



**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Social de Málaga**

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tfno.: 952918137 952918144, Fax: 951045525., Correo electrónico: TSJA.SalaSocial.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

**N.I.G.:** 2906744420180004864 **Negociado:** JL

**Procedimiento:** Recursos de Suplicación 264/2023. **Negociado:** JL

**Órgano origen:** Juzgado de lo Social N° 11 de Málaga

**Tipo y número procedimiento origen:** Procedimiento de Oficio 367/2018

**Materia:** Otros derechos laborales individuales

**Recurrente:** [REDACTED]

**Abogado/a:** MARIA DEL MAR ENCISO GARCIA-OLIVEROS

**Procurador/a:**

**Graduado/a social:**

**Recurrido:** [REDACTED]  
[REDACTED] TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL,  
[REDACTED] Y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

**Abogado/a:** S.J.AYUNT. MALAGA , FRANCISCO JUAN SANCHEZ LUQUE, S.J. DE LA TGSS DE MALAGA Y MARIA SUSANA SANCHEZ-BAYO TIERNO

**Procurador/a:**

**Graduado/a social:** IRENE MATAMOROS SANCHEZ

SENTENCIA NÚMERO 1247/2023

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE**  
**ILTMO. SR. D. JOSÉ LUÍS BARRAGÁN MORALES,**  
**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

**SENTENCIA**

En la ciudad de Málaga, a cinco de julio de dos mil veintitrés.

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 once de Málaga, de 6 de octubre de 2022, en el que han intervenido como recurrente [REDACTED] dirigido técnicamente por la letrada doña María del Mar Enciso García-Oliveros, y como recurridos TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.



Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 20 de abril de 2018 Tesorería General de la Seguridad Social presentó demanda contra Ayuntamiento de Málaga, [REDACTED] y [REDACTED] en la que suplicaba la declaración de la existencia de relación laboral entre el primer demandado y el resto de demandados, condenando a todos ellos a estar y pasar por esa declaración.

**SEGUNDO:** La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número once de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de oficio con el número 367-18, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 29 de mayo de 2018, se celebraron los actos de conciliación y juicio, tras varias suspensiones, el 4 de octubre de 2022.

**TERCERO:** El 6 de octubre de 2022 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Estimo la demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, frente al Ayuntamiento de Málaga, y codemandados [REDACTED] y [REDACTED], en consecuencia, declaro la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Málaga y los trabajadores codemandados, condenando a las partes a estar y pasar por la presente resolución con las consecuencias legales inherentes a la misma>.

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

Primero. - La parte demandante, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, atribuida dicha representación por ley, solicita mediante esta demanda de oficio (art. 148, d) de la LRJS) la declaración de relación laboral de los trabajadores [REDACTED] y [REDACTED] como trabajadores de la empresa Ayuntamiento de Málaga, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

Segundo. - Con fecha 6/6/2017 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Málaga levanta acta de liquidación e infracción núm. 292017008089342 (Folios 669 y ss. e.a.) y I292017000192128 (Folios 747 y ss. e.a.) al Ayuntamiento de Málaga por falta de alta y cotización de los trabajadores citados al considerarse que la relación existente entre éstos y la empresa era una relación laboral.



Tercero.- Constan como actuaciones inspectoras, según acta de liquidación que se da por reproducida dada su extensión y por figurar unida a las actuaciones, las siguientes actuaciones comprobatorias: en fecha 6/6/2017 se gira visita de inspección al Edificio del Servicio de Calidad (Centro Municipal de Formación) del Ayuntamiento de Málaga sito en C/ Palestina, 7, 1ª planta, durante la que se recorren las oficinas, se toma declaración a los trabajadores y se comprueba el trabajo que desempeña cada uno y la relación con sus compañeros, así como la comprobación de los puestos de trabajo y la comparecencia y aportación de documentación por parte de [REDACTED] (funcionario técnico del ayuntamiento de Málaga), en representación del Ayuntamiento; así como entrevista con los ocho trabajadores codemandados.

Cuarto.- Como hechos acreditados y constatados por la actuación inspectora y que denotan la existencia de relación laboral se destacan los siguientes: "El trabajo por cuenta ajena se manifiesta de forma inequívoca, ya que es la empresa la que incorpora los frutos del trabajo. Los actores no son titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. El alta en el Régimen Especial de autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son solo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter, más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral. No se realiza una actividad propia e individualizada, carece el trabajador de aquellos factores que dan una idea de actividad propia y organizada, tales como un establecimiento propio distinto de su domicilio particular, maquinaria o herramientas suficientes para realizar el trabajo, o medios de transporte propios para realizar la actividad. Los trabajadores utilizan a diario unas dependencias municipales, con material del Ayuntamiento, equipos informáticos del Ayuntamiento, soporte informático igualmente municipal. Es el Ayuntamiento el que paga la luz, agua, el teléfono, conexión a internet, servicio de limpieza, jardinería, etc. la ajenidad se manifiesta también a través de indicios típicos de la moralidad como la continuidad temporal del trabajo para una sola empresa y la aplicación de un régimen de dedicación personal que hace en la práctica imposible la oferta de servicios para el mercado, pese al reconocimiento de que no hay compromiso de exclusividad, el cual tampoco es definitivo en orden a la calificación de la relación, como se desprende del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores. Apropiarse el empresario inicial y directamente de los frutos del trabajo del trabajador, según se van produciendo sin esperar a la terminación de la obra o servicio. Asumir un trabajador una obligación de hacer, de actividad pasando a un segundo plano la obligación de resultado. Inexistencia de riesgo y ventura del trabajador. La compensación económica recibida por el trabajador no queda afectada por el riesgo de deterioro o destrucción del trabajo no imputable a él, ni por la frustración de la operación. El riesgo lo asume el empresario, no el trabajador. Recibir el trabajador una retribución a tiempo (a tanto la hora, el día, la semana o el mes) o por unidades parciales de obra, no por precio global a tanto alzado por toda la obra y cuando se entrega a ésta. No poner el trabajador los materiales, máquinas y herramientas, aportar solo su esfuerzo físico e intelectual. En segundo lugar, la dependencia no ofrece dudas. Los actores inician la jornada diaria en un tiempo previamente determinado y en el centro de trabajo de la empresa. Realizan su trabajo bajo la dirección, vigilancia órdenes de la empresa, quedan sometidos a las orientaciones técnicas, organizativas y rectoras de la empresa, obedecen las órdenes contractuales del empresario sobre el trabajo, realizan



trabajos similares a los trabajadores por cuenta ajena del Ayuntamiento (se relacionan de forma diaria con otras áreas del ayuntamiento, comparten servicios de mantenimientos informáticos, jardinería, ...) tienen una jornada de trabajo similar a los trabajadores por cuenta ajena del Ayuntamiento (se ven afectados por las reducciones horarias con motivo de Navidad, verano, Semana Santa; y disfrutan de las mejoras que tienen los funcionarios municipales por permisos y licencias). En tercer lugar, el salario, de carácter mensual y que resulta del prorrateo de la cantidad inicialmente asignada en los contratos mercantiles a lo largo de los 12 meses del año. Por último, hay que indicar que, el servicio se realiza de modo personalísimo por el trabajador, sin que pueda ser objeto de cesión, arrendamiento o subarrendamiento”.

Quinto. - Notificada a la empresa demandada el acta referenciada, presentó escrito de alegaciones en el que niega la existencia de la relación laboral que sirve de fundamento para la incoación del acta. El funcionario actuante emitió informe en el que se valoran las alegaciones formuladas y las pruebas practicadas y propone la confirmación del acta. Tras el informe emitido por el Subinspector actuante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (BOE de 3 de junio de 1998) se le comunicó a la empresa el derecho al trámite de vista y audiencia previsto en dicho precepto legal. La empresa presentó alegaciones (Folio 82 el expediente administrativo).

Sexto.- Con fecha 14/2/2018 el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social en la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Málaga eleva a la Dirección Provincial de la TGSS (Unidad de Impugnaciones) propuesta de planteamiento de demanda de oficio prevista en los arts. 148 y ss. de la Ley de Jurisdicción Social con objeto de que se declare la existencia de relación laboral entre los trabajadores afectados y la empresa. La Dirección Provincial de la TGSS en Málaga-Unidad de Impugnaciones, estimó procedente el inicio del referido procedimiento de oficio, dando traslado del expediente al Servicio Jurídico para la formalización de la demanda.

Séptimo.- Se han tramitado los procedimientos de despido siguientes, que han concluido con resolución firme con relación a los trabajadores que se recogen a continuación (Folios 239 y ss. del expediente judicial): [REDACTED] procedimiento de despido 784/2017 del Juzgado de lo Social nº 2 Málaga, concluido por sentencia 123/2018, de 20.4.2018; [REDACTED] procedimiento de despido 728/2017 del Juzgado de lo Social nº 1 Málaga, concluido por sentencia 165/2018, de 17.5.2018; [REDACTED] procedimiento de despido 763/2017 del Juzgado de lo Social nº 4 Málaga, concluido por decreto 402/19, de 5.9.2019, aprobando el acuerdo alcanzado entre las partes; [REDACTED] procedimiento de despido 699/2017 del Juzgado de lo Social nº 12 Málaga, concluido por auto 159/18, de 21.12.18, aprobando el acuerdo alcanzado entre las partes; [REDACTED] procedimiento de despido 800/2017 del Juzgado de lo Social nº 2 Málaga, concluido por sentencia 123/2018, de 20.4.2018; [REDACTED] procedimiento de despido 713/2017 del Juzgado de lo Social nº 11 Málaga, concluido por sentencia 82/2018, de 27.2.2018. En todos ellos se ha



declarado la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Málaga y cada uno de los trabajadores demandantes.

Octavo.- Los trabajadores codemandados, a excepción de [REDACTED] mostraron su conformidad a la pretensión de la entidad demandante de declarar la naturaleza del vínculo laboral que les unía con la demandada. [REDACTED] formuló oposición al entender que el vínculo que le unían al Ayuntamiento era de naturaleza mercantil y no laboral. El Ayuntamiento solo formuló oposición con relación a la pretensión de declarar que existía relación laboral con los trabajadores [REDACTED] y [REDACTED].

**QUINTO:** El 20 de octubre de 2022 [REDACTED] anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que no fue impugnado de contrario, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

**SEXTO:** El 24 de febrero de 2023 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 5 de julio de 2023.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** En la demanda se suplicaba la declaración de la existencia de relación laboral entre el primero y el resto de los demandados, condenando a todos ellos a estar y pasar por esa declaración. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado la demanda. En el recurso [REDACTED] solicita que la declaración de la existencia de relación laboral con el Ayuntamiento demandado se extienda desde el 1 de enero de 2011 hasta el 27 de noviembre de 2019, condenando a las partes a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias legales inherentes a la misma.

**SEGUNDO:** Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, [REDACTED] solicita la adición del siguiente nuevo hecho probado: [REDACTED] comenzó a prestar servicios para el Ayuntamiento de Málaga el 1 de enero de 2011 hasta el 27 de noviembre de 2019, según listado de facturación emitido por el propio Ayuntamiento, que obra a los folios 683 de los autos y que damos por reproducido. En el citado listado se hace constar como última factura emitida la de fecha 27 de noviembre de 2019, por importe de 568 euros, consistente en estudio y asesoramiento de niveles competenciales de los empleados municipales desde el 1 al 27 de noviembre de 2019. El [REDACTED] ha percibido durante su relación laboral -desde el 1 de enero de 2011 hasta el 27 de noviembre de 2019-, del Ayuntamiento de Málaga, según declaración anual de operaciones con terceros, obrante a los folios 665 a 682, que damos por reproducida, los siguientes importes: 2011, 19.850,00 €; 2012, 17.600,01 €; 2013, 17.010,00 €; 2014, 30.820,01 €; 2015, 32.674,49 €; 2016, 37.389,00 €; 2017, 25.194,50 €; 2018, 20.570,00 €; y 2019, 17.908,00 €>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 414, 415, 582 a 662 y 665 a 683 de las actuaciones.



La adición propuesta de un nuevo hecho probado debe ser desestimada ya que el informe de vida laboral del recurrente de 27 de septiembre de 2022 (folios 414 y 415) no acredita su contenido; que en las actuaciones no hay dato alguno del que pueda deducirse que Adgema Consultores y Analistas S.L. sea el propio recurrente, con lo que no puede entenderse que las facturas emitidas por esa sociedad al Ayuntamiento demandado correspondan a servicios prestados personalmente por dicho recurrente (folios 585 a 588 y 608 a 662); que en la declaración anual de operaciones con Adgema Consultores y Analistas S.L. del Centro Municipal de Formación de Málaga de los ejercicios 2011 (folios 665 y 666), 2012 (folios 667 y 668), 2013 (folios 669 y 670), 2014 (folios 671 y 672), 2015 (folios 673 y 674), 2016 (folios 675 y 676), 2017 (folios 677 y 678), 2018 (folios 679 y 680) y 2019 (folios 681 y 682) no figura dicho recurrente, y que el listado del Ayuntamiento de Málaga relativo a la facturación del recurrente (folio 683) no acredita de manera exacta la naturaleza de los servicios prestados por el recurrente al Ayuntamiento de Málaga..

**TERCERO:** Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los apartados 2 a 5 del artículo 35 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, así como del artículo 37.5 del Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 84/1996, ya que su relación laboral con el Ayuntamiento codemandado no finalizó en el mes de junio de 2017 sino el 27 de noviembre de 2019, con lo que declaración de relación laboral debe comprender el período 1 de enero de 2011 a 27 de noviembre de 2019.

En el suplico de la demanda la Tesorería General de la Seguridad Social solicitó el dictado de una sentencia que reconociese la existencia de relación laboral entre Ayuntamiento de Málaga y el resto de demandados. En el acto del juicio la representación procesal del recurrente mostró conformidad con que su relación se calificase como laboral y no mercantil. La sentencia recurrida estimó la demanda, condenando a los demandados a estar y pasar por la declaración de la existencia de relación laboral. Y en el recurso de suplicación se solicita que se declare que la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Málaga y el recurrente debe extenderse desde 1 de enero de 2011 hasta el 27 de noviembre de 2019.

Ello debe dar lugar a la desestimación de plano del presente motivo de suplicación, debiendo la Sala reiterar lo ya razonado en su sentencia de 22 de marzo de 2017 [ROJ STSJ AND 2989/2017]: <Sobre las denominadas «cuestiones nuevas», la doctrina jurisprudencial ha señalado que éstas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación debido al carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo. Así mismo, tal doctrina ha establecido que



el concepto de cuestión nueva es de diseño jurisprudencial, y que se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas solo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir toda falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal. En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por estas en la instancia (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2001 [ROJ: STS 7216/2001 ], seguida por esta Sala en sentencias, entre otras muchas, de 21 de marzo del 2013 [ROJ: STSJ AND 6013/2013 ], 5 de marzo de 2015 [ROJ: STSJ AND 1183/2015 ], 18 de junio de 2015 [ROJ: STSJ AND 8935/2015 ] y 15 de julio de 2015 [ROJ: STSJ AND 8490/2015 ]). O como más recientemente ha precisado aquella Sala, el planteamiento de una cuestión en el trámite del recurso extraordinario que no fue suscitada en la instancia, hasta el punto de que ni fue debatida en el acto de juicio ni dio lugar a la consiguiente respuesta judicial, constituye una «cuestión nueva» de inadmisibile enjuiciamiento en este trámite, que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada, en el carácter extraordinario del recurso y de la necesaria garantía de defensa de las partes (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2016 [ROJ: STS 5786/2016])>.

Los anteriores razonamientos conducen a la desestimación del recurso de suplicación y a la confirmación de la sentencia recurrida.

### FALLO

I.- Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número once de Málaga, de 6 de octubre de 2022, dictada en el procedimiento 367-18.

II.- 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.

Líbrese 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.





*“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.”*

