



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

N.I.G.: 2906744S20170007204

Negociado: JL

Recurso: Recursos de Suplicación 1858/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 12 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 517/2017

Recurrente: [REDACTED]

Representante: MARIA DEL MAR BASCUÑANA SERRANO

Recurrido: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, MINISTERIO FISCAL, ORGANIZACION Y GUARDA DE ARCHIVOS,SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, BCM GESTION DE SERVICIO, SL, EDUCOMEX MULTISERVICIOS SL y ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U

Representante: JOSE MARIA RUIZ CASTILLOLETRADO DE FOGASA - MALAGA , S.J.AYUNT. MALAGA , MANUEL NAVARRO MALDONADO y CARLOS DE LA OSA CRESPO

Sentencia Nº 299/19

ILTMO. SR. D. 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 trece de febrero de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número doce de Málaga, de 15 de mayo de 2018, en el que han intervenido como recurrente [REDACTED] dirigida técnicamente por la letrada doña María del Mar Bascuñana Serrano, y como recurridos AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, dirigido técnicamente por la letrada doña María Luisa Pernía Pallarés, EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L., BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L., ORGNIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS S.L., e ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U.

Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 5 de junio de 2017 [REDACTED] presentó demanda contra Organización y Guarda de Archivos S.L., BCM Gestión de Servicios S.L., Educomex Multiservicios S.L. y Ayuntamiento de Málaga la declaración de que su cese fuese declarado despido nulo, condenando al Ayuntamiento de Málaga a su readmisión en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes del despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, o, subsidiariamente, improcedente, condenando al Ayuntamiento de Málaga a las consecuencias legales de dicha declaración, con condena solidaria de las empresas demandadas





SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número doce de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 517-17, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 6 de julio de 2017, previa ampliación de la demanda el 4 de diciembre de 2017 frente a Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., se dio intervención a Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial, y se celebraron los actos de conciliación y juicio, tras una primera suspensión, el 2 de mayo de 2018.

TERCERO: El 15 de mayo de 2018 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Que desestimando las excepciones de caducidad, falta de legitimación pasiva alegadas por BCM Gestión de Servicios S.L., desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Ayuntamiento de Málaga, y estimando la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., y estimando parcialmente la demanda formulada por [REDACTED] contra Organización y Guarda de Archivos S.L., BCM Gestión de Servicios S.L., Educomex Multiservicios S.L., Ayuntamiento de Málaga, Ilunion CEE Outsourcing S.A.U. y Fondo de Garantía Salarial, se acuerda: 1.- Declarar improcedente el despido de la parte actora. 2.- Condenar solidariamente a Educomex Multiservicios S.L. y al Ayuntamiento de Málaga a readmitir a la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación a razón de tres euros con dieciocho céntimos diarios (3,18 €) desde el 15 de abril de 2017 hasta la notificación de la sentencia a las empresas demandadas, habiendo optado la actora por la incorporación como personal laboral indefinido no fijo en el Ayuntamiento de Málaga, o a indemnizar de forma solidaria en la cantidad de ciento sesenta y seis euros con dieciséis céntimos de euro (166,16 €). Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En caso de optarse por la indemnización se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha del despido. 3.- Absolver a Educomex S.A. de las restantes pretensiones ejercitadas en demanda. 4.- Absolver a BCM Gestión de Servicios S.L., Organización y Guarda de Archivos S.L. e Ilunion CEE Outsourcing S.A.U. de todas las pretensiones ejercitadas en demanda. 5.- Condenar a Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por los pronunciamientos anteriores>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

I.- [REDACTED] ha realizado prácticas como becaria, en base al convenio de colaboración para el desarrollo de un programa de cooperación educativa entre el Ayuntamiento de Málaga y la Universidad de Málaga, en el área de Cultura, Juventud y Deportes del Ayuntamiento de Málaga, desde el 21 de marzo hasta el 20 de septiembre de 2011 (630 horas), realizando tareas de apoyo y colaboración en tratamiento técnico de los fondos; comprobación, sellado, colocación y ordenación, atención al usuario (información bibliográfica y sobre los servicios y actividades de la biblioteca), servicio de préstamo y alta carné de socio, atención en sala, servicio de internet.

II.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de Organización y Guarda de Archivos S.L. del 3 al 11 de noviembre de 2011 en virtud de





contrato de duración determinada a tiempo parcial (11 horas semanales) para obra o servicio determinado, con la categoría profesional auxiliar administrativo biblioteca.

III.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de BCM Gestión de Servicios S.L. [REDACTED] con la categoría profesional de auxiliar de biblioteca, con contratos de duración determinada para obra o servicio determinado en los siguientes periodos: 17 de noviembre de 2011 a 4 de febrero de 2012 (seis horas semanales y, desde el 12 de diciembre jornada completa); 20 de noviembre a 19 de diciembre de 2014 (a jornada parcial, 5 horas semanales, con modificaciones de jornada posteriores a 13:00 horas semanales y a 7:30 horas semanales); 29 de diciembre de 2014 a 28 de enero de 2015 (a jornada parcial, 31,3%) y 23 de noviembre a 31 de diciembre de 2015 (a jornada parcial, 9,30 horas semanales). Los contratos, sus modificaciones en cuanto al coeficiente de parcialidad y retribución obran como documentos nº 5 a 13 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. cuyo contenido se da por reproducido y documento n.º 7 ramo de prueba de la parte actora.

IV.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de Educomex Multiservicios S.L. [REDACTED] con contratos de duración determinada, a tiempo parcial, para obra o servicio determinado en los siguientes periodos: 27 de agosto de 2010 a 12 de marzo de 2013 (25 horas semanales), categoría profesional controlador de salas, centro de trabajo Biblioteca María Zambrano (Málaga); 22 de enero a 2 de marzo de 2013 (39%), categoría profesional controlador salas; 1 de abril a 1 de junio de 2013 (15 horas semanales), categoría profesional de auxiliar educativo, centro de trabajo biblioteca Narciso Díaz Escobar (Málaga); 5 a 8 de julio de 2013 (25 horas semanales), categoría profesional controlador de salas, centro de trabajo biblioteca Narciso Díaz Escobar (Málaga); 22 a 26 de julio de 2013 (64,9 %); 26 de agosto de 2013 a 7 de febrero de 2014 (jornada de 64,9%); 7 de agosto al 19 de noviembre de 2014 (25 horas semanales), categoría profesional controlador de salas, centro de trabajo Biblioteca María Zambrano (Málaga); 29 de enero al 13 de junio de 2015 (12:30 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca Serafín E. Calderón (Santa Rosalía, Málaga); 14 de octubre a 21 de noviembre de 2015 (12:30 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo Biblioteca Manuel Alto Aguirre (Málaga); 4 de enero a 5 de julio de 2016 (25 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo Biblioteca Manuel Alto Aguirre (Málaga), desde el 21 de marzo de 2016 12: 30 horas en la Biblioteca Jorge Luis Borges (Málaga); 6 de julio a 20 de diciembre de 2016 (31,3%); 23 de enero a 27 de febrero de 2017 (10 horas semanales), categoría profesional técnico, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (Málaga); 10 de marzo a 15 de abril de 2017 (2:30 horas semanales), categoría profesional técnico en documentación, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (Málaga). Los contratos suscritos y las nóminas obran en el documento nº 4 del ramo de prueba de Educomex Multiservicios S.L. y nº 5, 6 y 8 del ramo de prueba de la parte actora y su contenido se da por reproducido.

V.- El 2 de febrero de 2012 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 22 de febrero de 2012 (expediente 85/11) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de un año,





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

recogiendo la cláusula 8 que “El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, los previsto en el artículo 277.4 de la LCSP”. El 4 de marzo de 2013 se aprobó la prórroga del contrato por un año (expediente 85/11 – 5) (folios 12 a 15 del documento nº 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

VI.- En marzo de 2014 se adjudicó el contrato menor ODC 2014/768 a Educomex Multiservicios S.L. siendo su objeto las actividades para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales mientras se adjudica el contrato expediente (15/2014).

VII.- El 20 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 7 de julio de 2014 (expediente 15/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de un año, expresando la cláusula 8 que “El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. El pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto: Servicio para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga (expediente nº 15/14) en su apartado décimo reitera que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen. El apartado 9 expone que “El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 el TRLCSP”. El pliego de prescripciones técnicas expresa, entre otros extremos, el objeto del contrato. (Folios 29 a 62 del documento nº 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

VIII.- El 12 de noviembre de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a BCM Gestión de Servicios S.L. contrato de Servicio de Actividades de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 19 de noviembre de 2014 (expediente 134/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de dos meses, consignando la cláusula 8 que “El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones





determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, lo previsto en el artículo 301.4 TRLCSP". El pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto: Servicio para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga (expediente nº 134/14) en el apartado 9 expresa que "El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 del TRLCSP". El apartado décimo estipula que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen. El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la atención a los mismos, tales como: -Favorecer el acceso a la información. -Facilitar y difundir el uso de los fondos bibliográficos y audiovisuales; conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos; valorar la biblioteca como espacio compartido; facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de Internet; además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga. El horario de apertura de la Red de Bibliotecas Municipales es de 10,00 h a 14,00 h. en horario de mañana y de 17,00 h. a 19,30 h. en horario de tarde y sábados de 9,30 h. A 14,00 h. Por lo que la realización de las actividades será dentro de este horario, siendo fijado por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (folios 113 a 145 del documento nº 10 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

IX.- Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios S.L. firmaron contrato menor con número ODC 2015/962 para la formación de usuarios para las bibliotecas municipales mientras se adjudicaba el expediente 182/2014, aproximadamente en marzo de 2015 (folios 63 a 73 del documento nº 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

X.- El 26 de mayo de 2015 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 24 de junio de 2015 (expediente 182/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de dos años. Recogiendo las cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, los previsto en el artículo 301.4 TRLCSP". El pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto: Servicio para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga (expediente nº 182/14) en el apartado 9 expresa que "El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 el TRLCSP". El apartado décimo estipula que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen. El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la atención a los mismos, tales como: -Favorecer el acceso a la información. -Facilitar y difundir el uso de los fondos bibliográficos y audiovisuales; conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos; valorar la biblioteca como espacio compartido; facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de Internet; además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga. El horario de apertura de la Red de Bibliotecas Municipales es de 10,00 h a 14,00 h. en horario de mañana y de 17,00 h. a 19,30 h. en horario de tarde y sábados de 9,30 h. A 14,00 h. Por lo que la realización de las actividades será dentro de este horario, siendo fijado por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (folios 74 a 110 del documento nº 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

XI.- Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L. firmaron contrato menor con número ODC 2350/2015, aproximadamente en octubre de 2015, siendo su objeto el servicio de apoyo a las actividades de fomento a la lectura en las Bibliotecas Municipales por un periodo de dos meses (folios 146 a 163 del documento nº 10 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

XII.-. El 14 de octubre de 2016 se adjudicó a Ilunion Cae Outsourcing S.A. la contratación del Servicio de Apoyo en la Prestación de los Servicios Y Actividades de la Red de Bibliotecas Públicas de Málaga (expediente 46/16) por un plazo de dos años, suscribiéndose el contrato administrativo el 13 de marzo de 2017.

XIII.- Educomex Multiservicios S.L. tiene su domicilio en Sevilla.

XIV.- BCM Gestión de Servicios S.L. tiene su domicilio en Málaga.





XV.- El 19 de noviembre de 2015 BCM Gestión de Servicios S.L. envió el correo electrónico obrante como documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora.

XVI.- Las empresas adjudicatarias han justificado al Ayuntamiento que la actora ha prestado servicios en el año 2011: 253 horas, en el año 2012: 399 horas, en el años 2013: 439 horas, en el año 2014:286,5 horas, en el año 2015: 491,5 horas, en el año 2016: 229,5 euros y en el año 2017: 20,5 horas, conforme al detalle obrante en el documento nº 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido.

XVII.- La actora desarrolla funciones básicas y de apoyo consientes en atención en sala, atención al usuario, altas y bajas, préstamos, renovaciones y devoluciones, búsqueda de información, activaciones de cuentas caducadas, servicio de internet, tratamiento de fondos (comprobación, sellado, colocación y ordenación). Estas funciones son diferentes de las atribuidas a los técnicos de biblioteca.

XVIII.- Para el desarrollo de sus funciones la actora empleaba el material existente en las bibliotecas, entre ellos, el ordenador, que disponía de una aplicación informática de la Junta de Andalucía que es la que se utiliza para las tareas básicas.

XIX.- La actora prestaba servicios a tiempo parcial y durante el horario de apertura de las bibliotecas y en alguna ocasión ha estado sola y a veces ha abierto la biblioteca.

XX.- El horario de apertura de las bibliotecas municipales es de lunes a viernes de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 19:30 horas y sábados de 9:30 a 14:00 horas.

XXI.- La jornada completa del personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga es superior a la realizada por la actora.

XXII.- El Ayuntamiento elaboraba un cuadro para cubrir las incidencias en el que incluía a la actora.

XXIII.- Educomex Multiservicios S.L. tenía un coordinador, [REDACTED]-que no residía en Málaga-, y BCM Gestión de Servicios, Milagros Sánchez, que contactaban con el jefe de sección de bibliotecas del Ayuntamiento. Milagros reside en Málaga.

XXIV.- La actora ha percibido sus retribuciones de las diferentes empresas adjudicatarias.

XXV.- El salario a jornada completa que corresponde a la actora si se integra en el Ayuntamiento de Málaga es de 1.530,35 euros mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, correspondiendo a una jornada de dos horas y media semanales un salario mensual de 95,64 euros.

XXVI.- Tras una moción presentada por el grupo Málaga para la Gente, el 24 de noviembre de 2016 se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el Acuerdo obrante en el documento nº 12 del ramo de prueba del Ayuntamiento sobre las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las Bibliotecas Municipales y respecto del cambio de adjudicataria. El tenor literal del acuerdo es el siguiente: 1.- Solicitar al equipo de





gobierno a incrementar todos los recursos humanos y reforzar la plantilla de bibliotecarios/as, auxiliares y ordenanzas para las bibliotecas públicas municipales, con la correspondiente consignación presupuestaria, así como mejorar las condiciones laborales de los trabajadores en el marco de la negociación del calendario laboral. 2º.- Instar al equipo de gobierno a tomar las medidas que sean oportunas con respecto a las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras y los trabajadores externos de las Bibliotecas Municipales para la mejora de las mismas, en el marco de las cláusulas sociales. 3º.- Mostrar la solidaridad del Consistorio con las trabadoras externas y los trabajadores externos de las Bibliotecas Públicas Municipales que hasta ahora han venido desempeñando esta labor durante años, así como que por parte del equipo de gobierno se les informe y se interesen por la situación en que quedan". El contenido de la moción se expresa en el precitado documento nº 12 y su contenido se da por reproducido.

XXVII.- El convenio colectivo que se ha aplicado por Educomex Multiservicios S.L. es el de ocio educativo y animación sociocultural.

XXVIII.- [REDACTED] 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.

XXIX.- El 15 de mayo de 2017 la trabajadora presentó papeleta de conciliación y el 5 de junio de 2015 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación respecto de Organización y Guarda de Archivos S.L. y se intentó sin efecto el acto de conciliación respecto de BCM Gestión de Servicios S.L. y el Ayuntamiento de Málaga, que no comparecieron estando debidamente citados, y respecto de Educomex Multiservicios S.L., no constando en el expediente la recepción de la citación.

XXX.- El 5 de junio de 2017 se interpuso demanda.

QUINTO: El 21 de mayo de 2018 la demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por Ayuntamiento de Málaga, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 8 de octubre de 2018 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 13 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La demandante vino prestando servicios sucesivamente para las distintas empresas codemandadas en el marco de los contratos administrativos suscritos por las mismas con el Ayuntamiento de Málaga. En la demanda formulada contra Organización y Guarda de Archivos S.L., BCM Gestión de Servicios S.L., Educomex Multiservicios S.L. y Ayuntamiento de Málaga, luego ampliada frente a Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., se solicita la declaración de que el cese de la demandante fuese declarado despido nulo, condenando al Ayuntamiento de Málaga a su readmisión en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes del despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde





la fecha del despido hasta la de la readmisión, o, subsidiariamente, improcedente, condenando al Ayuntamiento de Málaga a las consecuencias legales de dicha declaración, con condena solidaria de las empresas demandadas. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido y condenando solidariamente a las consecuencias del mismo a Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios S.L., absolviendo al resto de empresas codemandadas. En el recurso de suplicación la demandante solicita la declaración de nulidad de su despido, previa rectificación de que trabajaba a jornada completa y que su antigüedad data del 3 de noviembre de 2011.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la demandante solicita:

-La siguiente nueva redacción del hecho probado décimo sexto: <Las empresas adjudicatarias no han justificado la realización de las horas prestadas por la trabajadora a tiempo parcial>. Basa su pretensión en la carencia de prueba acerca del contenido del referido hecho probado, resaltando que el documento 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento fue expresamente impugnado en el acto del juicio.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado décimo séptimo: <La actora desarrolla las funciones propias de técnico de biblioteca, desarrollando todas las funciones que conlleven el cubrir las actividades de Formación de Usuarios, tales como: favorecer el acceso a la información; facilitar y difundir el uso de fondos bibliográficos audiovisuales; conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos; valorar la biblioteca como espacio compartido; facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de internet; además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que presta la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga. Siendo las mismas funciones atribuidas a los técnicos de las bibliotecas>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 607, 621, 631, 647, 647 vuelto, 652, 666, 666 vuelto y 672 de las actuaciones.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado décimo noveno: <La actora prestaba servicios durante todo el horario de apertura de las bibliotecas, ya que prestaba sus servicios en ocasiones sola, además de tener las llaves de los centros de trabajo, para su apertura y cierre>. Basa su pretensión en la carencia absoluta de pruebas que acrediten lo contrario.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado vigésimo primero: <La jornada completa del personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga es la misma que la realizada por la actora>. Basa su pretensión en la carencia absoluta de pruebas que acrediten lo contrario.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado vigésimo quinto: <El salario a jornada completa que corresponde a la actora en aplicación al Convenio del Ayuntamiento de Málaga es de 1.530,35 € mensuales con inclusión de pagas extraordinarias>. Basa su pretensión en la carencia absoluta de pruebas que acrediten lo contrario.

Ayuntamiento de Málaga impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que el hecho probado décimo sexto es el resultado de la valoración del documento 6 de su propio ramo de prueba, tal y como se afirma en el primer fundamento de derecho, sin perjuicio que la alegación de la inexistencia de prueba carece de eficacia revisoria en la suplicación; que la redacción alternativa propuesta del hecho probado décimo séptimo debe ser desestimada porque su contenido se basa en el documento 2 de su propio ramo de prueba, tal y como afirma el primer fundamento de derecho; que la redacción alternativa propuesta del hecho





probado décimo noveno debe ser desestimada ya que el hecho que se pretende revisar se basa en el contenido de las testificales de [REDACTED] y [REDACTED] tal y como se afirma en el primer fundamento de derecho; que la redacción alternativa propuesta de los hechos probados vigésimo primero y vigésimo quinto debe ser desestimada porque el contenido del primero de esos hechos probados se basa en la testifical de [REDACTED] y el segundo de ellos se basa en el hecho primero de la demanda y en el documento 4 del ramo de prueba de Educomex, remitiéndose al contenido del quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida, no comprendiendo la pretensión de la demandante pues el salario de la jornada completa es el mismo que figura en el hecho que se pretende revisar.

En materia de revisión de hechos probados, la jurisprudencia es concluyente en sentido de considerar requisitos imprescindibles los siguientes: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

La aplicación de esta doctrina a los presentes motivos de suplicación debe llevar a la desestimación de plano de la redacción alternativa propuesta de los hechos probados décimo sexto, décimo noveno, vigésimo primero y vigésimo quinto, ya que la alegación de inexistencia de prueba del contenido de un hecho probado carece de aptitud revisoria alguna, sin perjuicio de constatar que la impugnación de un documento no impide que sea valorado por la Magistrada, de conformidad con los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que la redacción del último de dichos hechos probado, en realidad lo que pretende es la supresión del salario correspondiente a la parcialidad que, según la sentencia recurrida, tenía la demandante. En cualquier caso, en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida se afirma que el hecho probado décimo sexto se basa en el documento nº6 del ramo de prueba del Ayuntamiento demandado, que el hecho probado décimo noveno se basa en la testifical de con [REDACTED] y de [REDACTED] que el hecho probado vigésimo primero se basa en la testifical de [REDACTED] y que el hecho probado vigésimo quinto se basa en el hecho primero de la demanda y el documento nº 4 de Educomex S.L.

La redacción alternativa propuesta del hecho probado décimo séptimo debe ser desestimada ya que los Pliegos de Condiciones Económico-Administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto del Servicio para la formación de usuarios para las bibliotecas de Málaga de 22 de enero de 2014 del Expediente 15/2014 (folios 607 a 620), de 18 de septiembre de 2014 del Expediente





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

134/2014 (folios 632 a 665) y de 28 de noviembre de 2014 del Expediente 182/2014 (folios 631 a 646), los Pliegos de Prescripciones Técnicas que regirá la contratación de actividades para la formación de usuarios para las bibliotecas municipales de Málaga de 15 de noviembre de 2013 del Expediente 15/2014 (folios 621 y 622), de 21 de agosto de 2014 del Expediente 134/2014 (folios 666 y 667), de 27 de octubre de 2014 del Expediente 182/2014 (folios 647 y 648) y de 5 de octubre de 2015 de ODC 2350/2015 (folios 672 y 673) no avalan, en absoluto, la misma, debiendo resaltarse, además, que dicha redacción es el resultado de la prueba documental -certificados del Ayuntamiento que figuran en los folios 378 y 379- y testifical -de ██████████ tal y como se afirma en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida.

TERCERO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los artículos 24 de la Constitución, 181 y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y 12, 43 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que se aportaron indicios suficientes de que su cese fue una vulneración de la garantía de indemnidad, en concreto su intervención en el Pleno del Ayuntamiento de 14 de noviembre de 2016; que las empresas codemandadas no cumplían las formalidades que para los trabajadores a tiempo parcial exige el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y su incumplimiento lleva consigo la conclusión de que la trabajadora lo era a tiempo completo; que la antigüedad ha de computarse desde la fecha del primer contrato, es decir, desde el 3 de noviembre de 2011, aunque entre unos y otros contratos hayan existido interrupciones superiores a los veinte días, citando en apoyo de su tesis las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008, 19 de febrero de 2009 y 25 de enero de 2011

Ayuntamiento de Málaga impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que debe desestimarse la denunciada infracción del artículo 24 de la Constitución ya que no se combaten los hechos probados décimo segundo y décimo sexto, y aunque es cierta la intervención de un representante del colectivo de trabajadores al que pertenecía la demandante en el pleno del 24 de noviembre de 2016, se produjo la terminación del contrato suscrito con Educomex el 30 de abril de 2017, poniendo especial énfasis en el contenido del hecho probado vigésimo sexto y en que en los pliegos de los sucesivos contratos administrativos no estaba prevista la subrogación de los trabajadores, remitiéndose al razonamiento contenido en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida; que la sentencia recurrida no ha incurrido en error alguno en la interpretación del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, remitiéndose al razonamiento que al efecto consta en la sentencia recurrida; que tampoco se ha producido infracción del artículo 43.4 porque la sentencia solo aprecia cesión ilegal entre Educomex Multiservicios S.L. y el Ayuntamiento de Málaga.

La sentencia recurrida, en su tercer fundamento de derecho, analiza la alegación de vulneración de derechos fundamentales que figura en la demanda y llega a la conclusión de que no cabe apreciar la existencia de indicios sólidos de la misma, en base a que no consta que la demandante fuese cesada verbalmente el 15 de abril de 2017, a que el último contrato administrativo adjudicado a Educomex Servicios S.L. se firmó el 24 de junio de 2015 y tenía in período de vigencia de dos años, siendo adjudicado el siguiente a Ilunion Cae Outsourcing





S.A.U., que inició la prestación del servicio el 20 de marzo de 2017, a que no ha quedado probado que la demandante comunicara al Ayuntamiento antes del 15 de abril de 2017 su intención de ejercitar acción contra el mismo por cesión ilegal, y a que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016 no contiene reclamación alguna contra el mismo por cesión ilegal o fraude de ley; en su cuarto fundamento de derecho, analiza la figura de la cesión ilegal y llega a la conclusión de que entre Edocumex Servicios S.L. y Ayuntamiento de Málaga se produjo cesión ilegal de la demandante; en su quinto fundamento de derecho, razona que la jornada última de la demandante era de 2,30 horas semanales, que su categoría profesional era la de técnico en documentación, con lo que su salario mensual era de 95,64 euros, con prorrateo de pagas extraordinarias, afirmando que la antigüedad debe ser la del último contrato, ya que existen espacios temporales de más de seis meses entre los contratos previos.

CUARTO: En la demanda, en su sexto hecho, la demandante afirma que fue cesada verbalmente el 15 de abril de 2017; en su séptimo hecho, afirma que en el Pleno del Ayuntamiento de 14 de noviembre de 2016 los trabajadores que se encontraban en su misma situación solicitaron una explicación sobre su situación laboral, y que el Ayuntamiento, para evitar una reclamación de dichos trabajadores en materia de cesión ilegal o fraude de ley en su contratación, decide que en la nueva adjudicación no se produzca subrogación de los trabajadores, al contrario de lo ocurrido en las anteriores adjudicaciones; y, en su octavo hecho concluye que su cese tuvo su causa en la decisión del Ayuntamiento de evitar posibles reclamaciones judiciales.

La sentencia recurrida, en su hecho probado vigésimo sexto, refleja el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el 24 de noviembre de 2016, relativo a las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las bibliotecas municipales, respecto del cambio de empresa adjudicataria de la prestación del servicio. De dicho acuerdo no se desprende, en absoluto, que el Ayuntamiento tuviese conocimiento de que la demandante, o cualquiera otro de los trabajadores externos de las bibliotecas municipales se hubiese planteado demandarle ni, mucho menos, que el Ayuntamiento tuviese conocimiento de tal posibilidad. En ningún otro hecho probado consta que la demandante fuese cesada verbalmente el 15 de abril de 2017, antes, al contrario, del hecho probado segundo se desprende que su contrato temporal iniciado el 23 de enero de 2017 finalizaba el 15 de abril de 2017. Por otro lado, no ha quedado probado que en Pliegos de Prescripciones Técnicas de los anteriores contratos administrativos en el marco de los cuales la demandante vino prestando servicios en las bibliotecas municipales, estuviese prevista la subrogación de los trabajadores que venían prestando dicho servicio, previsión que habría desaparecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato adjudicado a Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., debiendo resaltarse que la razón de que la oferta más baja de las presentadas fuese la de esta empresa se basó, sin duda, en la condición de personal discapacitado de los trabajadores que iban a prestar el servicio, lo que suponía la bonificación para dicha empresa del 100% de las cotizaciones de Seguridad Social de los mismos.

El recurso de suplicación reitera que el cese de la demandante fue la consecuencia de la reclamación del colectivo de trabajadores a que pertenece en el Pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016 y que la no subrogación de los trabajadores que venían prestando el servicio de apoyo externo de las bibliotecas municipales fue la consecuencia de dicha





reclamación. Esas alegaciones no evidencian error alguno en el razonamiento llevado a cabo en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida para concluir la inexistencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, para apreciar la inversión de la carga de la prueba. Por ello, la Sala desestima el primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores establece una presunción, salvo prueba en contrario, de que el contrato parcial está celebrado a jornada completa cuando la empresa incumpla las obligaciones formales, en concreto, la de registro de las horas día a día y la de su comunicación, previa totalización mensual, al trabajador. Aun admitiendo, a efectos meramente dialécticos que Educomex Servicios S.L. hubiere incumplido esas obligaciones, la sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que la jornada en el último de los contratos era de 2 horas y treinta minutos semanales, tal y como afirma el hecho probado cuarto de la misma, en base al contrato firmado por la demandante, al informe de vida laboral de la misma y a la testifical de [REDACTED] tal y como razona su quinto fundamento de derecho. Es decir, que la presunción de que la jornada era a tiempo completo habría decaído por la prueba practicada. En definitiva, la sentencia recurrida, al declarar que la jornada de la demandante era de 2 horas y treinta minutos semanales no ha incurrido en infracción alguna del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, lo que conduce a la desestimación del segundo de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Por último, tal y como figura en el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, la demandante ha prestado servicios para el servicio externo de apoyo a las bibliotecas municipales, por cuenta de Organización y Guarda de Archivos S.L. desde el 3 al 11 de noviembre de 2011; tal y como figura en el hecho probado tercero, por cuenta de BCM Gestión de Servicios S.L. desde el 17 de noviembre de 2011 al 4 de febrero de 2012, desde el 20 de noviembre al 19 de diciembre de 2014, desde el 29 de diciembre de 2014 al 28 de enero de 2015 y desde el 23 de noviembre al 31 de diciembre de 2015; y, tal y como figura en el hecho probado cuarto, por cuenta de Educomex S.A., desde el 27 de agosto de 2012 al 12 de marzo de 2013, desde el 22 de enero al 2 de marzo de 2013, desde el 1 de abril al 1 de junio de 2013, desde el 5 al 8 de julio de 2013, desde el 22 al 26 de julio de 2013, desde el 26 de agosto al 7 de febrero de 2014, desde el 7 de agosto al 19 de noviembre de 2014, desde el 29 de enero al 13 de junio de 2015, desde el 14 de octubre al 21 de noviembre de 2015, desde el 4 de enero al 20 de diciembre de 2016, desde el 23 de enero al 27 de febrero de 2017 y desde el 10 de marzo al 15 de abril de 2017. Esa sentencia recurrida, tras declarar en el cuarto fundamento de derecho, que solo se ha producido cesión ilegal entre Educomex Servicios S.L. y Ayuntamiento de Málaga, por entender que no cabe apreciar esa figura jurídica cuando la relación laboral ya ha finalizado, concluye en el quinto fundamento de derecho que la antigüedad a tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización correspondiente a la declaración de improcedencia del despido, ha de ser la de 14 de octubre de 2015.

La Sala comparte dicha opinión y, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos que no pudiese declararse la existencia de cesión ilegal respecto de las empresas anteriores adjudicatarias del servicio, declaración que, en todo caso, no tendría efectos para las mismas,





lo cierto y verdad es que la demandante ha venido prestando servicios para el servicio de apoyo externo a las bibliotecas municipales de Málaga desde el 3 al 11 de noviembre de 2011, desde el 17 de noviembre de 2011 al 4 de febrero de 2012, desde el 27 de agosto de 2012 al 2 de marzo de 2013, desde el 1 de abril al 1 de junio de 2013, desde el 5 al 8 de julio de 2013, desde el 22 al 26 de julio de 2013, desde el 26 de agosto de 2013 al 7 de febrero de 2014, desde el 7 de agosto al 19 de diciembre de 2014, desde el 29 de diciembre de 2014 al 13 de junio de 2015, desde el 14 al 21 de noviembre de 2015, desde el 23 de noviembre al 31 de diciembre de 2015, desde el 4 de enero al 20 de diciembre de 2016, desde el 23 de enero al 27 de febrero de 2017 y desde el 10 de marzo al 15 de abril de 2017. Es decir, que aprecia la doctrina de la unidad esencial del vínculo de la demandante con el Ayuntamiento demandado y, siguiendo la doctrina sentada en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2017 [ROJ: STS 3572/2017] y 2 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 4417/2017], concluye que la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta la totalidad de los períodos trabajados, es decir 58 días, antes del 11 de febrero de 2012, y 1198 días, después del 11 de febrero de 2012, o, lo que, es lo mismo, a efectos del cálculo de la indemnización, dos meses, antes del 11 de febrero de 2012, y 40 meses, después del 11 de febrero de 2012. En consecuencia, debe calcularse la indemnización partiendo del contenido en el fallo de la sentencia recurrida, en el que consta que el salario diario de tramitación es de 3,18 euros, pronunciamiento que no ha sido impugnado. Así que, por los meses anteriores al 11 de febrero de 2012, la indemnización ascenderá a 23,85 euros, y por los meses posteriores a esa fecha, la indemnización ascenderá a 349,80 euros. En definitiva, la indemnización en caso de no readmisión ascenderá a 373,65 euros. En la medida en que no lo ha entendido así, la sentencia recurrida ha infringido la doctrina de la unidad esencial del vínculo en la relación laboral, lo que conduce a la estimación parcial del tercer motivo de suplicación formulado al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y a la revocación parcial de la sentencia.

FALLO

I.- Se **estima** parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] y se **revoca** parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social número doce de Málaga, de 15 de mayo de 2018, dictada en el procedimiento 517-17.

II.- En su lugar, manteniendo en su integridad los apartados 1, 3, 4 y 5 del fallo de dicha sentencia, se modifica el apartado 2 del mismo, en el sentido de modificar la indemnización en caso de no readmisión, cuyo importe queda fijado en 373,65 euros, confirmando el resto.

III.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

"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."



