, al regular el Principio de no discriminación (cláusula 4), 1. que “Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”. En este sentido, la Sentencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 Sep. 2007, proc. C-307/2005 declara que “2) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2016, en el asunto C-596/14, declara que: “25 Procede recordar con carácter previo que, a tenor de la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco, uno de sus objetivos es mejorar la calidad del trabajo de duración



determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación.... (sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47; de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22). 26 El Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida (sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 23). 27 Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencias de 13 de septiembre de 2007 Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 38; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 49, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 24). 28 En relación con el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario (sentencias de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 35, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 25).". Por esta Sala se ha aplicado aquél precepto del ET, y se ha seguido también la doctrina expresada en diversas ocasiones y materias, entre otras, en las sentencias de la Sala recaídas en Recursos de Suplicación nº 1411/16, 1515/16, 1609/17, 1689/17, 2242/17 y 440/18, siguiendo la doctrina del TJUE De Diego Porras contenida en su sentencia de 14/06/2016, si bien la Sala ya ha cambiado este criterio en las sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 84/18 y 519/18 siguiendo el criterio establecido en sendas sentencias dictadas por el TJUE el 05.06.2018 -asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility. ”.

Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, la Sala entiende que es acertada la solución adoptada por la sentencia recurrida al conceder las diferencias retributivas atendiendo al salario según Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga y no a su determinación de conformidad con lo establecido en las tablas de gasto subvencionable del art. 9 de Ley 2/2015 y normas específicas invocadas como infringidas, y se acomoda a las normas reguladoras y a la doctrina judicial que cita y que en ésta se recoge.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.



CUARTO: El criterio del vencimiento previsto en el art. 235.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, impone la condena en costas a la empresa recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita.

QUINTO: Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº NUEVE de Málaga de fecha 15/03/2019, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la empresa recurrente Ayuntamiento de Málaga al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales del Letrado o Graduado social colegiado de la parte demandante impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 1200 euros, y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial.

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.

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

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

