



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

N.I.G.: 2906744S20170002261

Negociado: RM

Recurso: Recursos de Suplicación 1237/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 8 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 209/2017

Recurrente: [REDACTED]

Representante: RAQUEL ALARCON FANJUL

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE MALAGA y MINISTERIO FISCAL

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Sentencia Nº 1674/18

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de MÁLAGA a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CON SEDE EN MALAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

**SENTENCIA**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 8 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MALAGA y MINISTERIO FISCAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 9 de Abril de 2018 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

I.- [REDACTED] (DNI [REDACTED]) ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Málaga (CIF P 2906700 F) desde el 14 de noviembre de 2006, con la categoría profesional de técnico superior, subgrupo A1- nivel complemento





destino 22, a jornada completa y percibiendo un salario diario de 100,03 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias. La actora estaba adscrita al Servicio de Programas Europeos del Ayuntamiento de Málaga, estando el centro de trabajo en el OMAU (Observatorio de Medio Ambiente Urbano).

II.- La actora, licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales asumió la [REDACTED] estaba en contacto directo con la Gerencia Municipal de Urbanismo, tenía los certificados necesarios para el uso de las aplicaciones informáticas y redactaba los pliegos de contratación.

III.- El 28 de julio de 2016 el Juzgado de lo Social n.º 9 de Málaga dictó Sentencia declarando la existencia de relación laboral entre la actora y el ayuntamiento demandado. La Sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 25 de enero de 2017. Dichas sentencias devienen de las visitas giradas por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social los días 5 de marzo y 12 de mayo de 2015 al Observatorio de Medio Ambiente Urbano y del acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 3 de agosto de 2015 contra el Ayuntamiento de Málaga por infracción tipificada como muy grave y que dieron lugar a un procedimiento de oficio a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social, que interpuso demanda el 30 de noviembre de 2015 y que fue turnada al Juzgado de lo Social n.º 9. En dichos autos intervino como parte la actora junto con los trece trabajadores referidos en el acta de infracción Las Sentencias y el acta de infracción obran como documentos n.º 1 a 3 del ramo de prueba de la parte actora y su contenido se da por reproducido.

IV.- Tras adquirir firmeza la Sentencia de 28 de julio de 2016 el Juzgado de lo Social n.º 9 el Ayuntamiento dio de alta a la actora en el Régimen General de la Seguridad Social el 6 de marzo de 2011.

V.- El 30 de agosto de 2016 la asesoría jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Obra e Infraestructuras del Ayuntamiento de Málaga redactó informe jurídico sobre "Contrato de servicios para gestión de fondos comunitarios para proyectos de desarrollo urbano y cooperación territorial", cuyo apartado tercero expresa:

"Exclusión de personal con relación laboral con el Ayuntamiento de Málaga.

Como se ha señalado con anterioridad, el 28 de julio de 2016, se dicta por parte del Juzgado de lo Social número 9 de Málaga, sentencia en la que se declara la existencia de una relación laboral entre el Ayuntamiento de Málaga y un grupo de personas que han prestado sus servicios en el Servicio de Programas Europeos, aunque los mismos aparecieran como "contratistas de servicios".

Es evidente que en el contrato de servicios que ahora se pretende, como en cualquier otro, los licitadores y el personal de las empresas licitadoras no pueden tener vínculo laboral con la Administración contratante.

Entiende esta Asesoría Jurídica que debe quedar constancia expresa en el pliego de la imposibilidad de la relación laboral entre los licitadores o sus trabajadores y el Ayuntamiento de Málaga.





Asimismo y de forma nominal debe constar en el pliego que ninguno de los intervinientes en el proceso judicial de referencia puede presentarse como licitador ni como trabajador de las empresas licitadoras, toda vez que su relación laboral se ha declarado en primera instancia, encontrándose la cuestión pendiente de los posibles recursos, por lo que su participación supondría la vulneración de los términos del proceso sub iudice.

Es cuanto tengo que informar, salvo mejor saber o entender, en Málaga a 30 de agosto de 2016.”

**VI.-** El 31 de enero de 2017 la actora fue dada de baja por el Ayuntamiento de Málaga en el Régimen General de la Seguridad Social, finalizando en dicha fecha el contrato administrativo suscrito con el Ayuntamiento de Málaga el 15 de febrero de 2011, que fue prorrogado el 23 de diciembre de 2014 por un periodo de veinticuatro meses tras la aprobación de la prórroga el 17 de diciembre de 2014 por el resolución del órgano de contratación (documento n.º 1 del ramo de prueba de la parte demandada).

**VII.-** La trabajadora no ostentaba en la fecha del cese ni en el año anterior la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical.

**VIII.-** El 14 de febrero de 2017, a las 10:45 horas, se interpuso la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, 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 DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La demandante [REDACTED] prestaba servicios para el demandado AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, siendo que en el devenir de tal relación laboral, y en fecha 31.01.2017, la citada empleadora procedió unilateralmente a dar por extinguido su contrato de trabajo.

Impugnada la regularidad y acomodo legal de tal decisión, la sentencia recurrida estimó solo en parte la demanda por despido interpuesta, catalogando al mismo como improcedente, alzándose frente a la misma la demandante y hoy recurrente que, a través del recurso que ahora nos ocupa, solicita con carácter principal que se revoque la sentencia dictada y se declare la nulidad del despido acontecido, o subsidiariamente que consecuencia de la improcedencia declarada del mismo se otorgue a la misma y no a la empresa demandada el derecho de opción a que alude el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

**SEGUNDO.-** Y a tal efecto la parte recurrente articula un primer motivo de recurso con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, a través del cual solicita la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia, en concreto la modificación del contenido del hecho probado tercero a fin de hacer constar en el mismo las menciones contenidas en la redacción alternativa propuesta.





La doctrina jurisprudencial es inequívoca (STS 05.10.2010, 10.12.2009 y 05.11.2008 entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba, señalando que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia..."

Y lo cierto es que aplicando tales presupuestos al supuesto que nos ocupa estima la Sala que la pretensión de la parte recurrente no podrá prosperar, cuando entendemos que la misma carece por completo de relevancia a los efectos resolutorios del presente procedimiento, y mucho menos a los modificativos del fallo judicial aquí impugnado, como en adelante se verá.

**TERCERO.-** Y tras ello la parte recurrente articula sendos motivos de recurso destinados al examen crítico de las normas, con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, a través de los cuales denuncia incurrir la sentencia recurrida en diversas infracciones normativas.

En ello, en el primero invoca como vulnerados el artículo 24 de la Constitución y el artículo 5.c) del Convenio 158 OIT, sosteniendo en sustento del mismo que la sentencia recurrida infringió tales disposiciones al tiempo de no apreciar concurrente la denunciada vulneración de la garantía de indemnidad de la actora. Ahora bien, tal censura jurídica formulada tiene escaso recorrido práctico cuando una serie de controversias sustancialmente idénticas a la que ahora nos ocupa -dirigidas además en idénticas condiciones laborales frente a la misma entidad hoy demandada- han sido recientemente resueltas por esta misma Sala en diversas sentencias, como así en sendas sentencias dictadas en fecha 15.11.2017 -recursos 1280/2017 y 1594/2017- y en otra posterior de fecha 10.01.2018 -recurso 1799/2017-, en las que hemos mantenido el mismo criterio aplicado en la sentencia hoy recurrida, posicionamiento éste que por tanto hemos necesariamente de mantener en la presente resolución por razones de coherencia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley -artículos 9.3 y 14 de la Constitución-.

Y a tal efecto, como indicábamos en estas previas sentencias, "...en estos autos nos encontramos con que el Ayuntamiento demandado se opuso a la demanda manifestando que el cese de la demandante se debió exclusivamente al fin de la duración de su contrato, y no como consecuencia del contenido del acta de Infracción de la Inspección de Trabajo. Esta baja en la Seguridad Social coincidió con la duración prorrogada del contrato administrativo suscrito por la actora y la OMAU y respecto del cual la sentencia recurrida ha razonado sobre la condición de empleadora del Ayuntamiento de Málaga. Desde luego es cuestionable que esa extinción no fuese consecuente con la naturaleza implícita que derivaba del alta a la que se vio forzada por la actuación inspectora, pues tuvo que incorporar a la actora en el sistema de la Seguridad Social como trabajadora por su cuenta; era claro, consecuentemente que la condición laboral de ello derivada, por la informalidad de su relación, era la de una





relación laboral indefinida, cuya extinción no puede saldarse con una mera baja, cuando claramente esa extinción operada unilateralmente por la ahora demandada carecía por completo de cobertura jurídica...”, pese a lo cual, tal y como razonamos en tales anteriores sentencias, “...aun todo ello, las actuaciones inspectoras y la consiguiente presentación de la demanda de procedimiento de oficio no tienen la vinculación necesaria, aquella relación de causalidad exigida por el Tribunal Constitucional, para erigirla como indicio pues, por un lado, sin negar que el actora tuvo la consideración de parte en aquel proceso como trabajadora afectada, de acuerdo con los artículos 149.1 y 150.1.a) de la LRJS, no fue a iniciativa suya, pues las actuaciones inspectoras que están en el origen arrancaron con una visita, según se afirma en el hecho probado tercero, no por denuncia de aquélla. Y, por otro, porque tampoco la secuencia de los hechos permite establecer aquel enlace entre tales actuaciones y la extinción, por muy infundada que fuese ésta, ya que la demanda, con la que culminan las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se presenta en noviembre de 2015, y la extinción del contrato se produce en diciembre del año siguiente. Por todo lo anterior, no se está ante una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su variante de garantía de indemnidad, por lo que la sentencia de instancia, al calificar nulo el despido, infringió el artículo 24.1 de la CE y, consecuentemente, los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LRJS, debiéndose declarar el despido como improcedente, de conformidad con la calificación aceptada por la recurrente, con los efectos inherentes a la misma, regulados conforme al salario también propugnado por dicha parte en este recurso...”.

**CUARTO.-** Y en último término, y a través de un segundo motivo de censura jurídica, se invoca como infringido por la recurrente el artículo 88 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga en relación a otras disposiciones internas e internacionales que cita.

En desarrollo de este motivo viene en esencia a discrepar del posicionamiento mantenido en la sentencia recurrida al tiempo de no otorgar a la trabajadora demandante el derecho de opción a que alude el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Y lo cierto es que nuevamente tal infracción normativa no podrá ser compartida por la Sala cuando la misma de manera uniforme y reiterada viene manteniendo un posicionamiento claramente contrario a la misma, reflejado explícitamente en la sentencia hoy recurrida y contenido entre otras en nuestras sentencias de 10.01.2018 y 07.03.2018, el que actualmente entendemos es plenamente correcto y a la normativa legal y convencional de aplicación, y al amparo del cual hemos sostenido y mantenemos a día de hoy que la opción entre readmisión e indemnización que el artículo 88 del convenio de aplicación viene circunscrita a los supuestos de despidos de trabajadores que ostenten la condición de fijos, y no ante casos como el presente de trabajadores que meramente ostentan la condición de indefinidos -no fijos- por tratarse su empleadora de una Administración Pública.

Y no bastante con lo anterior, como muy acertadamente resalta la entidad demandada en su escrito de impugnación, el mismo Tribunal Supremo se ha venido a pronunciar recientemente acerca de la viabilidad y acomodo normativo de una disposición convencional como la ahora discutida, así en su sentencia de 22.11.2017, en la que vino a declarar que “... *hemos descartado cualquier atisbo de trato discriminatorio del personal laboral indefinido de las Administraciones públicas en relación con los contratados fijos cuando la norma convencional otorgue a éstos, y no a aquéllos, la posibilidad de optar entre readmisión e*





indemnización, pues, como allí dijimos, en razonamiento perfectamente aplicable al presente litigio, "con ello se trata de alcanzar un razonable equilibrio entre la protección de los intereses de los trabajadores irregularmente contratados y el interés público que representa el hecho de que el ingreso como empleado en todas las Administraciones Públicas viene presidido por los principios constitucionales de igualdad mérito, y capacidad [arts. 23 y 103 CE], lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de aquellas plazas...".

En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, no entendiéndose concurrente ninguna de las infracciones normativas denunciadas procede, en consecuencia, con desestimación del recurso de suplicación formulado, la confirmación de la sentencia recurrida.

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

### FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación formulado por [REDACTED] frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de los de Málaga de fecha 09.04.2018, dictada en sus autos nº 209/2017 promovidos por la indicada parte recurrente frente al AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada.

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.

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

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

*"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."*

