



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

N.I.G.: 2906744S20170001231
Negociado: MA
Recurso: Recursos de Suplicación 1280/2017
Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº9 DE MALAGA
Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 90/2017
Recurrente: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Representante: S.J.AYUNT. MALAGA
Recurrido: MINISTERIO FISCAL, FUNDACION CIEDES y [REDACTED]
Representante: MARIA DEL MAR ENCISO GARCIA-OLIVEROS y RAQUEL ALARCON FANJUL

Sentencia Nº 1914/2017

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 quince de noviembre de dos mil diecisiete

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº9 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado MINISTERIO FISCAL, FUNDACION CIEDES y AYUNTAMIENTO DE MALAGA habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 8/5/2017. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: Desestimar las excepciones de caducidad de la acción de despido opuesta por el Ayuntamiento de Málaga e incompetencia de jurisdicción , falta de legitimación pasiva y falta de acción opuestas por la Fundación CIEDES y estimar en parte la demanda formulada por D. [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga y la Fundación CIEDES,



Código Seguro de verificación:Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==	PÁGINA	1/11



Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==



declarando la nulidad del despido el actor y condenando al Ayuntamiento de Málaga a la readmisión del actor en el mismo puesto y en las mismas condiciones como trabajador indefinido, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido 31-12-16 a la notificación de la sentencia a razón de [REDACTED] y condenando al Ayuntamiento de Málaga a abonar al actor la suma de 1000 € en concepto de indemnización por vulneración de derechos fundamentales y absolviendo a la Fundación CIEDES.

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

Primero : Que [REDACTED], mayor de edad, ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Málaga, desde el día 25-3-11, con funciones de apoyo [REDACTED] y percibiendo una retribución última de 20.993,50 € incluida prorata de pagas extraordinarias.

Segundo: Que el actor fue dado de baja en seguridad social por el Ayuntamiento de Málaga el 31-12-16.

Tercero: Que el actor no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, ni se encuentra afiliado a sindicato alguno. **Cuarto:** Que con fecha 28-7-16 se dictó sentencia por el juzgado de lo social nº 9 cuyo fallo fue el siguiente:

Que estimando la demanda formulada de oficio por la TGSS contra la empresa Ayuntamiento de Málaga, siendo parte [REDACTED]

[REDACTED]

Quinto : Que el 25-1-17 se dictó sentencia por el TSJA(MA) en la que se desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga y se confirma la sentencia del juzgado de lo social nº 9 de Málaga de 28-7-16.

Sexto: Que por la inspección de trabajo se extendió acta de liquidación de cuotas número [REDACTED] en base a visita girada por la inspección al [REDACTED] sitio donde se localiza el [REDACTED]

[REDACTED], los días 5-3-15 y 12-5-15. El 3-8-15 se extendió acta de infracción número [REDACTED] por la inspección de trabajo contra el Ayuntamiento de Málaga por infracción tipificada como muy grave.

Séptimo : Que los días 5-3-15 y 12-5-15 se giraron visitas de la inspección al [REDACTED] que es el sitio físico donde se localiza el [REDACTED] del Ayuntamiento de Málaga, acompañados durante la visita del director del [REDACTED], durante la visita al centro de trabajo se comprobó la prestación de servicios desde al menos el 1-3-11 de catorce trabajadores, los cuales están encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos



Código Seguro de verificación:Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==	PÁGINA	2/11



Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==



, en el [redacted] prestaban servicios dos funcionarios del Ayuntamiento y los 14 trabajadores respecto de los que se levanta el acta por la inspección de trabajo con distintas categorías y funciones . La distribución física era en un despacho del director , una recepción administrativa (en la que se encuentra [redacted] , un aula 1 en la que se localiza (la otra funcionaria del Ayuntamiento en el [redacted] , [redacted]) y un aula 2 en la que se localizan los trabajadores con funciones de apoyo ([redacted] , biblioteca (en la que tienen puestos de trabajo [redacted]

Octavo : Entre los trabajadores identificados por la inspección de trabajo estaba [redacted] con funciones de apoyo a programas internacionales se relaciona con otros trabajadores del [redacted] y del Ayuntamiento de Málaga y presta servicios de alta como autónomo desde el 25-3-11 .

Noveno : Que los trabajadores desarrollan sus funciones en el [redacted] , giranfacturas al Ayuntamiento de Málaga , constando también facturas con PROMALAGA en general correspondientes a periodos entre contratos administrativos y con la Fundación CIEDES en general correspondientes a trabajos realizados fuera de horario .

Décimo : Que las funciones desarrolladas son relativas a programas y proyectos Europeos.

Décimo Primero : Que la liquidación de cuotas que consta en el acta es de 1-3- 11 a 31-5-15, sobre la base de la cotización mensual en virtud de lo realmente percibido .

Décimo Segundo : Que consta en autos los estatutos de la Fundación CIEDES a los folios 42 a 61.

Décimo Tercero : El 10-2-15 la Fundación CIEDES firmó convenio de colaboración con el Ayuntamiento de Málaga en el desarrollo del proyecto Urbal- [redacted] , a los folios 62 a 72 .

Décimo Cuarto : El 14-1-16 por la Fundación CIEDES se inicio expediente de contratación menor para apoyo a la coordinación y desarrollo de la medida denominada sensores móviles de emisiones embarcados en autobuses en el marco del proyecto FP7 CIVITAS PLUS II 2 MOVE2 , folio 73.

Décimo Quinto : El 11-1-16 se comunicó por el Ayuntamiento de Málaga a la Fundación CIEDES , la necesidad de contratar el servicio de apoyo a la coordinación al desarrollo de la medida sensores móviles de emisiones embarcado en autobuses dentro del marco del proyecto FP7 CIVITAS PLUS II 2MOVE2, las tareas a desarrollar : Coordinación con la asistencia técnica para el seguimiento continuo del proyecto , velando porque los objetivos y resultados se cumplan , coordinación externa con el resto de los socios internacionales con actividad similar , presentación de los datos requeridos para las reuniones con expertos de la comisión europea , asistencia a reuniones y conferencias , folio 74.

Décimo Sexto : EL 15-1-16 por la Fundación CIEDES se remitió invitación para la contratación de asistencia técnica para el servicio de apoyo a la coordinación , al desarrollo de la medica sensores móviles de emisiones embarcados en autobuses , al actor y a otras dos personas, folios 75 a 80.

Décimo Séptimo : El 19-1-16 se decidió por el órgano de contratación la adjudicación de la asistencia técnica a [redacted] , folio 84.

Décimo Octavo : El 19-1-16 se firmó entre la Fundación CIEDES y D. [redacted] condiciones generales de contratación para la asistencia técnica en servicio de apoyo a la coordinacion y desarrollo de la medida denominada sensores móviles de emisiones embarcados en autobuses , expediente de contratación nº 1/16 en el marco del proyecto FP7 CIVITAS PLUS II 2 MOVE2.



Código Seguro de verificación:Ldv7HY+3J2gCW81KwM4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2gCW81KwM4Ixg==	PÁGINA	3/11





EL plazo de ejecución se establece hasta el 31-12-16 , precio de facturación [REDACTED] mas el 21 % de IVA, folios 91 a 93.

Décimo Noveno : El actor presento informe final del trabajo realizado durante el contrato de asistencia tenencia en servicio de apoyo a la coordinación y desarrollo de la medida denominada sensores móviles de emisión embarcados en los autobuses , expediente de contratación nº 1/16 en el marco del proyecto FP7 CIVITAS PLUS II 2 MOVE2 .

Vigésimo : El actor ha girado facturas a la Fundación CIEDES , aparece gasto aceptado , visto bueno del jefe de servicio de programas .

Vigésimo Primero : Al folio 121 consta la relación de personal de la Fundación CIEDES en 2016.

Vigésimo Segundo : EL actor ha estado de alta en seguridad Social en el Régimen General , por cuenta del Ayuntamiento de Málaga del 25-3-11 al 31-12-16, folio 358 .

Vigésimo Tercero : EL 27-3-17 se firmo por el Director General de Recursos Humanos , Calidad y Seguridad del Ayuntamiento de Málaga , oficio dirigido a la TGSS , señalando que por la Asesoría Jurídica se remite testimonio de la firmeza de la sentencia nº 305/2016 emitida por el juzgado de lo social nº 9 de Málaga y por ello a los efectos de dar cumplimiento a lo dictado en la misma , ruegan se proceda a tramitar las altas de oficio que ya fueron cursadas por la inspección de trabajo con fecha de efectos que ya consta en el expediente , asi como a tramitar las bajas en afiliación al Régimen General de la Seguridad Social de las personas que se relacionan , Jon Matthew Switters 31-12-16. Folio 213.

Vigésimo Cuarto : Resulta de aplicación el convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Málaga .

Vigésimo Quinto : El actor en 216 ha utilizado el correo electrónico [REDACTED] remitiendo y recibiendo correos relativos a programas europeos que obran a los folios 413 a 443.

Vigésimo Sexto : El actor ha participado en reunión Civitas , Brno , Republica Checa , 11 a 14 de abril 2016 y Gdynia Polonia 26 a 30 de septiembre de 2016, recogió el premio obtenido por el Ayuntamiento Civitas Ciudad del año , en septiembre de 2016.

Vigésimo Séptimo : Consta informe de la Asesoría Jurídica Gerencia Municipal de Urbanismo , Ayuntamiento de Málaga , sobre contrato de servicios para la gestión de fondos comunitarios para proyectos de desarrollo urbano y cooperación territorial , folios 469 a 475.

Vigésimo Octavo : La demanda es de fecha 26-1-17.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 23/6/2017 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El demandante ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Málaga en el [REDACTED] siendo que en el devenir de tal relación laboral, y en fecha 31/12/2016, la citada empleadora procedió unilateralmente a dar por extinguido su contrato de trabajo.

Impugnada la regularidad y acomodo legal de tal decisión, la sentencia recurrida estima la demanda por despido interpuesta, catalogando al mismo como nulo por mediar en tal decisión una vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador, alzándose frente a



Código Seguro de verificación:Ldv7HY+3J2qCW81KwM4Ixcg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KwM4Ixcg==	PÁGINA	4/11





la misma la Corporación local que, a través del recurso interpuesto, solicita que se revoque la sentencia dictada y se declare la caducidad de la acción por despido o, subsidiariamente, la improcedencia del despido acontecido, con los efectos legales derivados del mismo.

SEGUNDO. Y a tal efecto la parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia de instancia con la finalidad de que los ordinales segundo, vigesimosegundo y vigesimotercero queden redactado con el siguiente texto alternativo:

- "Segundo. *Que el actor fue dado de baja en seguridad social por el Ayuntamiento de Málaga el 09/08/2015.*
- *Vigesimosegundo: El actor ha estado de alta en seguridad social en el régimen general, por cuenta del Ayuntamiento de Málaga del 25/03/2011 al 09/08/2015.*
- *Vigesimotercero: No obstante mediante oficio de 4 de mayo de 2.017, suscrito también por el Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad del Ayuntamiento de Málaga, se procedió a corregir la fecha de baja en seguridad social de D. [REDACTED] que tuvo lugar el 09/08/2015".*

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

Los motivos deben fracasar pues la comunicación de errores en la baja en la Seguridad Social del demandante, con reflejo en los ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social, no determina la calificación jurídica de la relación laboral o la fecha de su extinción. Habrá que estar al contenido real y duración de dicha relación, con independencia de la denominación que pudieran haberle dado las partes o las comunicaciones dirigidas al Servicio Común por la empleadora.

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

En ello, en el primero invoca como vulnerado el artículo 103 de la propia Ley Adjetiva laboral porque considera que si la relación con el Ayuntamiento de Málaga finalizó el 9 de agosto de 2.015 por agotamiento del plazo máximo de duración previsto en el contrato ODC, la demanda la formalizó el actor el enero de 2.017, es decir, más allá del plazo de caducidad de la acción de 20 días hábiles.

Es cierto que el citado precepto, concordante con el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que para el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de los contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido, siendo los días hábiles y dicho plazo de caducidad a todos los efectos. Y también



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixxg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixxg==	PÁGINA	5/11



Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixxg==



que, sobre tal premisa, que si el trabajador finalizó su relación con el Ayuntamiento en agosto de 2.015, el ejercicio de su acción en enero de 2.017 había caducado. Ahora bien, no se olvide que ha quedado indiscutido lo razonado por la Magistrada en el fundamento de derecho tercero cuando razona que "... los codemandados no son titulares de una organización empresarial propia sino que prestan su trabajo en la realización de un servicio, la prestación de servicios se desarrolla en las dependencias del Ayuntamiento con los medios del mismo, ordenadores, teléfonos, además el Ayuntamiento asume los gastos de luz, agua, limpieza...

<La ajeneidad se manifiesta en que si bien existen facturas abonadas por PROMALAGA y CIEDES la prestación de los servicios siempre ha sido en las dependencias del [REDACTED] para el desarrollo de [REDACTED], siendo los frutos del trabajo para el Ayuntamiento, en el [REDACTED] se desarrollan programas y proyectos cofinanciados con fondos comunitarios, Feder y de cohesión básicamente, en un amplio espectro de temas, urbanísticos y de infraestructuras, sociales, ambientales de movilidad, o de participación ciudadana en coordinación con distintas áreas del Ayuntamiento de Málaga, estos proyectos han cofinanciado importantes actuaciones en la ciudad.

<En cuanto a la dependencia, se desarrolla una jornada de trabajo en el centro de trabajo de la empresa si bien en ocasiones es preciso dada la naturaleza de la actividad realizar viajes, realizan su trabajo bajo las ordenes de la empresa como muestra el acta y los correos electrónicos aportados por los codemandados, en el [REDACTED] prestan servicios los codemandados y dos funcionarios del Ayuntamiento (el director del [REDACTED] y otra funcionaria), quedando sometidos a las directrices de la empresa, habiéndose visto afectados por la reducción salarial de los empleados públicos, con una sujeción a horario y retribución mediante la presentación de facturas, no desvirtuando la laboralidad que en periodos estas facturas fueran abonadas por PROMALAGA o que existan facturas abonadas por CIEDES dado que al prestación de servicios queda constancia que ha sido en el [REDACTED] para los citados proyectos".

En definitiva, la relación del actor lo ha sido realmente para el Ayuntamiento de Málaga, bien inicialmente mediante colaboraciones directas, bien a través de la Fundación CIEDES pero, en cualquier caso, percibiendo los frutos de su trabajo la Corporación local. Por tal razón, manteniéndose viva la relación indefinida entre actor y Ayuntamiento demandado, la baja cursada por la Corporación local en la seguridad social debe considerarse como despido, lo que conduce al rechazo de la excepción de caducidad al no haber transcurrido más de veinte días desde dicha baja y el ejercicio de su acción.

CUARTO. En un segundo motivo amparado en el artículo 193 c) de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 182 de la LRJS, y 24 de la Constitución española [en adelante, CE], así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichos preceptos, argumentando esencialmente que la sentencia de instancia no concreta ninguno de los indicios contraviniendo dicha doctrina; y, aun la actuación inspectora llevada a cabo en marzo de 2015, aquélla siguió prestando servicios durante el año 2.016. Por otro lado, sostiene que la legislación en materia de contratación en el sector público justificaba aquella extinción, por lo que, a lo sumo, tal decisión cabría ser calificada como improcedente, pero nunca nula, como lo había hecho la sentencia de instancia. Finalmente,



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2gCW81KWm4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:38:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2gCW81KWm4Ixg==	PÁGINA	6/11





pone de manifiesto que un supuesto prácticamente igual a del actor ha sido resuelto en el sentido defendido por la corporación por la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Málaga, de 10 de mayo de 2017, en el que se calificó el despido como improcedente, rechazando la lesión de la garantía de indemnidad.

La parte recurrida impugna el motivo alegando que las argumentaciones llevadas a cabo por la recurrente eran novedosas, en tanto que no fueron ni alegadas ni siquiera mencionadas en el acto del juicio; y que la sentencia del Juzgado de lo Social citada no era firme.

Para dar respuesta a dicho motivo debe comenzarse señalando que el artículo 24.1 de la CE reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Y por lo que hace a la llamada garantía de indemnidad, la Sala de lo Social del Tribunal, resumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha expresado que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. 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. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes. En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 [ROJ: STS 3587/2014]).

Por otro lado, debe dejarse constancia del régimen probatorio específico previsto para los procesos de tutela, contenido en el artículo 181.2 de la LRJS –es el precepto aplicable por la remisión que hace el artículo 184 de dicha norma–, según el cual 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



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixc==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixc==	PÁGINA	7/11





razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, demostración que, como se ha razonado anteriormente, no se ha producido.

En interpretación aplicativa de dicho precepto (o del análogo art. 179.2 de la ahora derogada Ley de Procedimiento Laboral, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha venido declarando que la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Por esta razón, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria.

La ausencia de prueba –continúa expresando dicha Sala– trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental. En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 24 de julio de 2014 [ROJ: STS 3587/2014]; más recientemente, la de 26 de octubre de 2016 [ROJ: STS 4941/2016]).

Más concretamente, el Tribunal Constitucional, ocupándose de la finalidad de la prueba indiciaria y del doble plano probatorio en el que se articula, ha expresado que el indicio razonable de que se ha producido la lesión del derecho fundamental no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente tuvo lugar el ejercicio del derecho – como podría ser la participación en una huelga o el formular una reclamación judicial– sino que es preciso justificar –indiciariamente– la existencia de una relación de causalidad entre tal ejercicio y la decisión o acto calificado de lesivo del derecho. El que en un momento pasado se haya ejercitado un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplaza a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KWm4IXg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4IXg==	PÁGINA 8/11





inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (sentencias de 5 de octubre de 2015 [ROJ: STC 203/2015]).

QUINTO. En el presente supuesto, del inalterado relato de hechos probados, interesa destacar a los efectos del recurso, los siguientes extremos: 1) El actor ha prestando servicios para el Ayuntamiento de Málaga desde marzo de 2.011. 2) El 5 de marzo y 12 de mayo de 2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social visitó dicho observatorio, de cuya actuación derivó el levantamiento de actas de infracción y liquidación de cuotas contra el ayuntamiento, así como a cursar el alta de oficio en el Régimen General del personal que se encontraba prestando servicios en dicho observatorio, un total de catorce personas, incluido el actor. 3) El 30 de noviembre de 2015, y derivada de dichas actuaciones, se presentó demanda de oficio contra el ayuntamiento en solicitud de que se declarase la existencia de relación laboral respecto de dicho personal. 4) El 28 de julio de 2016, se dictó sentencia por la que se estimaba dicha demanda. 5) El 31/12/2016 el actor fue dado de baja en la Seguridad Social. 6) En enero de 2.017, se presentó la demanda que ha dado lugar al proceso en el que ha dictado la sentencia objeto de este recurso. 7) El 25 de enero de 2017 se dictó sentencia por esta Sala confirmando la anterior resolución.

La Magistrada de instancia, sobre la calificación del despido, tras resumir la posición de las partes en el proceso, citar el marco normativo, y repasar la doctrina tanto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como de esta Sala sobre la materia, razona lo siguiente:

- Que el actor ha mantenido relación laboral con el Ayuntamiento de Málaga declarada por sentencia de 28-7-16 que es firme, dicha relación laboral debe ser calificada como indefinida, no probada causa de temporalidad y siendo demandada administración pública conforme a reiterada jurisprudencia, habiendo mantenido el Ayuntamiento la relación laboral con hasta la fecha de su baja en la seguridad social, por lo que tal baja ha de ser calificada de despido.

- Que de los hechos probados se desprende la aportación de indicios de la vulneración de derechos fundamentales alegada, con el acta de la inspección de trabajo, procedimiento de oficio seguido y sentencia firme dictada, no continuando la prestación de servicios de ninguno de los 14 trabajadores que fueron parte en el procedimiento de oficio, continuándose con la realización de [REDACTED] entre ellos GO SUMP, ALTER EGO.

- Frente a los citados indicios aportados, no se acredita causa de la baja en seguridad social la cual constituye un despido por parte del Ayuntamiento de Málaga. Por tanto, no desvirtuados los indicios aportados y no probada la causa de la baja en seguridad social el despido debe ser declarado nulo por vulneración del derecho fundamental de garantía de indemnidad.

La Sala, sin embargo, ha de coincidir con la parte recurrente 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 el actor, pues la sentencia que recoge que el Ayuntamiento de Málaga se opuso a la demanda manifestando que la actora cesó 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].



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KwM4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KwM4Ixg==	PÁGINA	9/11



Ldv7HY+3J2qCW81KwM4Ixg==



Aquella fecha de la baja en la Seguridad Social coincide con la duración prorrogada del contrato administrativo suscrito por el actor y la fundación CIEDES y respecto del cual la Magistrada ha razonado sobre la condición de empleadora del Ayuntamiento de Málaga. Desde luego es cuestionable que esa extinción no fuese consecuente con la naturaleza implícita que derivaba del alta a la que se vio forzada por la actuación inspectora, pues tuvo que incorporar al actor en el Sistema de la Seguridad Social como trabajador 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 actor tuvo la consideración de parte en aquel proceso como trabajadora afectada, de acuerdo con los artículos 149.1 y 150.1.a) de la LRJS, no fue a iniciativa suya, pues las actuaciones inspectoras que están en el origen arrancaron con una visita, según se afirma en el hecho probado tercero, no por denuncia de aquélla. Y, por otro, porque tampoco la secuencia de los hechos permite establecer aquel enlace entre tales actuaciones y la extinción, por muy infundada que fuese ésta, ya que la demanda, con la que culminan las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se presenta en noviembre de 2015, y la extinción del contrato se produce en diciembre del año siguiente.

Por todo lo anterior, no se está ante una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su variante de garantía de indemnidad, por lo que la sentencia de instancia, al calificar nulo el despido, infringió el artículo 24.1 de la CE y, consecuentemente, los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LRJS, debiéndose declarar el despido como improcedente, de conformidad con la calificación aceptada por la recurrente, con los efectos inherentes a la misma, regulados conforme al salario también propugnado por dicha parte en este recurso.

En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, el recurso debe estimarse, con las consecuencias previstas en los artículos 201 y siguientes de la LRJS, que se precisarán en el fallo de esta sentencia.

FALLAMOS

I.- Se estima el recurso de suplicación interpuesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Málaga, de 8 de marzo 2017.

II.- Se declara improcedente el despido de [REDACTED]

III.- Se condena al Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga a que, a su opción, readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de [REDACTED] desde el 31 de



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/11





diciembre de 2016, hasta la notificación de esta sentencia; o al abono de una indemnización de 10.170,93 euros.

IV.- Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que se opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En el caso de optarse por la indemnización, se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha de aquel despido. Así mismo, en el caso de optarse por la readmisión, la trabajadora habrá de reintegrar la indemnización recibida, una vez firme la sentencia; y si se optase por la extinción, se compensará la indemnización reconocida.

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 cinco días siguientes a la notificación de este fallo.

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

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



Código Seguro de verificación: Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 23/11/2017 12:28:47	FECHA	23/11/2017	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 23/11/2017 12:36:30			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 23/11/2017 12:45:10			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==	PÁGINA	11/11



Ldv7HY+3J2qCW81KWm4Ixg==

