



JUZGADO DE LO SOCIAL
NÚMERO CINCO
MÁLAGA

SENTENCIA N° 398 /018

En Málaga, a 13 de noviembre de 2018

D.^a María José Beneito Ortega Magistrada Juez del Juzgado de lo Social n° 5 de esta ciudad y su provincia, vistos los autos n° 1108/2016 seguidos a instancia de [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA y Factoría de Arte y Desarrollo S.L sobre DESPIDO, siendo parte el Ministerio Fiscal .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Procedente del turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda registrada en el Decanato de los Juzgados de esta ciudad el día 28.12.2016 y repartida a este Juzgado n° 5 por [REDACTED] en la que solicitaba se declarase el despido nulo o subsidiariamente improcedente y al abono de la indemnización adicional reclamada por vulneración de derechos fundamentales de 25.000 euros . Que subsanada la demanda por decreto de fecha 13 de febrero de 2017 se admitió a trámite , acordándose la citación de las partes a los actos de conciliación y juicio para el día 23 de mayo de 2017 que fueron suspendidos por existir un procedimiento pendiente sobre declaración de laboralidad de la relación ante el Juzgado de lo Social n° 2 y siendo firme la citada sentencia se convocó a las partes a los actos de conciliación y juicio para el día 8 de noviembre de 2018 ,que se celebraron el día señalado . .

Segundo .- Que emplazadas las partes y fracasada la conciliación, el juicio tuvo lugar el día señalado , la parte actora se ratificó en la demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Las demandadas se opusieron en base a las alegaciones que obran en autos, no compareciendo el Ministerio Fiscal .Recibido a prueba el juicio se propusieron como medios de prueba , documental y testifical, medios de prueba que fueron admitidos y llevados a efecto con el resultado que consta, se evacuó el trámite de conclusiones, y se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

1.- [REDACTED] con DNI [REDACTED] ha venido prestando



servicios para el Ayuntamiento de Málaga desde el 1 de marzo de 2013 con la categoría de técnico auxiliar grupo III , debiendo percibir un salario mensual de 2.078,53 euros con inclusión de pagas extra .

2.- El actor desarrollaba su actividad en el Museo del Patrimonio en las oficinas situadas [REDACTED] bajo la supervisión y dirección del Director del Museo [REDACTED] a través de las aplicaciones informáticas con licencia municipal y entre sus cometidos se encuentran la planificación de actividades para grupos (incluyen las visitas a Colegios en representación del ayuntamiento), solicitud de material de oficina, recuento de visitantes, control de calidad (gestión buzón de quejas y sugerencias), incidencias informáticas, memoria anual, y tutoría de alumnos de la Uma durante sus prácticas, etc.

3.- Con fecha 7-06-2016 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Málaga levanta acta de Infracción núm. I292016000079688 y de liquidación 292016008039045 al Excmo. Ayuntamiento de Málaga por falta de alta de tres trabajadores incluido el actor al considerarse que la relación existente entre éstos y la empresa era una relación laboral, en virtud de visita girada el día 17 de febrero de 2016.

4.- Que iniciado procedimiento de oficio , con fecha 3 de noviembre de 2017 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 2 que declaró la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Málaga y [REDACTED] y de los otros dos trabajadores . Anunciado recurso de suplicación la Sala por sentencia de fecha 13 de julio de 2018 confirmó la sentencia .

5.- Por el Ayuntamiento de Málaga se ha venido adjudicando el Servicio de diseño y desarrollo de la línea de actividades del Museo del Patrimonio Municipal por procedimiento abierto conforme a pliego en tres lotes , el actor participó y suscribió con el Ayuntamiento varios contratos administrativos .El último (exp 57/2014) de fecha 15 de octubre de 2014 con una duración de doce meses con posibilidad de prórroga de un año conforme al pliego , lo que fue acordado prorrogándose desde el 16 de octubre de 2015 .

6.- El actor giraba facturas , con carácter mensual recibía las retribuciones , solo interrumpidas en ocasiones por las prórrogas entre contratos administrativos . El actor giró factura nº 11/2016 , correspondiente a los servicios durante el periodo 1 a 15 de octubre de 2016 por importe de 1.116,48 euros que le fue abonada el 23 de noviembre de 2016 . Con fecha 27 de diciembre de 2016 presentó factura nº 12/2016 por “ programación de actividades didácticas de navidad dirigida al público infantil y juvenil, realización de las visitas a centros escolares , [REDACTED] de la exposición José María Fernández , un espíritu atormentado (11 de noviembre 2016-





29-2017) , desde el 15 de octubre al 25 de noviembre de 2016 .Factura esta última que fue devuelta el 13 de febrero de 2017 porque “ el objeto no se ha realizado ni existe compromiso adquirido “ .

7.-En la programación de octubre de 2016 existían visitas programadas de centros escolares en el Museo , a partir del día 16 , había dos una el 20 de octubre de 2016 (Guadaljaire) y otra el 25 de octubre (ARDIRA) , que fueron canceladas .

8.-A partir del día 16 de octubre de 2016 el actor no acudió a las dependencias del Museo y sus efectos personales fueron enviados al archivo , existiendo orden en el sentido que su recogida debía hacerse por escrito , lo que efectuó el día 22 de diciembre de 2016 .

9.- El actor ha impartido en el CEIP María de la O talleres educativos MUPAM en la escuela (Museo del Patrimonio de Málaga) , en el mes de octubre los días 3,5,10,1 y 24 y noviembre , los días 3,4,11,17,18,23 ,24) de 2016 . El día 11 de noviembre de 2016 estaba prevista en el MUPAM un curso de la Fundación General de la Universidad de Málaga estando a cargo del actor , las estrategias .

10.-El 24 de noviembre de 2016 se acordó la devolución al actor de la garantía constituida en la contratación 57/2014, que le fue notificado el día 5 de diciembre de 2016.

11.- Que el servicio de programación de actividades para la promoción y difusión de programa de actividades del museo del Patrimonio fue adjudicado a Factoría de Arte y Desarrollo S.L el ocho de noviembre de 2016 , notificado el 29 de noviembre de 2016 conforme el pliego de prescripciones técnicas de contrato menor de fecha 25 de octubre de 2016 , comenzando su actividad el 5 de diciembre de 2016 . El actor no participó en dicha oferta .

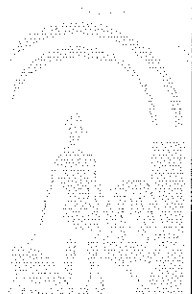
12.- En el Pleno del Ayuntamiento de fecha 24 de noviembre de 2016 se recogió la moción de un grupo político para instar al Ayuntamiento en relación a los falsos autónomos entre ellos los del Museo del Patrimonio Municipal (MUPAM) a iniciar los trámites para la eliminación de esos contratos y estudiar las fórmulas para regularizar esta situación .

13 El Ayuntamiento cursó con fecha 30 de abril de 2017 su baja en TGSS con efectos desde el 15 de octubre de 2016

14.-Se ha celebrado acto de conciliación ante el CMAC el día 19 de enero de 2017, con papeleta presentada el día 27 de diciembre de 2016 con el resultado de sin avenencia .

15.-Se interpuso reclamación previa el 27 de diciembre de 2016 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO





Primero.- Hay que partir de la premisa , por ser cosa Juzgada ex art 222 de la LEC , la existencia de relación laboral entre el actor con Ayuntamiento de Málaga, al haberlo así declarado la sentencia del Juzgado de lo Social , recaída en un procedimiento de oficio con ocasión del acta de infracción levantada contra el Ayuntamiento . Con base a ello y existiendo conformidad la antigüedad , categoría y salario se fijaron conforme al Convenio Colectivo del Ayuntamiento.

Segundo .- En cuanto al hecho del despido , por las codemandadas se alegó la existencia de caducidad , con base a que el contrato que se prorrogó por un año finalizaba el día 15 de octubre de 2016 , habiendo presentado una factura que le fue abonada por los servicios prestados hasta esa fecha y que la siguiente factura de fecha 27 de diciembre de 2016 tenía la misma fecha que la reclamación fue devuelta sin formular reclamación , no habiendo prestado servicios desde dicha fecha .

Al tratarse de una acción de despido como señala la sentencia del TSJ con sede en Málaga de fecha 10.10.2018 "debe ser ejercitada en el breve plazo de caducidad de 20 días hábiles que establecen el art. 59.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que dispone que " El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente" y el art. 103.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social que dispone que "El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos".Y, como es reiterada doctrina judicial , debe ser analizada la caducidad de la acción de despido, bien por excepción que oponga la parte demandada, y aún de oficio dado su carácter y naturaleza absoluta, como institución de orden público y de observancia inexcusable que opera de modo fatal, ope legis, automático y sustraída a la voluntad de las partes e incluso del Tribunal, siendo apreciable incluso de oficio, pues el plazo de caducidad supone el plazo de vida misma del derecho a cuyo término queda extinguido el mismo, sin necesidad de alegación de parte. Este carácter lo declara la doctrina judicial al afirmar que "la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es propiamente una excepción, sino un elemento consustancial del derecho, lo que permite su apreciación de oficio, ello porque al fijar el legislador un plazo de caducidad para el ejercicio de un derecho lo que está haciendo es limitando la vida o vigencia de este, de tal modo que transcurrido el plazo marcado para su ejercicio sin hacerlo, automáticamente muere, de forma similar a como un



medicamento caducado pierde toda su virtualidad o eficacia; todo derecho subjetivo solo es tal cuando tiene la posibilidad de ser jurídicamente protegido, pues si pierde tal protección -conseguida a través de la oportuna acción procesal- se desnaturaliza hasta el extremo de no existir como tal derecho; los derechos sujetos a acción de caducidad llevan en su entraña a modo de una bomba de relojería con día y hora marcada para explotar, en forma tal que, si no es desactivada mediante su ejercicio procesal, estalla destruyéndolo, por lo cual llegado tal momento sin ejercitar, el derecho mismo deja de existir sin necesidad de que la parte originariamente obligada a su cumplimiento precise alegar nada en su favor, porque siendo ya inexistente el derecho ninguna consecuencia jurídica puede derivarse de él. De ello se deriva el carácter sustancial y no meramente procesal de la caducidad y la razón o fundamento de que pueda ser apreciada de oficio. Es por ello decisivo para determinar si transcurrió en exceso el plazo de caducidad establecido fijar el momento en que se produjo el hecho extintivo a partir del cual comienza a correr el cómputo del plazo, y debiendo determinarse por ello en esta vía el indicado día y por ende si transcurrió o no el plazo fatal marcado legalmente y si estaba viva la acción o extinguida por caducidad.”

La relación del actor con el Ayuntamiento era indefinida , pues la vinculación formal mediante contrato administrativo no se desarrolló con las notas de autonomía e independencia , sino al contrario de dependencia , por lo que no se puede amparar el Ayuntamiento en pretender que la relación laboral concluyó por finalización de contrato .

Para computar el plazo que señala el art 59 del ET habrá de determinarse cual fue la fecha del despido .Se ha insistido que desde el 16 de octubre de 2016 el actor no acudió al Museo , así lo han declarado los testigos que han depuesto en juicio y que las actividades programadas y en las que intervenía fueron anuladas , tales como visitas de centros educativos (folio 247 en relación con el 396) que eran dos , respondiendo dicha alegación más a una dimisión del trabajador que a una válida extinción de una relación laboral , pues con independencia que el servicio de desarrollo de la línea de actividades del Museo del Patrimonio Municipal , con igual o distinto contenido haya sido objeto de nueva contratación en noviembre de 2016 a una empresa externa hoy codemanada , entre las actividades del actor como así se recoge en la sentencia estaban la realización de las visitas a centros escolares, así se ha aportado (folio 399) que no obstante su impugnación no por falsedad corrobora que el actor siguió realizando tareas que le eran propias la última el 24 de noviembre de 2016 , también el día 11 de noviembre de 2016 estaba prevista en el MUPAM un curso de la Fundación General de la Universidad de Málaga estando a cargo del actor , las estrategias, que no consta fuera anulada (folio 400) , si bien y aunque en la relación de actividades





presentadas con la última factura figurase la “ [REDACTED] de la exposición José María Fernández , un espíritu atormentado”, que según el folleto tendría lugar los días 10 de noviembre de 2016 a 29 de enero de 2017(folio 254) y ya no figurase el actor en el organigrama , no se evidencia con ello una actitud por parte del trabajador de abandono.El actor alegó en demanda que el 25 de noviembre se le comunica por wasap que su contrato no iba a ser renovado, sin embargo esa aseveración no se desprende de los documentos que aporta (folios 411 a 413) . En dicha época noviembre de 2016 se conocía la existencia del acta de infracción y se estaba preparando un nuevo proceso de contratación administrativa , en la sentencia de la Sala se recogió que con carácter mensual recibía las retribuciones , solo interrumpidas en ocasiones por las prórrogas entre contratos administrativos , el pliego es de fecha 26 de octubre de 2016 , la adjudicación fue el ocho de noviembre de 2016, siendo comunicado a la empresa codemandada el día 29 de noviembre de 2016 (folios 288y 289) ignorándose cuando se firmó el nuevo contrato, y si bien el actor no participó , si quedó acreditado que la nueva empresa con personal propio inició su actividad el 5 de diciembre de 2017 , fecha en la que se devuelve la fianza del actor , acto que por si mismo unido a la entrada de la nueva empresa denota una intención por parte de la empresa de dar por finalizado el contrato y esa fecha 5 de diciembre de 2017 unido a la presentación de la reclamación previa y papeleta de conciliación el día 27 de diciembre de 2016 , permiten determinar que la acción no estaba caducada .

Tercero .-.- En cuanto a la calificación del despido , se solicita la nulidad por ser represalia a la declaración de laboralidad .Como señala el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en la STC 55/2004, de 19 de abril : "que la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE , no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también 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 , que en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos “.El art 181.2 de la LRJS dispone “. En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”





La relación laboral lo ha sido entre el actor y el Ayuntamiento , debiendo estimarse la falta de legitimación pasiva de Factoría de Arte y Desarrollo S.L , pues no estamos ante ninguna sucesión empresarial ex art 44 , sino de una licitación de un servicio a un tercero , ni tampoco podría hablarse de subrogación , el actor es personal laboral del Ayuntamiento . La contratación realizada bajo la apariencia de un contrato administrativo es fraudulenta y por tanto no puede ampararse en una terminación de un contrato temporal o por cualquier otra causa sin haber existido comunicación escrita en los términos señalados en el art 55 del ET , ello no obstante ello no determina sin más que ello haya sido como represalia , pues el procedimiento de oficio se inició no a instancia del actor , sino por la inspección , la sentencia fue posterior al cese y en relación con lo acordado en el pleno del Ayuntamiento , ello tampoco se debió a ninguna vindicación del actor , sino que su cese se debió a la adjudicación del servicio a otra empresa , debiéndose desestimarse la nulidad invocada y calificarse el despido como improcedente con las consecuencias , que previenen los artículos 56 del E.T y 110 de la L.R.J.S con opción por parte del Ayuntamiento al no solicitarse dado los términos del Convenio opción al actor .

FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA y Factoría de Arte y Desarrollo S.L .Debo declarar y declaro improcedente el despido del actor condenando al AYUNTAMIENTO DE MALAGA a que, a su opción , readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 69,28 euros diarios, desde la fecha del despido 5.12.2016 hasta la notificación de sentencia ; o al abono de una indemnización de 8.763,92 euros .

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que se opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. Si se optase por la readmisión tendrá la condición de trabajador por tiempo indefinido en el Ayuntamiento .

Absolviendo a Factoría de Arte y Desarrollo S.L de las peticiones de la parte actora .
Contra la presente resolución cabe recurso de suplicación que habrá de anunciarse ante este Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, debiendo consignar en el caso que el recurrente no gozare del beneficio de Justicia gratuita en C/C que posee el juzgado el importe de la condena en metálico pudiendo sustituirse la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito .En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos ; respecto del depósito de 300 E, deberá ingresarse en dicha C/C al tiempo de anunciarlo .

Llévese la presente sentencia al Libro de sentencias y déjese testimonio de la misma en los autos.

Así por esta mi sentencia , la pronuncio , mando y firmo .

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltma. Sra. Magistrada de lo Social que la suscribe, estándose celebrando Audiencia Publica en el día de la fecha, de lo que doy fe.-

