

AS 2010\946

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Aragón núm. 108/2010 (Sala de lo Social, Sección 1), de 17 febrero

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 34/2010.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE: válida extinción por amortización de plaza derivada de reorganización del servicio; justificación de la medida que hace desaparecer los indicios de represalia empresarial; el error producido al acudir al despido objetivo no determina la nulidad del cese al haberse acreditado la concurrencia de causa para la extinción.

*El TSJ **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 23-11-2009 del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Zaragoza, dictada en autos promovidos sobre despido.*

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00108/2010

Rollo número: 34/2010

Sentencia número: 108/2010

P.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. RAFAEL MARÍA MEDINA Y ALAPONT

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a diecisiete de febrero de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 34 de 2010 (Autos núm. 852/2009), interpuesto por la parte demandante Florencio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Zaragoza, de fecha 23 de noviembre de 2009; siendo demandado AYUNTAMIENTO DE BORJA, sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Florencio, contra AYUNTAMIENTO DE BORJA, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 3 de Zaragoza, de fecha 23 de noviembre de 2009, siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda promovida por D. Florencio contra AYUNTAMIENTO DE BORJA, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- El actor Don Florencio, cuyas circunstancias personales constan en autos, ha estado al servicio del Ayuntamiento de Borja, demandado en autos, desde el 21-10-2007, como conserje de edificios municipales, estando destinado en el polideportivo municipal, en virtud de contrato de trabajo temporal de interinidad para sustituir a

trabajador (D. Raimundo) con reserva de puesto de trabajo y hasta la finalización de la situación de it del expresado.

El trabajador sustituido falleció, causando baja el demandante en 2-11-2007 por finalización del contrato de interinidad.

SEGUNDO.- Nuevamente las partes suscribieron contrato de trabajo temporal de interinidad por vacante desde el día 3-11-2007 para la plaza de conserje todo ello en los términos que constan en autos (f.92 y 93 de autos).

El demandante acredita en los meses de febrero, marzo y abril de 2009 los salarios que se detallan en folios 463 y sgs por los conceptos fijos de salario base, complemento de destino y complemento específico más pagas extraordinarias. El actor acreditó durante el año 2008 y enero de 2009 complemento de productividad por importe fijo de 20.58 euros/mes. El complemento de dedicación no ha sido acreditado por el trabajador demandante.

TERCERO.- El actor y otros trabajadores de la demandada de idéntica categoría han venido desempeñando durante los meses de verano y coincidiendo con la apertura de piscinas las funciones de porteros, reclamándose diferencias retributivas por su causa habiendo cursado el actor ante el Ayuntamiento diversos escritos de reclamación incluyendo la reclamación relativa a no trabajar los sábados, así como reclamaciones sobre antigüedad en 23-05-2008, firmadas unas por el actor y otras por todos los trabajadores afectados; así en particular la relativa a equiparación del salario base de complemento especial de conserjes de polideportivo con la de porteros de piscina (10-06-2008 f. 563).

En 7-07-2009 los conserjes Sres. Alvaro ,Leoncio y Florencio comunicaron por escrito al Sr. Alcalde que el día 14-07-2008 abandonarían la actividad como porteros de piscina y que se incorporarían a sus puesto de trabajo como polideportivos todo ello en los términos que constan al folio 563 de autos. La Alcaldía comunico orden para la reincorporación a las funciones asignadas verbalmente en las piscinas municipales bajo apercibimiento que consta en autos folio 564.

Los citados fueron desalojados -a excepción del actor que no se encontraba en su horario de trabajo- por la policía local, habiendo remitido escrito de fecha 14-07-2009 en el que los tres firmantes consignaron "que atendemos a su petición de realizar nuestra actividad como porteros de piscinas municipales entendiendo que vamos a percibir nuestra diferencia salarial de conserje de polideportivo a porteros de piscinas..."

El actor cursó una denuncia en 23-07-2008 ante la Guardia Civil en los términos que constan a los folios 567 y 568 que se da por reproducida. Abiertas diligencia previas ante el Juzgado de Tarazona por Auto de 30-07-2008 se sobreseyó provisionalmente la causa.

Se dan por reproducidas las demás reclamaciones deducidas por el actor y quejas presentadas ante el Ayuntamiento demandado e Inspección de Trabajo, documento once y sgs del ramo de prueba de la demandada.

CUARTO.- El actor previa inicial reclamación en marzo de 2008, dedujo en 6-11-2008 demanda contra el Ayuntamiento demandado en reclamación de diferencias retributivas por desempeño de funciones de portero de piscinas, plus de nocturnidad y plus de ayuda por discapacidad.

La reclamación fue parcialmente estimada en vía administrativa en 26-01-2009 en lo relativo a ayuda de discapacidad y diferencias económicas en materia funcional no así en lo referente al plus de nocturnidad.

Porsentencia dictada por el Juzgado de lo Social numero 4 de Zaragoza de fecha 5-02-2009 se estimó parcialmente la demanda del actor condenando al Ayuntamiento demandado al pago de la cantidad de 1.626,31 euros más el 10% de mora. Se da por reproducida la sentencia dictada por obrante en autos.

La sentencia fue recurrida por la parte demandante siendo su recurso desestimado porsentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de fecha 3-06-2009 .

El importe acreditado por sentencia fue abonado por el Ayuntamiento demandado al actor en hoja salarial de marzo de 2009.

También reclamó el actor el pago de horas extraordinarias por importe de 50,60 euros siendo estimada su reclamación en 10-06- 2009.

QUINTO.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento demandado acordó en 4-12-2008 entre otros "reorganización de los servicios municipales" acordando por unanimidad "trasladar a las oficinas generales la gestión administrativa del servicio municipal de deportes". Se da por reproducida el acta levantada al efecto número 40708 folio 94 y sgs.

SEXTO.- El Pleno del Ayuntamiento acordó en 19-12-2008 aprobar la amortización de una plaza de conserje del polideportivo identificada en la que ocupa el último conserje que ha accedido D.Florencio "f.642". El acuerdo Pleno se publicó en BOP de 7-02-2009 Zaragoza.

El actor fue informado recibiendo copia del expediente administrativo en calidad de interesado, en fecha 13-02-2009.

SEPTIMO.- En Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Borja acordó comunicar el fin al procedimiento de

amortización de la plaza de conserje del polideportivo y comunicar causa de despido por "reorganización de los servicios administrativos trasladándose al Ayuntamiento (casa consistorial) los servicios de gestión administrativa del polideportivo pasando el actual conserje que realizaba las labores de auxiliar administrativo a realizar sus tareas habituales de conserje y no siendo necesario el mantenimiento de tres plazas habituales de conserje que realicen su trabajo de lunes a viernes ya que duplicarían los servicios de conserjes, se adopta la amortización de la plaza de conserje incorporado interinamente en último lugar".

El acuerdo también fija la concesión de treinta días de preaviso y la fecha de fijación de fecha de cese a 31-05-2009 con entrega en el acto de cheque nominativo del 30-04-2009 con indemnización de 20 días de salario por año de servicio en la cuantía de 1.252,47 euros a razón de 39.56 euros/día.

OCTAVO.- La plantilla del polideportivo del Ayuntamiento demandado -que cierra en verano con la apertura de las piscinas- estaba integrada por cuatro conserjes, uno de los Don.Leoncio, venía, desde 1995, en turno partido ocupándose de tareas administrativas vinculadas al polideportivo (tasas, inscripciones, recibos listados etc.) por las que acreditaba mayor retribución mediante abono de plus fijo. Otro conserje, Don.Alvaro, ocupaba el turno de mañana con contrato en 2002 de interinidad en plaza vacante no cubierta, y Don.Florencio el de tarde de lunes a viernes.

Los servicios del fin de semana venían siendo atendido por contrato indefinido a tiempo parcial (305) por el trabajador Sr.Miguel con antigüedad de 1992.

También concurría plaza de conserje del club juvenil ocupada por Estefanía contratada en 4-12-2002 quien causó baja por it en 26-02-2008 quedando cerrado el citado club en el mes de abril, dando lugar a la modificación de plantilla por Pleno ordinario de 14-04-2008 suprimiéndose la de "conserje del club juvenil" (f.81) mediante la creación de una plaza de conserje polivalente en BOP de 27-05-2008 a la que se adscribió a la trabajadora antes citada.

Por continuar de baja la antes citada y en su sustitución por derecho de reserva de plaza, se contrató en 7-06-2008 con carácter interino jornada parcial de 35 horas a la Sra.Salvadora para prestar servicios en la biblioteca y otros servicios municipales en jornada de trabajo que incluída sábados y domingos. La citada Doña.Salvadora sigue sustituyendo a la expresada Sra.Estefanía (con suspensión del contrato de trabajo por sucesivas bajas y actualmente con suspensión de contrato de trabajo por víctima de violencia de género) en virtud de contratos de interinidad de 3-03-2009, de 12-03-2009 y de 28-05-2009 con jornada que alcanza a sábados y domingos y prestación de servicios tales como biblioteca, ayuntamiento, uno de los museos, ayuda en piscinas en domingo y vacaciones etc., que se detallan en informe de Inspección de Trabajo.

NOVENO.- Actualmente tras amortización de plaza, el servicio del polideportivo cuenta con dos conserjes en turno de mañana y tarde de lunes a viernes, ambos de mayor antigüedad que el actor.

DECIMO.- Las funciones administrativas vinculadas al polideportivo municipal que realizaba Don.Leoncio se han centralizado en la Casa Consistorial siendo asumidas por la plantilla administrativa.

El citado Don.Leoncio desde su reincorporación a tareas de conserje en turno ha dejado de percibir el importe que venía acreditando por desempeño de las tareas administrativas vinculadas al polideportivo.

UNDECIMO.- Se ha agotado la vía administrativa.

DUODECIMO.- Se da por reproducido el informe emitido por Inspección de Trabajo, obrante en autos".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO D.Florencio interpuso demanda de despido contra el Ayuntamiento de Borja. La sentencia de instancia desestimó la demanda. Contra ella recurre en suplicación la parte actora, formulando el primer motivo del recurso al amparo del art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563) (LPL), denunciando la infracción del art. 72 de la LPL, del art. 7.1 del Código Civil (LEG 1889\27) y de la doctrina de los actos propios, invocando asimismo el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978\2836), solicitando la anulación de las actuaciones de instancia porque la parte demandada introdujo variaciones sustanciales en el proceso respecto de las cuestiones planteadas en la reclamación previa y en la contestación a la misma.

El demandante estaba prestando servicios en virtud de un contrato de interinidad por vacante. Cuando se amortizó su plaza, el Ayuntamiento podía haber extinguido su contrato de trabajo temporal al amparo del art. 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18-12 (RCL 1999\45). Sin embargo, procedió a efectuar un despido objetivo al amparo del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) (ET), motivado por la amortización de su plaza, abonando al trabajador la correspondiente indemnización extintiva. No fue hasta el juicio oral cuando el Ayuntamiento de Borja alegó que concurría una causa lícita de extinción no indemnizada de un contrato de trabajo temporal.

La causa que ha motivado la extinción del contrato de trabajo no ha variado: la amortización de la plaza ocupada en virtud de un contrato de interinidad por vacante. El Ayuntamiento de Borja, erróneamente, procedió a efectuar un despido objetivo por esta causa, lo que era innecesario. Pero ello no ha supuesto una variación sustancial en el

proceso que haya causado indefensión a la parte demandante, prohibida por el art. 72 LPL, porque la controversia ha versado en todo momento acerca de si concurría o no la citada causa extintiva, que justifica tanto la extinción contractual al amparo del art. 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998 como al amparo del art. 52 del ET, sin que se haya ocasionado indefensión al actor, lo que conduce al fracaso de este motivo.

SEGUNDO En el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del art. 191.b) LPL, se solicita la revisión de los hechos probados segundo, octavo y noveno.

1) En cuanto al hecho probado segundo, la parte recurrente pretende modificar el importe del salario del trabajador, incorporando las cantidades percibidas en concepto de ayuda minusvalía y plus de nocturnidad.

La pretensión no puede prosperar. La sentencia de instancia fija el salario del actor sobre la base de las nóminas obrantes en las actuaciones correspondientes a los tres últimos meses de prestación de servicios antes de la extinción contractual, sin que los documentos invocados por la parte recurrente demuestren el error probatorio de instancia, debiendo hacer hincapié en que el salario del trabajador reconocido por la empresa en el momento del despido ascendió a 1.252,47 euros mensuales (hecho probado séptimo) y el salario que consta en el escrito de demanda asciende a 1.252,58 euros mensuales.

2) Respecto del hecho probado octavo, la parte recurrente sostiene que debe suprimirse la frase relativa a que la plantilla del Polideportivo del Ayuntamiento de Borja estaba integrada por cuatro conserjes, uno de los cuales era Don.Leoncio. El recurrente niega que su categoría sea la de conserje, invocando en apoyo de su pretensión revisora el contrato de trabajo obrante al folio 48 y el informe del Ayuntamiento obrante a los folios 600 y 602 de la causa. Sin embargo, en este mismo informe se afirma que este trabajador tenía la categoría de conserje, conclusión probatoria que la Juez de instancia extrae de su valoración del conjunto de la prueba y que no ha quedado desvirtuada con los documentos en que se apoya esta pretensión revisora, lo que obliga a desestimar esta pretensión revisora.

3) El único documento en que se apoya la primera pretensión revisora del hecho probado noveno: el informe del Ayuntamiento obrante a los folios 652 y siguientes de la causa, tampoco acredita suplicacionalmente la existencia de error probatorio de instancia, lo que conduce al fracaso de esta pretensión revisora.

4) Por último, la parte recurrente pretende adicionar al ordinal noveno varias afirmaciones fácticas relativas a la creación de una plaza de conserje de edificios e instalaciones varias, la contratación de otro conserje y la aprobación de una bolsa de trabajo para conserjes. Se trata de cuestiones nuevas, planteadas por primera vez en suplicación, cuyo examen está vedado a la Sala (por todas las sentencias de este Tribunal nº 277/2008, de 9-4 (PROV 2008\296414); 303/2008, de 16-4 (PROV 2008\310592) y 767/2008, de 15-10 (PROV 2008\388058)), lo que impide acoger estas pretensiones revisoras.

TERCERO En el siguiente motivo del recurso, formulado al amparo del art. 191.c) de la LPL, se denuncia la infracción del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18-12, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que el contrato de interinidad por vacante solo puede extinguirse por la cobertura definitiva de la plaza, no por la amortización de la plaza ocupada por el demandante, sin que se haya realizado efectivamente dicha amortización.

Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la amortización de la plaza vacante constituye una causa lícita de extinción del contrato de interinidad por vacante (por todas las sentencias del TS de 30 noviembre 2007 (RJ 2007\9345), recurso 4540/2006 y 9 julio 2007 (RJ 2007\6662), recurso 3167/2006). La controversia litigiosa radica en determinar si efectivamente se ha producido una amortización de la plaza que desempeñaba interinamente el accionante. Éste prestaba servicios para el Ayuntamiento de Borja como conserje de edificios municipales, estando destinado en el polideportivo municipal. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acordó la reorganización de los servicios municipales, trasladando a las oficinas generales la gestión administrativa del servicio municipal de deportes. Como consecuencia de ello, el Pleno del Ayuntamiento aprobó la amortización de una plaza de conserje del polideportivo identificada como la que ocupaba el último conserje contratado: el demandante.

Se declara probado que la plantilla del polideportivo del Ayuntamiento demandado estaba integrada por cuatro conserjes, uno de los cuales (Don.Leoncio) se ocupaba desde 1995 de tareas administrativas vinculadas al polideportivo (tasas, inscripciones, recibos, listados etc.), percibiendo una retribución superior. Las funciones administrativas que realizaba Don.Leoncio se han centralizado en la Casa Consistorial, siendo asumidas por la plantilla administrativa. Esta centralización administrativa, debida a necesidades de gestión de modo unificado de tasas, ha supuesto que Don.Leoncio, que ha dejado de percibir el importe que venía acreditando por el desempeño de las tareas administrativas vinculadas al polideportivo, ha pasado a realizar las tareas propias de su categoría de conserje, por lo que el Pleno de la Corporación Local decidió la amortización de la plaza sobrante de conserje del polideportivo, puesto que la prestación del servicio público no precisa de cuatro conserjes en el polideportivo, afectando al trabajador menos antiguo: el actor. A la vista de los citados extremos, esta Sala no puede sino concluir que se ha acreditado la efectiva amortización de la plaza ocupada por este trabajador, debida a la reorganización del servicio, lo que justifica la extinción de su relación laboral interina.

La parte recurrente invoca la sentencia del TS de 14 junio 1999 (RJ 1999\6157), recurso 4271/1998. En ella se enjuicia un supuesto en que se había amortizado una plaza, cesando a un trabajador interino, y se contrató a otro trabajador temporal para realizar las mismas funciones. El TS explica que se trata de un despido improcedente. Sin embargo, en la presente litis no consta que se haya contratado a ningún conserje para realizar las funciones que desempeñaba anteriormente el demandante en el polideportivo, habiéndose producido una reorganización

administrativa que determinó que hubiera una plaza sobrante, lo que motivó su amortización. Es cierto que en el año 2008 se suprimió la plaza de conserje del club juvenil, porque este club cerró en el mes de abril, creándose una plaza de conserje polivalente el 27-5-2008 a la que se adscribió a la conserje que antes estaba adscrita al club juvenil. Y como esta trabajadora estaba de baja médica, se contrató el 7-6-2008 a una conserje interina para sustituirla, la cual desempeña sus funciones a tiempo parcial, con jornada de trabajo que incluye sábados y domingos, prestando servicios en la biblioteca, ayuntamiento, museo... Pero se trata de una plaza distinta de la que ocupaba el demandante, que prestó servicios como conserje del polideportivo simultáneamente con esta conserje del club juvenil hasta que ésta inició su baja médica. Y la conserje interina que sustituye a la que prestaba servicios en el club juvenil, tiene un horario distinto y presta servicios en virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial, mientras que el demandante prestaba servicios a tiempo completo, estando prohibida la imposición de la conversión de un contrato a tiempo completo en otro contrato a tiempo parcial (art. 12.4.e ET), lo que obliga a desestimar este motivo.

CUARTO En el siguiente motivo de este recurso, formulado con el mismo amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 4.1 LPL y de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que la sentencia de instancia debió entrar en el examen de si la amortización de la plaza de conserje es válida jurídicamente, pues constituye una cuestión prejudicial contencioso-administrativa que debe ser resuelta con carácter previo al enjuiciamiento del despido.

Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la jurisdicción social debe examinar si se han cometido infracciones administrativas en la amortización de una plaza, cuando el acto administrativo de amortización es la causa de la extinción de un contrato de trabajo (por todas, sentencias del TS de 10 julio 2000 (RJ 2000\6898), dictada en Sala General; 12 febrero 2001 (RJ 2001\2514); 10 abril 2001 (RJ 2001\4902), recurso 1038/00 y 17 septiembre 2001 (RJ 2002\583), recurso 1678/2000). La última de las sentencias citadas argumenta: "No cabe olvidar que se está enjuiciando una demanda de despido improcedente planteada por trabajadora que ha sido cesada por amortización del puesto de trabajo que desempeñaba en virtud de contrato celebrado el 1 de marzo de 1.990 y hasta la cobertura reglamentaria de la vacante (...) para poder decidir si el cese laboral controvertido es o no conforme a derecho, es necesario resolver en primer lugar «si la amortización del puesto de trabajo preconizado por la empresa ha tenido lugar», y que la comprobación de «esa eventual amortización constituye una cuestión prejudicial de índole contencioso-administrativa para cuya resolución, si bien a los solos efectos del proceso, los órganos judiciales laborales disponen de plena competencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 LPL». Y así es en efecto, porque para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización".

Sin embargo, la parte recurrente no formula este motivo al amparo del apartado a) del art. 191 LPL, solicitando en este motivo la nulidad de la sentencia de instancia, sino que lo formula al amparo del apartado c) del art. 191 LPL, postulando la revocación de la sentencia de instancia y que se declare que el despido es nulo y subsidiariamente improcedente, sin que los hechos probados de instancia, con las adiciones fácticas en suplicación efectuadas en los motivos formulados al amparo del apartado b) del art. 191 LPL, evidencien irregularidad alguna del procedimiento administrativo que permita declarar que ha habido un despido improcedente, lo que conduce al fracaso de este motivo.

QUINTO En el siguiente motivo del recurso, formulado con idéntico amparo procesal, se denuncia la infracción de los arts. 55.5 y 53.4 ET y 24.1 de la Constitución (RCL 1978\2836) (CE), así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que se ha vulnerado la garantía de indemnidad porque el despido del actor supone una represalia por el ejercicio de sus derechos en vía judicial, debiendo declararse nulo el despido por vulnerar los derechos fundamentales del actor.

Como explica la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) nº 138/2006, de 8-5 (RTC 2006\138), "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente 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. Por tal razón, hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004\55), F. 2, y 87/2004, de 10 de mayo (RTC 2004\87), F. 2).

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993\14), F. 2, y 38/2005 (RTC 2005\38), F. 3, entre otras), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores].

En relación con la prueba de la vulneración de los derechos fundamentales, la sentencia del TC nº 138/2006, de 8-5 (RTC 2006\138), explica que "tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, hemos subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba (...) La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los

verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental(STC 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981\38), FF. 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental(STC 38/1986, de 21 de marzo (RTC 1986\38), F. 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio (RTC 1989\114), F. 5, y 85/1995, de 6 de junio (RTC 1995\85), F. 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria(STC 114/1989, de 22 de junio, F. 4), que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador(SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, F. 3, y 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996\136), F. 6 , por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental(SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (RTC 1990\197), F. 4; 136/1996, de 23 de julio, F. 4)".

SEXTO En el supuesto enjuiciado, el actor interpuso una demanda contra el Ayuntamiento el 6-11-2008 reclamando diferencias retributivas. Y el 4-12-2008 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Borja acordó reorganizar los servicios municipales, acordándose la amortización de su plaza de conserje el 19-12-2008. La proximidad temporal entre la interposición de la citada demanda y la amortización de su plaza constituye un indicio de la existencia de una represalia empresarial. Sin embargo, el Ayuntamiento de Borja ha probado que la extinción de su contrato de interinidad por vacante responde a causas reales ajenas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, las cuales han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Como hemos explicado, las necesidades de gestión de modo unificado de tasas determinaron la centralización de funciones administrativas en la Casa Consistorial, siendo asumidas por la plantilla administrativa. Ello supuso que Don.Leoncio dejó de realizar las tareas administrativas vinculadas al polideportivo (tasas, inscripciones, recibos, listados etc.), pasando a realizar las tareas propias de su categoría de conserje, existiendo una plaza sobrante de conserje del polideportivo, puesto que la prestación del servicio público ya no precisa de cuatro conserjes en el polideportivo, amortizándose la plaza del trabajador menos antiguo: el actor. A la vista de los citados extremos, esta Sala no puede sino concluir que se ha acreditado la efectiva amortización de la plaza ocupada por este trabajador, debida a la reorganización del servicio, lo que justifica la extinción de su relación laboral interina, sin que se haya vulnerado el art. 24.1 CE , lo que conduce al fracaso de este motivo.

SÉPTIMO Procede examinar conjuntamente, por su íntima interconexión, los dos motivos de suplicación siguientes, formulados con idéntico amparo procesal, en los que se denuncia la infracción del art. 55.5 ET en relación con los arts. 53.a) y b) y 53.4 ET y de los arts. 53.5.b) y 56 ET , así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que debe declararse nulo el despido del actor debido al incumplimiento de los requisitos propios del despido objetivo y subsidiariamente debe declararse improcedente porque no se ha amortizado la plaza.

Como hemos explicado, en el presente supuesto concurre la causa lícita de extinción del contrato temporal de interinidad por vacante consistente en la amortización de la plaza que desempeñaba el trabajador, la cual no está sometida a los requisitos del art. 53 ET . Aunque el Ayuntamiento de Borja, erróneamente, acudió al despido objetivo, no siendo hasta el juicio oral cuando explicó que concurría una causa de extinción de un contrato temporal, ello no autoriza a declarar nulo un despido objetivo por defectos de forma cuando se ha acreditado que concurre la causa de extinción de un contrato temporal que no está sujeta a requisitos formales, lo que impide estimar este motivo.

Y la acreditación de la concurrencia de la causa de extinción del contrato temporal obliga a desestimar la pretensión de que se declare la existencia de un despido improcedente, lo que obliga a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

En atención a lo expuesto,

F A L L O

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 34 de 2010, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.