



N.I.G.: 2906744S20170009681

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 1049/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 713/2017

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Recurrido: [REDACTED] FOGASA, W INNOVA SOCIEDAD y MINISTERIO FISCAL

Representante: MARIA SUSANA SANCHEZ-BAYO TIERNOJUAN ANTONIO QUESADA GALVEZ y LETRADO DE FOGASA - MALAGA

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA 1470/18

En el recurso de Suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número once de Málaga, ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre despido siendo demandado el Ayuntamiento de Málaga, W Innova Sociedad, y parte FOGASA y el Ministerio Fiscal habiéndose dictado





sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 27 de febrero de 2018 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

PRIMERO.- 1.- [REDACTED] (en adelante, la actora), mayor de edad, con DNI núm. [REDACTED] es licenciada en administración y dirección de empresas (según título universitario oficial que le fue expedido el 24.III.2009) y ha estado *vinculada* con el Ayuntamiento de Málaga (en adelante, el demandado), en los espacios temporales que a continuación se detallan, y siempre *ubicada* físicamente en las dependencias de dicha Entidad local, situadas en la [REDACTED] de esta ciudad, donde se encuentra hoy la [REDACTED]

1.1.

-Del 1.VI al 31.XII.2008, realizando *prácticas* (600 horas) en la entonces Área de Personal, Organización y Calidad municipal, consistentes en *labores de apoyo en las actuaciones del Plan de Acción en Calidad* del Ayuntamiento de Málaga; y ello en base al Convenio de colaboración para el desarrollo de un Programa de cooperación entre el Ayuntamiento y la Universidad de Málaga, suscrito entre ambas Entidades el 22.III.2004.

-Del 26.I al 26.VII.2009, realizando *prácticas* (635 horas) en la entonces Área de Personal, Organización y Calidad municipal del Ayuntamiento de Málaga, consistentes en *tareas de apoyo y colaboración en la implantación de sistemas de gestión de calidad, definición y simplificación de procesos administrativos, diseño e implantación de matrices de indicadores, objetivos..., y formación al personal sobre herramientas básicas de gestión de calidad*; y ello en base al Convenio de colaboración para el desarrollo de un Programa de cooperación entre el Ayuntamiento y la Universidad de Málaga, suscrito entre ambas Entidades el 22.III.2004.

(El tan mentado Convenio consta en el ramo de prueba *documental* del demandado, bajo el núm. 1, y su contenido lo doy aquí por íntegramente reproducido.

Es importante también destacar que, en el primero de los arcos temporales





reseñados, y en concreto en los meses de VII, VIII, IX, X, XI y XII.2008, la actora percibió de manos del demandado la suma de 300 euros *en concepto de ayuda al estudio*. Y la misma cantidad y por el mismo concepto, en los meses de II a VII.2009 -ambos inclusive-.)

1.2.

(Habiendo previamente causado alta en el RETA, y más concretamente el 1.IX.2009) del 1.IX.2009 al 4.VII.2012 (con *soluciones* de continuidad entre contrato y contrato, en ningún caso superiores a 2 meses), desarrollando los siguientes servicios:

-*Despliegue del sistema de gestión de la calidad en las Juntas municipales de Distrito*: contrato menor por un importe total (IVA incluido) de 7.500 euros, abonado en 2 facturas expedidas al demandado por la actora (una de IX y otra de XII.2009) de 3.523,70 euros cada una.

-*Actualización y diseño bases de datos del SAIC*: contrato menor por un importe total (IVA incluido) de 14.400 euros, abonado en 3 facturas expedidas al demandado por la actora (una de IV, otra de VI y la otra de XI.2010), la primera de 3.134,48 euros, la segunda de 6.268,97 euros y la tercera de 3.196,54 euros

-ODC 131/2011: *Diseño, actualización y seguimiento de las Bases de Datos del SIAC*; contrato por un importe global de 15.200 euros y 11 meses de ejecución máxima.

-ODC 1046/2011: *Mantenimiento de la información del nuevo programa de Cartelería Dinámica (CADI)*; contrato por un importe global de 6.000,01 euros y 8 meses de ejecución máxima.

-ODC 116/2012: *Diseño, Actualización y seguimiento de las Bases de Datos del SAIC*; contrato por un importe global de 9.000 euros y 7 meses de ejecución máxima.

E impartiendo también al personal del Servicio de Atención Integral a la Ciudadanía municipal o del Servicio de Calidad y Modernización, los siguientes Cursos y Talleres (y percibiendo los oportunos honorarios de la





Tesorería municipal):

Talleres sobre programación informática del SAIC, 2011.

Seminario de comunicación externa (CADI), 2011.

Es dable señalar (como en parte ha sido expresado ya) que, durante este período, la actora facturaba con diversa periodicidad al demandado y por cuantías variables, en concepto de *honorarios*, más el correspondiente *IVA*, y al *conjunto* le aplicaba, para su ingreso en Hacienda por parte del Ayuntamiento de Málaga, la oportuna retención.

Además, en sus declaraciones del IRPF y correspondientes a los años 2009 a 2012 (ambos inclusive), únicamente figura como entidad pagadora de la actora el demandado.

1.3.- El 5.VII.2012, [REDACTED] constituyeron, al 50% (aunque sin aportación de cantidades dinerarias ni bienes), una Sociedad Civil denominada W Innova.

Según las *estipulaciones* del correspondiente contrato (en concreto, la 4ª), el objeto de dicha mercantil era *la actividad de consultoría, diseño, publicidad, relaciones públicas, atención al público y cuantas actividades empresariales se relacionen con el citado objeto.*

Pues bien, en su calidad de *socia* de la dicha SC, la actora (en lo que aquí interesa) ha prestado *personalmente* (y siempre en la misma [REDACTED]) los siguientes servicios contratados por el demandado con esta empresa (con *soluciones* de continuidad entre contrato y contrato, en ningún caso superiores a 2 meses)*:

-ODC 1661/2012: *Adaptación y reestructuración de las plataformas existentes del SAIC al nuevo espacio web Málaga 24 horas del año 2012;* contrato por un importe global de 13.860,01 euros y 5 meses de ejecución máxima.

-ODC 106/2013: *Asesoramiento para la explotación y mantenimiento de los aplicativos del SAIC del año 2013, y sus aplicaciones incorporadas a la*





ventanilla "malaga24h", así como el desarrollo de nuevos aplicativos de información y atención, requeridos por el Plan SIMAD o promovidos a iniciativa del Servicio; contrato por un importe global de 19.800 euros y 7 meses de ejecución máxima.

-ODC 1699/2013: *Revisión, actualización y seguimiento de las Bases de Datos del SAIC, con motivo de la Campaña de Difusión del citado Servicio del año 2013*; contrato por un importe global de 15.000,01 euros y 5 meses de ejecución máxima.

-ODC 220/2014: *Asesoramiento y mantenimiento de los aplicativos de la plataforma de gestión de la información SAIC, y sus aplicaciones incorporadas a la ventanilla "malaga24h", así como el desarrollo de nuevos aplicativos de información y atención, requeridos en el Plan SIMAD o promovidos a iniciativa del Servicio*; contrato por un importe global de 3.900 euros y con una duración en función de la tramitación del expediente abierto para tal fin. (Contrato menor, pues.)

-ODC 1004/2014: *Asesoramiento y soporte técnico para el desarrollo, explotación y mantenimiento de los aplicativos de la plataforma de gestión de la información SAIC, y sus aplicaciones incorporadas a la ventanilla "malaga24h", así como el desarrollo de nuevos aplicativos de información y atención, requeridos en el Plan SIMAD o promovidos a iniciativa del Servicio*; contrato por un importe global de 7.200 euros. (Contrato menor puente, también.)

-ODC 1531/2014: *Asesoramiento y soporte técnico para el desarrollo, explotación y mantenimiento de los aplicativos de la plataforma de gestión de la información SAIC, y sus aplicaciones incorporadas a la ventanilla "malaga24h", así como el desarrollo de nuevos aplicativos de información y atención, requeridos en el Plan SIMAD o promovidos a iniciativa del Servicio*; contrato por un importe global de 3.600 euros. (Contrato menor puente, también.)

-ODC 1796/2014: *Asesoramiento y soporte técnico para el desarrollo, explotación y mantenimiento de los aplicativos de la plataforma de gestión de la información SAIC, y sus aplicaciones incorporadas a la ventanilla "malaga24h", así como el desarrollo de nuevos aplicativos de información y atención, requeridos en el Plan SIMAD o promovidos a iniciativa del*





Servicio; contrato por un importe global de 3.600 euros. (Contrato menor puente, también.)

-ODC 2828/2013 (Exp. 13/14 - Lote 7): *Servicios para el despliegue del Plan de Acción en calidad en el Ayuntamiento de Málaga. Lote 7: Asesoramiento y soporte técnico para el desarrollo y mantenimiento de la plataforma de gestión de la información SAIC (Procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación) del año 2014*; contrato por un importe global de 14.400 euros. Suscrito el 22.VIII.2014.

(Específicamente, el Pliego de contrataciones técnicas y económicas que forma parte de este Exp. 13/14 - Lote 7, consta, además de en el ramo de prueba *documental* del demandado, al ramo de prueba *documental* de la parte actora, bajo el núm. 16 y los folios 143 a 151, y su contenido lo doy aquí por íntegramente reproducido.

Del mismo modo, el Contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la entidad W Innova S.C. -y, en representación de la misma, actuando mancomunadamente la actora y [REDACTED], que forma parte igualmente este Exp. 13/14 - Lote 7, consta, además de en el ramo de prueba *documental* del demandado, al ramo de prueba *documental* de la parte actora, bajo el núm. 16 y los folios 153 a 156, y su contenido lo doy aquí por íntegramente reproducido.)

Desde el 16.I.2015, el meritado contrato quedó prorrogado hasta el 15.V.2015.

-Exp. 2/15 - Lote 7: *Servicio para el despliegue del Plan de Acción en calidad en el Ayuntamiento de Málaga. Lote 7: Asesoramiento, soporte técnico para el desarrollo y mantenimiento de la plataforma de gestión de la información SAIC*. Suscrito el 24.VI.2015.

(Específicamente, el Pliego de contrataciones técnicas y económicas que forma parte de este Exp. 2/15 - Lote 7, consta, además de en el ramo de prueba *documental* del demandado, al ramo de prueba *documental* de la parte actora, bajo el núm. 17 y los folios 183 a 191, y su contenido lo doy aquí por íntegramente reproducido.

Del mismo modo, el Contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la entidad W Innova S.C. -y, en representación de la misma,





actuando mancomunadamente la actora y [REDACTED], que forma parte igualmente este Exp. 2/17 - Lote 7, consta, además de en el ramo de prueba *documental* del demandado, al ramo de prueba *documental* de la parte actora, bajo el núm. 17 y los folios 195 a 201, y su contenido lo doy aquí por íntegramente reproducido.)

Desde el 24.VI.2016, el meritado contrato quedó prorrogado por *once meses, no contemplándose en dicho plazo la segunda quincena (del 16 al 31) de los meses de agosto y diciembre*; concretamente, hasta el 23.VI.2017.

Y es dable señalar, para ir cerrando este *subapartado*, que, durante todo el período anterior, W Innova S.C. facturaba con diversa periodicidad al demandado y por cuantías variables, en concepto de *honorarios*, más el correspondiente *IVA*, y al *conjunto* le aplicaba, en su caso, para su ingreso en Hacienda por parte del Ayuntamiento de Málaga, la oportuna retención.

(Señaladamente, lo mismo que las núm. 1 a 4/2017, la factura núm. 5/2017 de W Innova S.C., expedida en fecha 1.VI.2017, lo fue por un importe líquido de 4.600 euros, conforme al siguiente desglose:

Concepto: Asesoramiento y soporte técnico para el desarrollo y mantenimiento de la plataforma de gestión de la información SAIC (Expediente 2/15 Lote núm. 7)

Período de facturación: del 1 al 31.V.2017.

Importe: 3.801,65 euros.

IVA 21%: 798,35 euros.

Total: 4.600 euros

Retención IRPF: No se practica retención en la factura por ser sujeto pasivo del IS, según el nuevo art. 7 de la Ley 27/2014 del impuesto sobre Sociedades.

Líquido a percibir: 4.600 euros.)

[(*) E impartiendo también al personal del Servicio de Atención Integral a la Ciudadanía municipal o del Servicio de Calidad y Modernización, los





siguientes Cursos y Talleres (y percibiendo los oportunos honorarios de la Tesorería municipal):

Puesta en marcha del Centro de estudios hispano-marroquí (módulo 3-1ª semana internacional, buenas prácticas en la gestión y modernización de las Administraciones públicas), 2012.

Elaboración de contenidos e instrucciones para curso de e-learning sobre utilización de la firma electrónica interna, 2013.

Informe y desarrollo de las Bases de Datos del SAIC, 2013.]

1.4.- En resumidas cuentas, desde el 1.IX.2009 al 23.VI.2017, la actora, bien en nombre propio como *autónoma* bien en su calidad de *socia* de W Innova S.C., ha venido prestando, entre otros, los siguientes servicios en la Oficina principal del SAIC (aunque no precisamente por este orden):

Desarrollo de diseños, elaboración y gestión de contenidos de la plataforma de Cartelería Dinámica (CADI).

Diseño y elaboración de campañas de comunicación y promoción para el SAIC, incluyendo material promocional, diseño de soportes y calendarización.

Diseño y elaboración en el marco del programa de difusión de las Cartas de Servicio y Hojas Informativas.

Asesoramiento y apoyo del Programa ATIENDE en el diseño del espacio web del malaga24horas, así como del desarrollo de los espacios contenidos en el mismo: ventanillas, tramita, comunica e infórmate.

Apoyo en el proyecto de unificación de Imagen Corporativa para los formularios de los distintos trámites municipales.

Asesoramiento y apoyo técnico a servicios de atención a usuarios en las bases de datos del SAIC.

Asesoramiento y apoyo técnico en la gestión de aplicaciones de gestión de colas (eSIJAD) con la explotación de datos y elaboración de estudios de





apoyo a la gestión.

Asesoramiento, apoyo y gestión de incidencias de usuarios con la aplicación Obertura.

Asesoramiento y apoyo al desarrollo de la implantación del Certificado Digital.

Asesoramiento y apoyo técnico en la gestión de bases de datos (CRM).

2.- En esta última fecha (23.VI.2017), el demandado comunicó verbalmente a la actora el fin de su contrato en vigor con la mercantil W Innova S.C. y con efectos desde ese mismo día; cesando, en efecto, la demandante en su prestación de servicios.

Un contrato, por cierto, que, de acuerdo con su propio clausulado (como se ha dicho en realidad antes), ya no admitía más prórrogas.

3.- En dicha fecha (23.VI.2017), además, de haber tenido la actora reconocida la condición de personal laboral del Ayuntamiento de Málaga (y más en concreto la categoría profesional equivalente de una técnico de grado medio A2), y de acuerdo al Convenio colectivo de empresa (*vid.* al efecto los BOPMA de 7.V.2010 y 14.IV.2014), debería haber percibido de manos de éste, por todos los conceptos, un *salario* mensual de 2.708,12 euros (89,03 euros/día), computando a todos los efectos 3 *trienios* de *antigüedad*, y de 2.681,53 euros (88,16 euros/día), computando a todos los efectos 2 *trienios* de *antigüedad*.

SEGUNDO.- 1.- El 21.VII.2017, la actora formalizó ante este Juzgado de lo Social la demanda por despido *nulo* (por vulneración de su *garantía de indemnidad*, con derecho además a una indemnización *adicional* de 30.000 euros o subsidiariamente de 20.000 euros) o subsidiariamente *improcedente* y que está en el origen de las presentes actuaciones.

El 21.IX.2017, la misma fue aclarada en los términos que constan al folio 21 de las presentes actuaciones y cuyo contenido doy aquí por íntegramente reproducido.

Y el 19.XII.2017, ya por fin, previo requerimiento judicial al efecto, el meritado escrito de rector fue ampliado por su autora contra la mercantil W





Innova S.C.

TERCERO.- Resta indicar lo siguiente:

1.- En fecha 6.VI.2017, la ITSS en Málaga giró visita (precisamente) al [REDACTED] del Ayuntamiento de Málaga, sito en la [REDACTED] de Málaga, y, tras diversas actuaciones más (la última de ellas, en fecha 20.VI.2017), finalmente, en fecha que aquí no consta, levantó contra el Ayuntamiento de Málaga Acta de Infracción, entre otras, por falta de alta de la actora en el RGSS (al considerarla trabajadora por cuenta ajena de dicha Entidad local).

Más tarde, aunque en fecha exacta 3.XI.2017, la misma ITSS procedió a levantar contra el demandado el Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, Desempleo, FGS y Formación Profesional (entre otras, relativa a la actora), que la demandante acompaña a su ramo de prueba *documental* bajo el núm. 18, y folios 257 a 333, y cuyo contenido doy aquí por íntegramente reproducidos.

2.- Precisamente, en la visita inspectora reseñada, el funcionario actuante pudo escuchar, entre otras, de boca de la actora y comprobar *in situ* lo siguiente:

“Según manifestaciones de los trabajadores, desempeñan una jornada de trabajo en horario de 8 a 15 horas (y afectados por las reducciones horarias con motivo de Semana Santa -9 a 14 horas-, julio y agosto -8 a 14,30 horas-), al igual que el resto del personal del Ayuntamiento (obran en el expediente correos electrónicos enviados desde los ordenadores municipales en los intervalos horarios especificados). (...) Los trabajadores reciben una remuneración mensual, al menos desde el 1.VI.2009 hasta la actualidad. Durante la visita, los trabajadores fueron identificados en el centro de trabajo ocupando cada uno de ellos un puesto de trabajo dotado de ordenador (al que acceden con una clave), teléfono corporativo e impresoras; y desarrollando las funciones que se especifican en el punto siguiente. Todos los trabajadores autónomos identificados tienen un correo electrónico corporativo (en el que se identifican por un número en lugar de su nombre), teléfono corporativo y acceso a la intranet del Ayuntamiento. Además tienen acceso al edificio y utilizan las entradas habilitadas para los funcionarios municipales.

Es de reseñar que el actuante pudo comprobar cómo cada uno de los





trabajadores que abajo se relacionan conocían perfectamente el organigrama de su unidad y su lugar en el mismo, dependiendo en todos los casos de un jefe de negociado o jefe de servicio que eran los encargados de la dirección y organización del trabajo, así como de la supervisión del mismo.

Debe tenerse en cuenta, además, que los trabajadores disfrutaban de 30 días de vacaciones al año, fijadas en los contratos administrativos como fecha inhábil (15 días en junio y en diciembre), y que deben comunicar estos días con anterioridad al jefe de servicio pudiendo incluso sustituirlos por días en otras fechas (obran en el expediente correos electrónicos con las fechas solicitadas por los trabajadores).

Los trabajadores que se identificaron durante la visita fueron:

(...)

[REDACTED] (...), licenciada que desarrolla su actividad en el Servicio [REDACTED] bajo la supervisión y dirección del jefe de negociado [REDACTED] y del jefe de sección [REDACTED] a través de las aplicaciones informáticas con licencia municipal y entre sus cometidos se encuentra el desarrollo de programas de calidad (obra en el expediente informe de servicios prestados para el Ayuntamiento de Málaga). La trabajadora manifiesta prestar servicios para el Ayuntamiento de Málaga desde al menos el 1.III.2010, siempre como trabajadora autónoma (obran en el expediente las facturas giradas directamente al Ayuntamiento por los trabajos realizados y contratos administrativos).

(...)

A partir de finales de 2012 y principios de 2013 los trabajadores pasan de facturar directamente para el Ayuntamiento, como personas físicas, para hacerlo a través de Sociedades Civiles. En esta ocasión los contratos administrativos por los que los trabajadores desarrollaban su actividad se adjudicaban a cada una de las Sociedades Civiles constituidas por los propios trabajadores, pero eran las mismas personas que desarrollaban su actividad en las áreas municipales los que mantenían su mismo puesto de trabajo, pero la facturación se hacía ahora a través de cada una de estas Sociedades Civiles.

Los trabajadores manifestaron ante el actuante que la creación de estas





Sociedades Civiles fue con el único objeto de mantener sus puestos de trabajo en el Ayuntamiento, ya que viene de que por todas las instancias con las que tenían contacto en el Ayuntamiento les manifestaban que el Servicio de Contratación y Compras había dado órdenes de que ya no se contratase más con autónomos, sino con empresas de servicios, siendo informados de ello por [REDACTED] jefe del [REDACTED] del Ayuntamiento de Málaga. Así se puede comprobar del Listado de contratos mercantiles por trabajos realizados desde 2012 a 2017 (obranse en el expediente) donde se aprecian contratos menores en 2012 con trabajadores autónomos (...) y a partir de 2013 con sus respectivas sociedades civiles.

(...)

W Innova S.C. (...) se constituye por [REDACTED] en VII.2012, teniendo como única actividad la realización de contratos administrativos con el Ayuntamiento de Málaga.

3.- Además de lo anterior, a fecha 23.VI.2017, tanto la actora como su socia [REDACTED] aparecían en el *organigrama* informativo municipal del *Personal SAIC*, e incardinadas, no en las OMAC (Oficinas municipales de Atención a la Ciudadanía) sino en la Oficina SAIC, con números de teléfonos propios y distintos, el mismo número de fax, el mismo cargo (U. Técnica) y diferentes nombres de usuario.

4.- Por fin, es muy importante destacar que, entre la actuación Inspectora reseñada de 6.VI.2017 y el cese en su prestación de servicios de la actora preindicado de 23.VI.2017, y por mayor exactitud, el 19.VI.2017, por el Teniente Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad del Ayuntamiento de Málaga se suscribió, para conocimiento del Teniente Alcalde Delegado de Economía y Presupuestos para los Contratos Menores de Servicio, lo siguiente (consta el documento concretamente al núm. 28 del ramo de prueba correspondiente de la actora):

“De conformidad con las instrucciones recibidas, pongo en su conocimiento que esta Área de Recursos Humanos y Calidad, necesita iniciar la tramitación de una contratación relativa al asesoramiento para la homogeneización y simplificación de formularios y su adaptación a la Ley 39/2015, reflejo en las Bases de Datos del SAIC, así como la coordinación de campañas informativas





y promoción del Servicio de Calidad, por un plazo de 5 meses y un precio de 17.850 euros, más del 21% de IVA, lo que asciende a la cantidad total de 21.598,50 euros, y todo ello a fin de dar cumplimiento a lo acordado en el Plan de Acción en Calidad del Ayuntamiento de Málaga.

Respecto a esta actividad, reseñar que en la actualidad existe una prórroga del expediente de contratación 02/15 que está relacionado con la materia objeto de la presente contratación, y cuya finalización se produce en el mes de junio. Hasta tanto se tramite en el Servicio de Contratación un nuevo procedimiento, y dado los plazos que se dan en el mismo, se necesita para continuar con las actividades propias de este Servicio se lleve a cabo el presente contrato. Destacar, asimismo, que el responsable es el jefe de sección del SAIC, apareciendo como suplente, en caso de ser necesario, el jefe de servicios de calidad y modernización, ambos pertenecientes al Área de RRHH y Calidad.

Dada la necesidad de celebrar este contrato y disponiendo de consignación presupuestaria para ello, esta Área espera no recibir observación alguna en contrario para iniciar la preparación de la documentación necesaria al objeto de llevar a cabo el presente contrato”.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada Ayuntamiento de Málaga, 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 sentencia de instancia estima en parte la demanda sobre despido promovida por la actora y declara que el cese de la misma producido el 23 de junio de 2007 debe ser calificado como un despido nulo, condenando al Ayuntamiento de Málaga a readmitir a la trabajadora como indefinida no fija y a abonarle los correspondientes salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la efectividad de su readmisión, a razón de 88,16 € diarios, así como al pago a la misma de la cantidad de 18.000 €, en concepto de indemnización adicional por daños morales por la vulneración de la garantía de indemnidad de la actora; absolviendo a la codemandada W.Innova S.C...

SEGUNDO: Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la representación del Ayuntamiento de Málaga, formulando los tres primeros motivos, todos ellos con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de





la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, pretendiendo las siguientes modificaciones fácticas: A) Redacción alternativa del hecho probado primero 2, el cual quedaría del siguiente tenor literal: "En esta última fecha (23 de junio de 2017), al demandado comunicó verbalmente a la actora el fin de su contrato en vigor con la mercantil W.Innova S.C., y con efectos de ese mismo día; cesando, en efecto, la demandante en su prestación de servicios. Un contrato, por cierto, que, de acuerdo con su propio clausulado (como se ha dicho en realidad antes), ya no admitía más prórrogas. La actividad contratada y que realizaba la demandante no ha tenido continuidad, pues no ha sido sustituida en dicha labor por otra persona"; B) Adición al hecho probado tercero (apartado 2) de un párrafo del siguiente tenor: "El Acta de la Inspección de Trabajo que ha sido transcrita parcialmente, se trata de un expediente administrativo que esta pendiente de resolución y, por tanto, no es definitiva en vía administrativa"; y C) Modificación del hecho probado tercero (apartado 4) para hacer constar lo siguiente: "Como documento número 28 del ramo de prueba de la actora, consta un borrador de comunicación, no suscrito y sin registro oficial de salida, dirigido al parecer por el Teniente de Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad del Ayuntamiento de Málaga al Teniente de Alcalde Delegado de Economía y Presupuestos, en el que se señala lo siguiente....".

Deben desestimarse las modificaciones fácticas solicitadas, pues las mismas resultan intrascendentes a los fines discutidos en la presente litis, dado que, como analizaremos más extensamente al tratar el motivo de censura jurídica, el Ayuntamiento demandado no discute que la relación jurídica existente entre las partes debe calificarse como laboral y que el cese de la actora acordado por dicho Ayuntamiento con fecha 23 de junio de 2017 constituyó un auténtico despido carente de causa o justificación alguna, por lo que la única cuestión a debate en el presente recurso radica en determinar si el despido debe ser calificado como nulo o como improcedente, sin que a estos efectos las modificaciones solicitadas tengan trascendencia alguna.

TERCERO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula el cuarto y último motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 182 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 24 de la Constitución Española, así como de la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichos preceptos. Alega la parte recurrente que el cese de la actora debe ser calificado como un despido improcedente y no como nulo, dado que que no se ha producido con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, sin que pueda hablarse de vulneración de la garantía de indemnidad de la misma.





El Tribunal Constitucional en sus sentencias 140/1999 y 168/1999 señala que el artículo 24 de la Constitución otorga una garantía de indemnidad del trabajador titular del derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales, recordando dichas sentencias que la vulneración de dicho derecho no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que el mismo 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. Señala el Tribunal Constitucional que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de la empresa demandada por el mero hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación del despido debe ser la de nulo, por atentar el mismo al derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador y suponer una violación de la garantía de indemnidad del mismo.

Asimismo, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar unos indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no es suficiente para el trabajador la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que el demandante debe aportar además un indicio razonable de que la violación del derecho fundamental se ha producido, de tal manera que únicamente cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al demandado probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 266/1993, 74/1998 y 90/1997, entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa del relato de hechos probados de la sentencia recurrida lo único que se desprende es que la actora fue cesada con fecha 23 de junio de 2017, tras la finalización del contrato administrativo que como supuesta autónoma tenía suscrito con el Ayuntamiento de Málaga; declarando la sentencia de instancia que dicha contratación administrativa, al igual que el resto de los contratos suscritos con anterioridad entre las partes, realmente venían a encubrir una auténtica relación laboral de carácter indefinido, tal y





como se desprendía de las circunstancias en que se venía realizando dicha prestación de servicios (de una manera exclusiva para el Ayuntamiento, con inexistencia de riesgo y ventura de la trabajadora, percibiendo la misma una retribución cierta por tiempo trabajado, utilizando la trabajadora exclusivamente los materiales y máquinas del Ayuntamiento, realizando su trabajo bajo la dependencia del mismo, etcétera), por lo que el cese de la actora incuestionablemente debe ser calificado como un despido carente de causa o justificación alguna. La sentencia de instancia considera que ese cese debe ser calificado como un despido nulo, pues supuestamente se habría vulnerado la garantía de indemnidad de la trabajadora al haberse producido tras una actuación de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, la Sala no comparte dicha tesis, pues del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia no existe el menor indicio de que el cese de la actora fuese una represalia del Ayuntamiento demandado por una reclamación de la actora que en modo alguno consta que se hubiese producido, dado que no hay dato alguno acerca de ningún tipo de reclamación judicial o extrajudicial que la demandante hubiese podido realizar contra la entidad demandada, por lo que ante esa total y absoluta falta de aportación por parte de la actora de indicios razonables acerca de la vulneración del derecho fundamental no cabe la alegada inversión de la carga de la prueba, ya que, como hemos indicado anteriormente, para ello no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que la demandante debe aportar además indicios razonables de que la violación del derecho fundamental se ha producido, lo que en modo alguno consta en el supuesto de autos. Ello no puede quedar desvirtuado por el hecho de que con fecha 6 de junio de 2017, esto es unos veinte días antes del cese de la actora se realizase una visita de inspección al [REDACTED] Ayuntamiento de Málaga donde venía prestando servicios la actora y se levantase por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la correspondiente acta de liquidación por considerar que la relación jurídica existente entre las partes debía ser calificada como una relación laboral de carácter indefinido, por más que la demandante sea una de las trabajadoras respecto de las que se pronuncia el acta de la Inspección, pues lo que resulta incuestionable es que la actora en ningún momento ha realizado reclamación judicial o extrajudicial alguna contra el Ayuntamiento demandado, sin que esa visita de la Inspección se hubiese realizado a raíz de una denuncia de la actora y sin que la misma hubiese denunciado previamente su situación a la Inspección, habiéndose producido el cese de la demandante a la finalización del término pactado en el contrato administrativo que tenía suscrito con el Ayuntamiento demandado; siendo cuestión distinta el que dicho contrato administrativo deba ser calificado realmente como una relación laboral de





carácter indefinido, pues las consecuencias de ello serán la calificación del referido cese como un despido improcedente y no un despido nulo, ya que no cabe hablar de que el mismo sea una represalia de la empresa por una reclamación de la actora que en ningún caso se habría producido (en este sentido, sentencias de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 2017, recurso de suplicación 1280/2017; 10 de enero de 2018, recurso de suplicación 1799/2017 y 7 de marzo de 2018, recurso de suplicación 2256/2017, dictadas en supuestos similares al de autos). Todo lo anterior nos lleva a estimar el recurso de suplicación interpuesto y revocar la sentencia recurrida para calificar el cese de la actora como un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración y que se especificarán en la parte dispositiva de esta resolución.

FALLAMOS

Que debemos **estimar y estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número once de Málaga con fecha 27 de febrero de 2018, en autos sobre despido seguidos a instancias de [REDACTED] contra dicho Ayuntamiento y W.Innova S.C., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, revocando la sentencia recurrida para calificar el cese de la actora como un despido improcedente, condenando al Ayuntamiento de Málaga a optar, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de la trabajadora con abono de los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha del cese y hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 88,16 € diarios, o el abono a la misma de una indemnización cifrada en la cantidad de 30.635,60 euros.

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, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal.

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

*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."*

