



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

N.I.G.: 2906744S20170009693

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 2094/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 784/2017

Recurrente: [REDACTED] y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: DAVID CANSINO SANCHEZS.J.AYUNT. MALAGA

Recurrido: SINERGIAS CONSULTORIA Y PROYECTOS DE INGENIERIA SC y
MINISTERIO FISCAL

Representante:

Sentencia Nº 488/2019

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

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de MALAGA a trece de marzo de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
ANDALUCIA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por [REDACTED]
[REDACTED] y AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por JUZGADO
DE LO SOCIAL Nº 2 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMON GOMEZ
RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED]
[REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado
AYUNTAMIENTO DE MALAGA, SINERGIAS CONSULTORIA Y PROYECTOS DE
INGENIERIA SC y MINISTERIO FISCAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de





referencia en fecha 20 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:

“**PRIMERO.-** [REDACTED] con DNI N° [REDACTED] comenzó a prestar servicios para la corporación municipal demandada el 01/08/2009 como trabajadora autónoma (dada de alta en el RETA), mediante la celebración de diversos contratos mercantiles, menores, que se relacionan a continuación:

- 1.- Desde 01/08/09 contratos menores con cargo al Presupuesto Municipal de Formación, suscritos por la propia actora, hasta 31/05/12, (f. 8 y ss. T. II).
- 2.- Desde el 01/09/2012, mediante contratos menores adjudicados a la empresa Sinergias Consultoría y Proyectos de Ingeniería S.C. que se relacionan a continuación:
 - ODC 1665/2012:** Asesoramiento para el desarrollo del Plan SIMAD en el Ayuntamiento de Málaga y Sistema de Gestión de Calidad en el Área de Alcaldía del año 2012. Por un importe de 12.600,00 €.
 - ODC 0107/2013:** Asesoramiento del Sistema de Gestión de Calidad en el Área de Alcaldía y del despliegue del Plan de Simplificación Administrativa (SIMAD) del año 2013. Por un importe de 19.800,00 €
 - ODC 1689/2013:** Realización de auditorías internas y asesoramiento en la auditoría externa en el Área de Alcaldía, y diversas actividades del Plan de Simplificación Administrativa (SIMAD) del año 2013. Por un importe de 11.500,00 €.
 - ODC 0216/2014:** Despliegue Plan de Calidad en el Área de Gobierno de Presidencia, Área de Gobierno Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (contrato menor puente) del año 2014. Por un importe de 4.000,01€.
 - ODC 0998/2014:** Despliegue Plan de Calidad en el Área de Gobierno de Presidencia, Área de Gobierno Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (contrato menor puente) del año 2014. Por un importe de 6.800,01 €.
 - ODC 1526/2014:** Despliegue Plan de Calidad en el Área de Gobierno de Presidencia, Área de Gobierno Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (contrato menor puente) del año 2014. Por un importe de 3.400,00€.
 - ODC 1792/2014:** Despliegue Plan de Calidad en el Área de Gobierno de Presidencia, Área de Gobierno Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (contrato menor puente) del año 2014. Por un importe de 3.400,00€.
 - ODC 2828/2013 (Exp. 13/14 - lote 3):** Servicios para el despliegue del Plan de Acción en calidad en el Ayuntamiento de Málaga. Lote 3: Despliegue del PAC-MIDO en las Áreas de Gobierno de Presidencia y Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (Procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación) del año 2014. Por un importe de 14.400,00 €.
 - ODC 3173/2014 (Exp. 13/14 - lote 3):** Prórroga del Servicios para el despliegue del Plan de Acción en calidad en el Ayuntamiento de Málaga. Lote 3: Despliegue del PACMIDO en las Áreas de Gobierno de Presidencia y Ordenación del Territorio y Vivienda y asesoramiento y coordinación oficina sin papeles (OSP) (Procedimiento abierto con





pluralidad de criterios de adjudicación) del año 2015. Por un importe de 3.600,00 €. (folio 6 y vuelto del T.II de los autos y f. 240 y ss. T. II).

SEGUNDO.- La mercantil Sinergias Consultoría y Proyectos de Ingeniería S.C. está formada por la actora y su marido. La participación societaria de la actora era del 95% y el 5% restante, de su marido.

TERCERO.- La actora, Licenciada en Ingeniería Química, debería haber percibido si hubiera sido empleada municipal (Grupo A1) una retribución mensual de 2.870,13 €/mensuales, o 95,67 €/diarios, incluido el prorrateo de gratificaciones extraordinarias.

CUARTO.- Con fecha 24/05/2017, un compañero de trabajo de la actora realizó, en nombre de los trabajadores que se refieren en su escrito (incluida la actora), denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del tenor que obra a los folios 192-193 de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

QUINTO.- Consecuencia de ello, se inició la correspondiente actuación inspectora, incluida la visita al centro de trabajo (06/06/17), requiriendo se practicara el alta de oficio de la hoy actora con efectos desde el 01/06/2013 y baja el 30/06/2017 mediante contrato indefinido a tiempo completo y grupo de cotización 01 (f. 251 y ss. T. II) y (f. 28 y 47 y ss T.I.).

SEXTO.- En el desempeño de su actividad, en las dependencias municipales de C/Palestina, 7-1a planta, en el Área de Calidad y Modernización, la actora realizaba funciones similares a las de un Técnico de Grado Superior (A1), utilizando los medios de producción facilitados por la corporación municipal demandada (mesa, sillas, ordenador, software, teléfono, fotocopiadora, correo electrónico corporativo, acceso a carpetas y expedientes compartidos del Ayuntamiento, acceso a otros programas corporativos, así como todo tipo de útiles, dispositivos y material de trabajo propiedad del Ayuntamiento de Málaga...), ajustando su horario a la jornada de los empleados municipales (8 h. a 15 h. de lunes a viernes) y disfrutando de 30 días de vacaciones anuales repartidas en dos periodos de 15 días los meses de agosto y diciembre.

SEPTIMO.- Con fecha 24/06/2017 se procedió a la rescisión de la relación contractual mantenida entre las partes (f. 249 T.II.)

OCTAVO.- El 03/11/2017 se procedió a levantar acta de infracción por la Inspección Provincial de Trabajo y SS. del tenor que obra a los folios 47 y ss T. I de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

NOVENO.- Con fecha 21/07/2017 se presentó telemáticamente la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se declare el despido del trabajador como nulo o subsidiariamente improcedente, condenando a la demandada a readmitir al demandante en su puesto de trabajo y, en todo caso, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido o, en su defecto, condenando a la demandada a su elección a readmitirle en su puesto de trabajo o abonar la indemnización que legalmente corresponde.”

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante [REDACTED] y 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.- Reclamó la parte actora en vía jurisdiccional por despido alegando haber prestado servicios a la empresa demandada el Ayuntamiento de Málaga mediante relación laboral y que fue objeto de despido, y la sentencia recaída en la instancia rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia opuesta por ser competente por razón de la materia este Orden social al existir relación laboral entre las partes y declara el despido nulo con las consecuencias derivadas por vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad, sin fijar indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda, formula la Administración local demandada Recurso de Suplicación, articulando un motivo dirigido a la revisión de los hechos declarados probados al amparo del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un doble motivo de censura jurídica encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe, en el primero los arts. 10 y 277, y 10, 21 y 301 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas en relación con los arts. 1.3.a y 8.1 Estatuto de los Trabajadores, y en el segundo los arts. 182 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social y 24 de la Constitución española, correlativos preceptos reguladores y doctrina judicial que cita, realizando diversas alegaciones y solicitando la declaración de la incompetencia de la jurisdicción social para conocer del presente asunto dada la naturaleza administrativa de los contratos, y subsidiariamente que se declare el despido improcedente con las consecuencias derivadas.

Asimismo la parte actora formula Recurso de Suplicación, articulando, sin interesar la revisión de los hechos declarados probados, un motivo único encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c del Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral al entender que infringe el art. 183 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y doctrina judicial que cita como la sentencia de la Sala 1892/15, solicitando indemnización por vulneración de derechos fundamentales de 25.000 €.

TERCERO.- En el primer motivo que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente Ayuntamiento de Málaga la modificación del ordinal nº 4 y 6 de los hechos probados, con una redacción que propone, que se dan por reproducidas, y en base a la documental que cita.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto





de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 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.

Y la propuesta de revisión fáctica del hecho probado 4, debe prosperar al encontrar adecuado sustento en la documental al efecto invocada obrante a los folios 191 a 193, pues de los mismos se deduce que la referida denuncia presentada el 6-6-17 por un trabajador en nombre de varios trabajadores, entre ellos la actora, no aparece firmada por la misma ni consta autorización de la misma, por lo que procede estimar este motivo del recurso

Sin embargo, la revisión pretendida del hecho probado 6, en base a la documental obrante a los folios nº 8 a 238, no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante.

Ello es así, pues no existe documento que evidencie el error del juzgador de manera clara y directa y patente y sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables como las que realiza la parte recurrente, siendo así además que en todos los casos los documentos invocados fueron tenidos en cuenta y valorados por el magistrado de instancia que llegó a la conclusión fáctica que ahora se impugna, como fruto de la valoración de la prueba practicada en uso de la facultad concedida en base al principio de inmediación sin que el recurrente logre demostrar por prueba hábil el error del juzgador pues no se supera con dicho documento de forma diáfana la valoración conjunta de las pruebas practicadas realizada por el juzgador "a quo".

En definitiva, no cabe por lo dicho anteriormente sobreponerse a la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo que no queda desvirtuada por las alegaciones que la parte recurrente realiza, que pretende con sus alegaciones una construcción de los hechos probados y una valoración de la prueba practicada subjetiva del impugnante que no se





sobrepone a la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo, al no evidenciarse por medio probatorio hábil y eficaz en esta vía error en dicha la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo.

En consecuencia, procede estimar parcialmente este motivo de revisión de los hechos declarados probados en el sentido expuesto, y desestimarlos en cuanto al hecho probado 6.

CUARTO.- La alegación que niega la laboralidad de la relación mantenida, con oposición de la excepción de falta de jurisdicción por la empresa demandada que es rechazada por la sentencia recurrida, determina que previamente deba entrarse a analizar la cuestión relativa al orden jurisdiccional competente, a la competencia objetiva o por razón de la materia, en este sentido como se ha dicho por esta Sala entre otras en Sentencias nº 2.024/2.002 de 14-11-02, nº 1.018/2004 de 13-5-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 69/2004 y nº 1.247/2004 de 10-6-04 en Recurso de Suplicación nº 932/2004, la cuestión relativa al orden jurisdiccional competente, a la competencia objetiva o por razón de la materia, es el primer requisito procesal necesario para conocer de la acción ejercitada, al tratarse de presupuesto procesal de orden público, lo que supone indudablemente el conocimiento y decisión sobre la naturaleza de la relación mantenida, y la determinación de su carácter o no de relación laboral, siendo competente este orden jurisdiccional de ostentarla, y ello aunque no se opusiera por la parte demandada la excepción de incompetencia por razón de la materia y aún de oficio por ser norma de derecho absoluto y necesario que constituye el primer presupuesto formal y trámite inexcusable para que el órgano jurisdiccional pueda entender y resolver el asunto sometido a su consideración hasta el extremo de que queda por encima del principio dispositivo o de rogación y de la voluntad del propio Juzgado o Tribunal porque de concurrir la falta de competencia significaría un obstáculo insalvable que vedaría al Juzgador el estudio de otras excepciones y de la cuestión de fondo, y por todo ello que el Tribunal no está sometido a las alegaciones de las partes ni a los motivos del Recurso de Suplicación sino que debe analizar todo el material probatorio.

Así se dice por esta Sala, entre otras, en Sentencia nº 1861/02 de 24-10-02 que tal excepción, por afectar al orden público procesal, debe ser analizada con carácter previo y preferente, conociendo la Sala a tan exclusivo fin de la totalidad de lo actuado, sin sujeción a la premisa de hechos probados contenida en la sentencia de instancia y sin quedar vinculado este Tribunal, a los motivos específicos articulados en el recurso de suplicación, teniendo en cuenta que la competencia jurisdiccional del orden social se puede proyectar en tres vertientes distintas, una la de declarar la existencia o no de relación laboral, lo que implica en caso negativo, cuando no se ha propuesto ni discutido otra incidencia, la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado, otra la de declarar que la relación de trabajo es solo aparente o fraudulenta, con las consecuencias jurídicas que son propias e inherentes a dicho pronunciamiento; y una tercera, la de mantener que la relación entre las partes, si bien no es laboral puede ser de naturaleza jurídica distinta, cuando por las circunstancias promovidas y debatidas se comprueba que subyace la existencia de vínculo civil, mercantil o administrativo, supuesto en el que ha de reconocerse la incompetencia jurisdiccional de este orden, previa audiencia del ministerio Fiscal, y que debe tenerse en cuenta igualmente a tal fin, que los actos o negocios jurídicos tienen la naturaleza que se deriva del conjunto de derechos y obligaciones que encierran, es decir, de la verdadera realidad, cualquiera que sea la terminología empleada y con independencia de la calificación jurídica que le asignen las partes, por lo que la determinación de la naturaleza laboral, contencioso-administrativa o civil-mercantil de la relación representa materia que escapa a la





libre disposición de los litigantes, ya que se trata de una labor que ha de verificarse sobre el contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos y presupuestos que legalmente definan y delimiten una singular figura contractual, por lo que debe prevalecer siempre el auténtico carácter jurídico, en lo personal y en lo funcional, exteriorizado en los actos desarrollados por los interesados en su efectiva ejecución, pues como dice la Sentencia de la Sala nº 156/2.003 de 30-1-03 en Recurso de Suplicación nº 1.992/2.002 como ocurre en el ámbito general de los contratación, y como los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, las partes no son dueñas ni tienen el dominio de los contratos y su naturaleza, ni son libres de calificar los contratos, ni de acudir a una u otra modalidad contractual a su arbitrio o elección, y menos a su antojo o conveniencia, y menos aún de alterar la naturaleza y contenido de los contratos.

QUINTO.- La cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en el presente Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga se centra en determinar como se ha indicado si la relación mantenida ostenta las notas propias de la relación laboral y por ende si la competencia es de este Orden Jurisdiccional, y tal cuestión ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala para caso similar, las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2.431/05, 977/11 y 1450/11, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

El art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores define la relación laboral al decir que “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, y el art. 8.1 de dicho texto normativo regulador de la forma del contrato dispone que “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

Así lo declara como se ha dicho para caso similar, entre otras las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 977/11, si bien en aquél caso la sentencia de la Sala confirmaba la sentencia recaída en la instancia que desestimaba la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia opuesta por no ser competente por razón de la materia este Orden social y declaraba el despido improcedente con las consecuencias derivadas.

En la misma, y con doctrina de aplicación al presente, analizando la alegación de la excepción de incompetencia de jurisdicción ya planteada en la instancia, pues la relación jurídica que unía a la actora con los demandados se basaba en sucesivos contratos administrativos menores de consultoría y asistencia, por lo que la competencia para conocer de las incidencias surgidas en relación a dicha contratación correspondería a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, se declara que la Sala estima que en el presente caso no resultan admisibles unos contratos de consultoría y asistencia como los suscritos por la actora. En efecto, tras delimitar el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-vigente al tiempo de suscripción de los contratos, aunque derogado en la actualidad-el objeto de los contratos de asistencia y consultoría, el artículo 197.1 establecía como requisitos de capacidad y compatibilidad que las empresas adjudicatarias deberían ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato y se acredite debidamente que disponían de una





organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. En definitiva, estos contratos de asistencia y consultoría sólo podrán ser celebrados por la Administración con empresas físicas o jurídicas, condición que en modo alguno ostentaba la actora, pues carecía de cualquier tipo de estructura organizativa propia de una empresa, ni tenía medios personales o materiales propios y suficientes para la debida ejecución del contrato. Por el contrario, tanto durante la vigencia de los contratos de asistencia y consultoría suscritos con la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, como durante la vigencia del último contrato suscrito con la codemandada EPSA, la actora ha venido prestando servicios en la Oficina Territorial de Asesoramiento Urbanístico (OTAU) de Ronda, dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, utilizando los locales y los medios materiales puestos a su disposición por la Junta de Andalucía, recibiendo instrucciones para el desempeño de su labor de la Coordinadora de zona de la Dirección General de Urbanismo de la Junta de Andalucía y percibiendo una retribución de 12.000 € durante la duración del primer contrato (seis meses), de 30.050 € durante la duración del segundo contrato (catorce meses) y de 18.000 € durante la duración del tercer contrato (diez meses). En definitiva, la demandante durante la vigencia de los contratos ha realizado idénticas funciones de ejecución de tareas administrativas y de apoyo al personal técnico en la OTAU de Ronda, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, cumpliendo un horario rígido que le venía fijado por la misma, con un descanso anual consistente en un mes de vacaciones aprobadas junto con las del resto de los trabajadores y percibiendo una retribución periódica por la prestación de sus servicios. Los anteriores datos ponen claramente de manifiesto la existencia de una auténtica relación laboral entre las partes, ya que concurren las notas características del contrato de trabajo, independientemente de la denominación formal que se hubiese podido dar por las mismas a dicha relación jurídica. A mayor abundamiento, esta Sala en sentencias de 4 mayo 2006, 18 diciembre 2008, 19 febrero 2009 y 10 febrero 2011 y el Tribunal Supremo en sentencias de 29 septiembre de 1999 y 30 abril 2007 ya han declarado que en supuestos como el presente no cabe la suscripción de contratos administrativos de asistencia técnica y asesoría. Todo lo anterior nos lleva a desestimar este motivo de recurso y a declarar la competencia de la jurisdicción social por encontrarnos ante una auténtica relación laboral.

Por su parte, la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 348/18 declara que "Desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que -cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba- pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios, etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que "la ley regulará un estatuto de los trabajadores", de la misma forma que el artículo 103.3 dice que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos". Es decir, la Constitución establece un





modelo bipolar (funcionarios y trabajadores) de personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria -y la que más lo hace es el Estatuto del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 8 a 12)-, si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que, siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 2012 y 28 de julio 2013, ha sido constante en su confrontación con las sucesivas leyes autorizadoras de la contratación administrativa de servicios (desde la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, pasando por la ley 13/1995, reformada por la Ley 53/1999, hasta llegar al Real Decreto Legislativo 2/2000 y a la Ley 30/2007), y en relación con un contrato celebrado al amparo del referido Real Decreto, señalaba lo siguiente: "La procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a ... un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma". Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. etc. Algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante. Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de ésta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración. La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, regula los denominados contratos de servicios, en su artículo 10, y, dentro de ellos, los contratos menores, en su artículo 138, regulación que se reproduce en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de noviembre de 2011, admitiendo la contratación de la mera actividad a través de la contratación administrativa, pero sigue sin ser posible que mediante la utilización de un contrato administrativo el profesional se inserte en la Administración en las circunstancias antes expuestas. La Ley 30/2007 y el Real Decreto Legislativo 3/2011 han suprimido los contratos de consultoría y asistencia técnica, con lo que solamente existe el contrato de servicios, que se define como aquel <cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro>."

SEXTO.- Y, con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, del relato de hechos probados y del análisis de los elementos probatorios, la Sala llega a la conclusión de que, en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación, la relación que vincula a las partes es una relación laboral, cuyas cuestiones litigiosas corresponden a este orden jurisdiccional, pues en el supuesto de Autos concurren las notas configuradoras de la relación laboral, cuales son, ajenidad en los riesgos y en los frutos de su trabajo, dependencia en cuanto que inserción en el círculo organizativo y disciplinario del empresario y retribución, como contraprestación económica a los servicios realizados.





Ello es así, pese a tratarse de sucesivos contratos administrativos los que vinculaban a las partes, pues la actora prestaba servicios en las condiciones y circunstancias expuestos en los hechos probados, y en concreto en el hecho probado 6, y de tal prestación de servicios en tales circunstancias, la Sala llega a la conclusión en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación de que la relación mantenida tiene carácter laboral y las cuestiones controvertidas corresponden en su enjuiciamiento y solución a este Orden jurisdiccional, siéndole de aplicación además los razonamientos contenidos en dichas Sentencias de la Sala en orden a que la relación que une a las partes dado el contenido de la prestación de servicios que aparece en los hechos probados es de naturaleza laboral, a pesar de que los contratos firmados se denominasen formalmente administrativo.

En consecuencia, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso de la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga en el indicado motivo de censura jurídica con confirmación de la sentencia en este punto.

SÉPTIMO.- Solicitó la la parte actora la estimación íntegra de la demanda y la declaración de la nulidad del despido, con la estimación de la demanda que declara el despido nulo con las consecuencias derivadas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad.

Al respecto, en relación a la existencia de indicios de violación de derechos fundamentales con los efectos de inversión de la carga de la prueba, dispone el art. 181.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Esta Sala ha declarado con reiteración, en sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1434/10, 678/11, 1469/13 y 260 /14, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo, que la correcta aplicación del precepto adjetivo expuesto que expresa más recientemente la STS de 31-5-05 en Recurso de Casación nº 108/04 exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma, y en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996 (RJ 1996\1007, RJ 1996\3080), dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, al significar que para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, «y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia». Distinguen estas sentencias entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser





tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba.

Así se ha dicho por esta Sala, como recoge la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 260 /14, entre otras en las Sentencias dictadas en Recurso de Suplicación nº 2.707/03, 1.862/04, 1316/05, 1509/05, y 99/07, que el demandante está obligado a acreditar la existencia de indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho fundamental y constatado tal extremo, ha de ser la empresa la que tenga que asumir la carga de demostrar que los hechos motivadores de su conducta son ajenos a cualquier discriminación o violación del derecho fundamental cuya protección se impetra. Por tanto, una vez comprobada la existencia de indicios de que puede haberse producido violación del derecho fundamental, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable. Corriendo de cargo del empresario, alcanzar tal resultado probatorio sin que le baste intentarlo, debiendo por su parte el órgano judicial llegar a la paralela convicción, no ya de que la conducta empresarial es simplemente lesiva de un derecho subjetivo, sino de que tal conducta es totalmente ajena a cualquier lesión de un derecho fundamental, de modo que pueda estimarse que, la conducta impugnada hubiera tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes reales y serias para entender que es razonable la decisión empresarial adoptada.

Por su parte el Tribunal Supremo ha venido a señalar (SSTS 13.10.89, 18.6.91 y 27.5.96 entre otras), que no basta la mera alegación de la violación invocada, sino que para su valoración como tal, es menester la constatación de algún indicio racional fáctico que haga verosímil su imputación, debiendo rechazarse y vedar la posibilidad de estimación a cualesquiera afirmaciones fácticas o instrumentalmente dirigidas a obtener la favorable posición procesal de atribuir el deber de probar al contrario, a no ser que estén apoyadas en la coherencia y solidez de generar una razonable sospecha o presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, siendo en tal caso la demostración, por parte del empresario, de cualquier causa real y seria que justifique como razonable - independientemente de que se estime o no judicialmente como tal- la decisión disciplinaria de proceder al despido, razón bastante y motivo suficiente para desvirtuar aquella inversión de la carga de la prueba y hacer decaer la petición de declaración de nulidad del despido que además -y como sustenta el mismo Alto Tribunal en las de 11.4.90, 13 marzo y 30 noviembre 1991- la especial clase del despido nulo es una figura excepcional y extrema cuya declaración de existencia exige la concurrencia de elevadas dosis de arbitrariedad y capricho en la actuación del empresario, sin que sea suficiente que la misma sea ilícita o contraria a la Ley -pues tanto el despido nulo como el improcedente implican contradicción o incumplimiento de la normativa legal- sino que esa ilegalidad ha de ser intensa y superlativa, resultando con ella vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral.

Y en relación con la carga probatoria que incumbe al demandado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha venido señalando que "se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Por otra parte declara esta Sala, entre otras en las Sentencias nº 377/2.004 de 20-2-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 2.707/2.003, nº 1.902/05 de 21-7-05 dictada en Recurso de Suplicación nº 1509/2005 y en la recaída en el Recurso de Suplicación nº 1.720/05, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencia núm. 140/1999 de 22 julio RTC 1999\140, que cita otras muchas en las que se estudia el tema de la protección de los trabajadores frente al despido empresarial contrario a sus derechos fundamentales, " El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995 [RTC 1995\54])".

La sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1956-17 declara, con aplicación al presente, que "No puede, por tanto, entenderse, como se afirma en el recurso de suplicación, que el referido cese sea una represalia del Patronato de Recaudación demandado por la denuncia formulada por el sindicato Unión General de Trabajadores ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por irregularidades en la contratación temporal e impagos del complemento de antigüedad, por más que el demandante sea uno de los trabajadores respecto de los que se pronuncia el Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a raíz de esa denuncia. Y ello porque el cese del demandante estaba pactado mucho antes de la interposición de esa denuncia. La supuesta intención del Patronato de Recaudación demandado de no volver a contratar al demandante podrá cuestionarse, en su caso, en el supuesto de inexistencia de nueva contratación del demandante, pero ninguna eficacia tiene a los efectos de valorar que el cese de 16 de mayo de 2017 encierra un comportamiento empresarial que atento contra el derecho de indemnidad del demandante. Por ello, la Sala comparte los razonamientos desplegados en el cuarto fundamento de derecho de la sentencia recurrida para concluir que el cese del demandante no conlleva vulneración de derechos fundamentales por parte del Patronato de Recaudación demandado, y declara que la sentencia recurrida, al no declarar la nulidad del despido del demandante por vulneración de derechos fundamentales, no ha incurrido en infracción alguna del artículo 24.1 de la Constitución."

Asimismo la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 2256/17 declara, con razonamientos de aplicación al presente, que "La Sala, sin embargo, ha de coincidir con la parte recurrente y el Ministerio Fiscal en que, en el supuesto examinado, no han concurrido los indicios suficientes para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Así, es cierto, tal como viene a sostenerse por la parte recurrida, que el planteamiento argumental que se contiene en el motivo formulado tiene algunos elementos novedosos, y desde luego, no está directamente refrendado en el relato de hechos probados de la sentencia en alguno de sus extremos. Pero es cierto que también la corporación trató de defender la viabilidad de los contratos administrativos suscritos con los actores, pues la sentencia que recoge que el Ayuntamiento de Málaga se opuso a la demanda manifestando que cesaron por fin de la duración de su contrato no como consecuencia del contenido del





acta de Infracción de la Inspección de Trabajo [fundamento de derecho tercero]. Aquella fecha de la baja en la Seguridad Social coincide con la duración prorrogada de los contratos administrativos suscritos. 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 los actores en el Sistema de la Seguridad Social como trabajadores por su cuenta, además de hacerle figurar como tal desde el año 2011, esto es, con referencia a los cuatro años anteriores a la actuación inspectora. Era claro, como afirma la sentencia recurrida, que su condición, por el transcurso del tiempo, por la informalidad de su relación, era una relación laboral indefinida [fundamento de derecho tercero], cuya extinción no puede saldarse con una mera baja, sino que, consecuentemente con la tesis ahora defendida, debió ser convenientemente indemnizada pues a todas luces esa extinción carecía de cobertura jurídica alguna para llevarla a cabo sin más. Pero 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 los despidos como improcedentes, 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.”

OCTAVO.- Pues bien, con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, no puede entenderse que existan en el caso sometido a Recurso de Suplicación indicios suficientes que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho fundamental.

Del intacto relato histórico Sentencia recurrida, no se deducen ni constan circunstancias fácticas que constituyan indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales que produzcan la inversión de la carga de la prueba, no siéndolo los datos fácticos que expone la sentencia de instancia ni los razonamientos del magistrado de instancia, pues no es suficiente la referida denuncia presentada el 6-6-17 por un trabajador en nombre de varios trabajadores, entre ellos la actora sin que aparezca el escrito firmado por la misma ni conste autorización de la misma, cuando el acta de infracción se levantó el 3-11-17.

Al caso es de aplicación las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1280/17, 1594/17 y 2256/17, como alega la parte recurrida en su escrito de impugnación, y por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la





aplicación de la ley, por aquella coincidencia esencial como declara la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 2000/18, en concreto ésta última declara, con razonamientos de aplicación al presente, que “La Sala, sin embargo, ha de coincidir con la parte recurrente y el Ministerio Fiscal en que, en el supuesto examinado, no han concurrido los indicios suficientes para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Así, es cierto, tal como viene a sostenerse por la parte recurrida, que el planteamiento argumental que se contiene en el motivo formulado tiene algunos elementos novedosos, y desde luego, no está directamente refrendado en el relato de hechos probados de la sentencia en alguno de sus extremos. Pero es cierto que también la corporación trató de defender la viabilidad de los contratos administrativos suscritos con los actores, pues la sentencia que recoge que el Ayuntamiento de Málaga se opuso a la demanda manifestando que cesaron por fin de la duración de su contrato no como consecuencia del contenido del acta de Infracción de la Inspección de Trabajo [fundamento de derecho tercero]. Aquella fecha de la baja en la Seguridad Social coincide con la duración prorrogada de los contratos administrativos suscritos. Desde luego es cuestionable que esa extinción no fuese consecuenta con la naturaleza implícita que derivaba del alta a la que se vio forzada por la actuación inspectora, pues tuvo que incorporar a los actores en el Sistema de la Seguridad Social como trabajadores por su cuenta, además de hacerle figurar como tal desde el año 2011, esto es, con referencia a los cuatro años anteriores a la actuación inspectora. Era claro, como afirma la sentencia recurrida, que su condición, por el transcurso del tiempo, por la informalidad de su relación, era una relación laboral indefinida [fundamento de derecho tercero], cuya extinción no puede saldarse con una mera baja, sino que, consecuentemente con la tesis ahora defendida, debió ser convenientemente indemnizada pues a todas luces esa extinción carecía de cobertura jurídica alguna para llevarla a cabo sin más. Pero 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 los despidos como improcedentes, 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.”

Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, la Sala, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, concluye que no cabe entender que existan en el caso sometido a Recurso de Suplicación indicios suficientes que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho





fundamental, y en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad, y que las alegaciones de la parte actora no son suficientes para entender la concurrencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales con el efecto de inversión de la carga de la prueba.

Por todo ello, no puede calificarse como nulo el despido acordado por la empresa Ayuntamiento de Málaga como pretende la parte actora recurrente pues tal efecto de nulidad sólo puede declararse y está reservado para los supuestos específicamente establecidos por el legislador en el párrafo 5º del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores cuando el despido “tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y no puede extenderse al caso de cese analizado ni puede entenderse que este cese pueda incluirse dentro de los indicados supuestos, y al no tratarse tampoco de alguno de los casos contemplados y adicionados por la Ley 39/99 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ni existir una vulneración del derecho a la indemnidad ni indicios de vulneración de derechos fundamentales, por lo que la pretensión de nulidad del despido no puede ser acogida al no aparecer vulnerados derechos fundamentales ni venir determinada la decisión de la empresa por el designio de conculcar dichos derechos, siendo para ello insuficientes las afirmaciones y alegaciones de la parte actora, por lo que no puede declararse la nulidad del despido pedida y procede estimar este motivo del recurso del Ayuntamiento de Málaga, con declaración del despido como despido improcedente con las consecuencias derivadas.

Ello conlleva necesariamente la desestimación del Recurso de Suplicación de la parte actora que se limita a postular una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, pero al estimarse el Recurso de Suplicación del Ayuntamiento de Málaga en este punto no cabe conceder tal indemnización por vulneración de derechos fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad, no apareciendo infringidos los preceptos que invoca.

OCTAVO.- Por ello, procede estimar el Recurso de Suplicación interpuesto en el sentido indicado de que debe declararse que la extinción acordada constituye un despido que, a tenor del art. 55.3 del Estatuto de los Trabajadores y art. 108 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, debe calificarse como despido improcedente con las consecuencias derivadas que señala el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, en orden a condenar al empresario, de conformidad con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores a que opte en el plazo de los cinco días siguientes a contar desde la notificación de la presente sentencia entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con la consideración de trabajadora indefinida, que no fija, en atención al carácter de la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga, con el pago de los salarios de tramitación, o que le abone la correspondiente indemnización, si bien como se ha indicado la readmisión en su caso sólo tiene lugar como relación laboral indefinida, y no fija, hasta la provisión legal y regular de la plaza mediante la convocatoria de los correspondientes concursos públicos de selección regidos por los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad a lo que está obligada la Entidad demandada, o hasta que concurra otra causa de extinción como la extinción del contrato por causas





objetivas y no siendo suficiente ya la simple amortización de la plaza como declaran, entre otras, las STS 24/06/2014 en RCUUD 217/2013 y de 12/05/2015 en RCUUD 1080/2014.

NOVENO.- Y, siguiendo los criterios establecidos por esta Sala, entre otras en las sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 240/10, 457/2.013, 1281/13 y 306/16, y atendiendo al formulario de cálculo de la Web del C.G.P.J., en el caso que se analiza ahora en el presente proceso, teniendo en cuenta la antigüedad de 1-8-09 desde la que ha prestado servicios sin solución de continuidad significativa y fecha del despido de 24-6-17, y salario regulador del despido de 95,67 € diarios, la indemnización por despido asciende a 28.222,65 euros.

Por todo ello y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida incurrió en las vulneraciones de preceptos que se invocan y debe estimarse parcialmente el Recurso de Suplicación del Ayuntamiento de Málaga, con desestimación correlativa del Recurso de Suplicación de la parte actora al no ser procedente indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y revocarse parcialmente la sentencia de instancia con estimación parcial de la demanda y declaración de la improcedencia del despido en el sentido indicado.

DÉCIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la parte actora [REDACTED] y por el contrario, debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Málaga de fecha 20 de abril de 2018, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA, SINERGIAS CONSULTORIA Y PROYECTOS DE INGENIERIA SC y MINISTERIO FISCAL y, en su consecuencia, con revocación parcial de la sentencia recurrida, estimamos parcialmente la demanda, y calificamos el despido de 24-6-17 como despido improcedente con las consecuencias derivadas, y en consecuencia, debemos condenar y condenamos a la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga, a su elección en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la fecha en que le sea notificada esta sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, entendiéndose si no opta en forma que lo hace por la readmisión, a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con la consideración de trabajadora indefinida, que no fija, en atención al carácter de la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga, o a abonarle la indemnización correspondiente legalmente de 28.222,65 euros, si bien, en su caso, como se ha indicado la readmisión en su caso sólo tiene lugar como relación laboral indefinida, y no fija, hasta la provisión legal y regular de la plaza mediante la convocatoria de los correspondientes concursos públicos de selección regidos por los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad a lo que está obligada la Entidad demandada, o





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

hasta que concurra otra causa de extinción y no siendo suficiente ya la simple amortización de la plaza como declaran, entre otras, las STS 24/06/2014 en RCU 217/2013 y de 12/05/2015 en RCU 1080/2014.

sin que proceda expresa imposición de costas.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación a razón de salario diario de 95,67 €. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera

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.

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."



