



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

N.I.G.: 2906744S20160010059
Negociado: UT
Recurso: Recursos de Suplicación 1594/2017
Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº3 DE MALAGA
Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 691/2016
Recurrente: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Representante: S.J.AYUNT. MALAGA
Recurrido: [redacted] y MINISTERIO FISCAL
Representante: RAQUEL ALARCON FANJUL

Sentencia número 1906/2017

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. ERNESTO UTRERA MARTÍN
ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

SENTENCIA

En la ciudad de Málaga, a quince de noviembre de dos mil diecisiete.

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 esta sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número tres de Málaga, de 26 de junio de 2017, en el que ha intervenido como parte recurrente EL EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y dirigido técnicamente por la letrada doña María Luisa Pernía Pallarés; y como parte recurrida, [redacted] por la letrada doña Raquel Alarcón Fanjul, así como el MINISTERIO FISCAL

Ha sido ponente Ernesto Utrera Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de septiembre de 2016, doña [redacted] presentó demanda contra el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga en la que suplicaba que se declarase el despido del que afirmaba había sido objeto, nulo por vulneración de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, improcedente, con los efectos inherentes a tal calificación.



Código Seguro de verificación: G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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.

Table with columns: FIRMADO POR, FECHA, ID. FIRMA, PÁGINA. Includes names ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN, RAUL PAEZ ESCAMEZ, FRANCISCO JAVIER VELA TORRES and date 24/11/2017.





SEGUNDO.- La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número tres de Málaga, en el que se incoó el proceso por despido correspondiente con el número 1594/2017, y en el que, una vez admitida a trámite por decreto de 19 de septiembre de 2016, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 15 de mayo de 2017.

TERCERO.- El 26 de junio 2017, se dictó sentencia, cuyo fallo era del tenor siguiente:

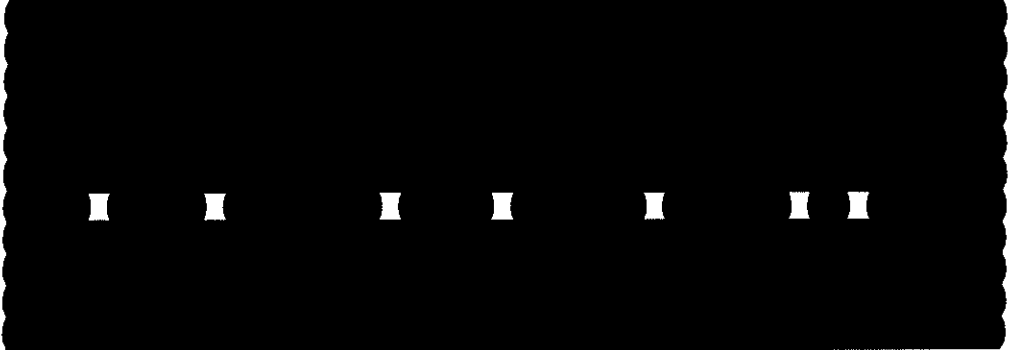
Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MALAGA y declaro NULO el despido de la actora producido el 21-7-2016, y condeno al Ayuntamiento demandado a la readmisión de la trabajadora actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido el 21-7-2016 a la notificación de la sentencia a razón de [REDACTED] así como a que indemnice a la trabajadora actora en la suma de 1.000 euros, en concepto de indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

CUARTO.- En dicha resolución se declararon probados los hechos siguientes:

Primero: [REDACTED] mayor de edad, ha prestado servicios para el Servicio de Programas Europeos del Ayuntamiento de Málaga, primero a través de la empresa BCM Gestión de Servicios SL, desde el día 27-1-2004 (doc 1 del ramo de prueba del Ayuntamiento y doc 6 del ramo de la actora) y percibiendo una retribución última de 5.396,60 euros (179,88 euros diarios) que corresponden al promedio mensual de la facturación realizada en los últimos doce meses, incluida prorata de pagas extraordinarias (doc 4 del ramo de prueba de la actora).

Segundo: 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]



(doc 1 del ramo de la parte actora)



Código Seguro de verificación: G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	2/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



Que el 25-1-17 se dicto sentencia por el TSJA (MA) en la que se desestima 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. (doc 2 del ramo de la parte actora)

Tercero: Que por la inspección de trabajo se extendió acta de liquidación de cuotas numero [REDACTED] en base a visita girada por la inspección al [REDACTED] sitio donde se localiza el servicio de Programas Europeos del Ayuntamiento de Málaga, silo en [REDACTED] los días 5-3-15 y 12-5-15. El 3-8-15 se extendió acta de infracción numero [REDACTED] por la inspección de trabajo contra el Ayuntamiento de Málaga por infracción tipificada como muy grave.

Que los días 5-3-15 y 12-5-15 se giraron visitas de la inspección al [REDACTED] e es el sitio fisico donde se localiza el Servicio de Programas Europeos Ayuntamiento de Málaga, acompañados durante la visita del director [REDACTED] durante la visita al centro de trabajo se comprobó la prestación servicios desde al menos el 1-3-11 de catorce trabajadores, los cuales están encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos, 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 n 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 a funcionaria del Ayuntamiento en el [REDACTED] y un aula 2 en la que se localizan los trabajadores con funciones de apoyo [REDACTED] biblioteca (en la que tienen puestos trabajo [REDACTED]).

Entre los trabajadores identificados por la inspección de trabajo estaba la actora Dª [REDACTED]. Se hace constar en el acta: "... con DNI [REDACTED] licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales. Se hace constar que " es la encargada de la Coordinación de todo el personal del [REDACTED]. Entre sus labores diarias en el [REDACTED] se encuentran la distribución de cometidos previamente marcados por la dirección, la supervisión de Programas Internacionales, y la dirección y coordinación de los trabajadores directamente a su cargo [REDACTED]. Para la gestión de los Programas internacionales la trabajadora manifiesta utilizar la aplicación informática Fondos 2007. La trabajadora manifiesta prestar servicios para el Ayuntamiento de Málaga desde el 1/1/2006. como "falsa autónoma" (obran en el expediente las facturas por los trabajos realizados y contratos administrativos). La trabajadora inicio su actividad en el [REDACTED] a través de la empresa BCM Gestión de Servicios. S.L en enero de 2004 como trabajadora por cuenta ajena."

Se hace constar en el acta que los trabajadores desarrollan sus funciones en el [REDACTED] giran facturas 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. Que las funciones desarrolladas son relativas a programas y proyectos Europeos.

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. (doc 3 del ramo de la actora)



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	3/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



Cuarto: 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 meza de la sentencia nº 305/2016 emitida por el juzgado de lo social nº 9 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 la Seguridad Social de las personas que se relacionan, [REDACTED] 21/07/2016. (folio 105 del ramo de prueba de la parte demandada.)

Quinto: Que la actora, que fue dada de alta en seguridad social por el Ayuntamiento de Málaga en fecha) 6-03-11, fue dada de baja en seguridad social por el Ayuntamiento de Málaga el 21-7-2016 (vida laboral aportada como doc 5 del ramo de la actora).

Sexto: El Ayuntamiento ha continuado con posterioridad con la realización de proyectos Europeos, entre ellos GO SUMP, ALTER EGO (documentos 7 a 10 del ramo de prueba de la parte actora).

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

Octavo: 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 (doc 11 del ramo de la actora)

Noveno: Que la actora no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, ni se encuentra afiliada a sindicato alguno.

Décimo: Se produjo acto de conciliación el 31 de agosto de 2016, habiéndose presentado la papeleta el 11 de agosto de 2016, con el resultado de intentado sin efecto. Con fecha 12 de agosto de 2016 se presentó reclamación previa (documentos 2 y 3 acompañados con la demanda)

La demanda se presentó en fecha 2 de septiembre de 2016.

QUINTO.- El 2 de julio de 2017, el demandado anunció recurso de suplicación contra dicha sentencia, y tras presentar el correspondiente escrito de interposición en el que solicitaba que se revocase dicha resolución y se desestimase la demanda en lo relativo a la calificación de nulidad, e impugnarse por la demandante, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO.- El 7 de agosto de 2017 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 15 de noviembre de ese año.



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	4/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como queda expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia estimó –parcialmente– la demanda de la trabajadora, calificó nulo el despido por vulneración de la garantía de indemnidad, y condenó al demandado a la readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir (calculados con arreglo al promedio de la facturación del año anterior) y de una indemnización de 1.000,00 euros en concepto de indemnización por aquella vulneración.

Contra dicha sentencia, el demandado interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revocase la misma en cuanto a la calificación de nulidad, declarando en todo caso la improcedencia del despido, y con los efectos indemnizatorios calculados con arreglo salario resultante de la aplicación del convenio, articulando para ello motivos de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, y solicitando que se admitiese como documento la sentencia de un Juzgado de lo Social relativa a otra trabajadora en similares circunstancias, recurso que ha sido impugnado por la demandante.

El examen de dicho recurso se abordará en los fundamentos siguiente, comenzando por dicha petición de admisión de documentos.

SEGUNDO.- Déjese constancia previamente que cabe abordar dicha cuestión en este momento del recurso, y no, tal como prevé el artículo 233.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS], en resolución separada, y previo a la sentencia, atendiendo para ello a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que autoriza esta solución por razones de economía procesal (sentencias de 25 de junio de 2014 [ROJ: STS 3825/2014] y 16 de noviembre de 2015 [ROJ: STS 5767/2015]).

El artículo 233 de la LRJS, bajo el epígrafe *Admisión de documentos nuevos*, establece en su apartado 1 lo siguiente:

La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos.

La interpretación aplicativa de la norma, ha llevado a la Sala de lo Social del Tribunal



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	5/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



Supremo a destacar como condicionantes para su admisión, por un lado, su carácter decisivo, que así exige la norma, pues ha de ser de tal naturaleza que por sí solo ponga en evidencia que el fallo de la sentencia impugnada se hubiera visto afectado por su presencia en el litigio; y, por otro, el momento de su emisión o comunicación, como determinante de su admisibilidad, ello por razones de preclusión (sentencia de 22 de diciembre de 2016 [ROJ: STS 5793/2016] y auto de 21 de febrero de 2017 [ROJ: ATS 1576/2017]).

En el presente supuesto, el documento cuya admisión interesa la recurrente no lo es con vistas a complementar su recurso mediante la articulación de nuevos motivos de suplicación, sino que trata un mero precedente judicial, de indudable valor jurídico y argumental, pero referido a personas distintas de los litigantes en el proceso de instancia. De ahí que no quepa su admisión como tal documento –al margen de la queja de la parte recurrida, que niega su firmeza–.

No obstante ello, su toma en consideración en este recurso pueda hacerse directamente con la simple invocación por la parte, sin necesidad de que se articule una petición formal amparada en el artículo 233.1 de la LRJS. Ello es así tanto por el propio conocimiento que ha de tener la Sala de sus resoluciones, por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la ley; como, significativamente, por su publicación por el Centro de Documentación Judicial (Cendoj), que es el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial, entre cuyas funciones se encuentra, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1.c) y 8 del *Reglamento 1/1997, del Centro de Documentación Judicial, aprobado por Acuerdo de 7 de mayo de 1997, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, la recopilación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y otras resoluciones judiciales a través de un servicio central de jurisprudencia, así como su difusión, en la forma que se determine, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias, así como de otras resoluciones judiciales cuya trascendencia e interés doctrinal así lo justifique (auto de 15 de enero de 2015 [REC: 1663/2014] y sentencia de 17 de septiembre de 2017 [REC: 1080/2017]).*

Es cierto que, en este caso, se trata de una sentencia del Juzgado de lo Social, para la que, en principio, no valdría su mera invocación al no disponerse, por lo general, de su publicación oficial. Sin embargo, esa resolución ha sido confirmada por esta Sala, por sentencia de 2 de noviembre de 2017 [REC: 1529/2017], lo que permite que sea tenida en cuenta en este supuesto.

Por tanto, sin perjuicio de su toma en consideración, el documento presentado ha de ser inadmitido.

TERCERO.- Entrando ya en el examen de los motivos articulador, la parte recurrente interesa en primer lugar, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, que se añada al hecho probado primero un nuevo párrafo, con arreglo a la siguiente propuesta de redacción:

«El salario que corresponde a la actora conforme a su categoría de Técnico Superior A1, incluida la prorrata de pagas extras, según el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Málaga (documento 7 de su ramo de prueba) es de [REDACTED]»



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	6/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



Y en un segundo motivo de suplicación, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción de la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 4135/2014], 23 de marzo de 2015 [ROJ: STS 2613/2015] y 8 de junio de 2015 [ROJ: STS 3014/2015], según las cuales el salario aplicable, en los supuestos en los que el contrato administrativo formalizado entre las partes haya sido declarado fraudulento, no ha de ir referido a la retribución percibida en virtud de dicha contratación, sino la que corresponda al convenio colectivo de aplicación. De esta manera, el salario regulador del despido debía quedar cifrado en la cantidad de [REDACTED] incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La parte recurrida rechaza impugna ambos motivos argumentando esencialmente que, respecto del de revisión fáctica, no se cumplían las exigencias jurisprudenciales para que la modificación prosperase; y, respecto del de orden sustantivo, porque, además de estar supeditado al de revisión, la retribución a tener en cuenta debía ser la efectivamente abonada en el último año, tal como había establecido la sentencia de instancia.

CUARTO.- Por lo que hace a la revisión de los hechos declarados probados, cabe decir primeramente –tal como se ha dicho en el precedente citado, en aquella sentencia de 2 de noviembre de 2017 [REC: 1529/2017]– que en supuestos en los que el salario regulador del despido –que ciertamente ha de figurar en los hechos probados de toda sentencia de despido, de acuerdo con el citado artículo 107 a) de la LRJS– es objeto de discusión entre las partes, su determinación en el relato judicial debe hacerse con referencia estricta a las percepciones realmente recibidas por el trabajador, en su sentido puramente histórico, pues la afirmación de que se trataría de un «salario debido» supone incluir inadecuadamente, en la premisa fáctica del silogismo judicial, un concepto jurídico predeterminante del fallo. Únicamente ha de consignarse en este apartado aquella realidad retributiva, para, posteriormente, aplicar la norma de cobertura que justifique el salario que propugne cada parte, lo que debe figurar en la parte argumental de la sentencia y, finalmente, como conclusión, en el fallo de la resolución, en el que se debe determinar el importe de ese salario regulador, en los casos en los que, por la calificación dada, nulidad o improcedencia, proceda la determinación de indemnizaciones como efectos característicos del despido no procedente.

Por otro lado, en cuanto al convenio colectivo, debe recordarse que la normativa aplicable al caso -entendida ésta en sentido amplio- no tiene cabida en los hechos probados. La doctrina judicial ha señalado que el contenido de una norma publicada en el Boletín Oficial del Estado está exento de prueba por ser dato conocido por el órgano judicial en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que la Sala puede razonar sobre él sin necesidad de incorporarlo al relato (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 [ROJ: STS 6182/2013]). Un convenio colectivo, en principio, no puede servir de soporte de una revisión fáctica, dada su naturaleza normativa (artículo 37.2 de la Constitución española [en adelante, CE], y artículo 82.2 del *Estatuto de los Trabajadores*, en su *Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo* [en adelante, ET]), sobre el que rige por tanto el principio *iura novit curia*, es decir, la obligación de los órganos judiciales de su conocimiento, no siendo sino una mera cortesía



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



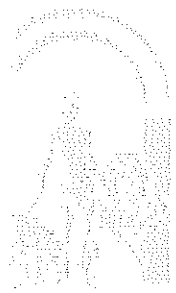
forense la de su frecuente aportación a los autos. En el relato de hechos probados solamente cabe aludir a aspectos fácticos, no al contenido de la normativa que se considere aplicable, cuestión esta propia de la parte de la sentencia dedicada a la fundamentación jurídica (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, de 30 de septiembre de 2010 [ROJ: STSJ CLM 3176/2010]). Por otro lado, por lo que hace a los convenios colectivos que no gozan de publicación nacional, también se ha señalado que la publicación en boletines autonómicos o provinciales de tales normas produce el mismo efecto, en aquellos supuestos en los que se haya proporcionado los datos suficientes para su identificación (sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2006 [ROJ: STSJ AND 1103/2006]). (sentencia de esta Sala, de 6 de octubre de 2016 [ROJ: STSJ AND 12357/2016]).

Aplicando los anteriores criterios al supuesto examinado, lo que pretende la parte recurrente es que se deje constancia en los hechos declarados probados de lo que no es sino la consecuencia jurídica de asignar, con arreglo al convenio colectivo de aplicación, la retribución correspondiente a una particular categoría profesional.

Por tanto, la modificación propuesta, al margen de lo que se razonara a continuación, ha de ser rechazada.

QUINTO.- Por lo que hace al motivo de orden sustantivo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en los pronunciamientos que cita la recurrente, ha analizado la cuestión relativa al *cálculo de la indemnización por despido improcedente en supuestos encauzados como extralaborales*. Y ha expresado que, al igual que es rechazable que se fije como salario de «integración en la plantilla» de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente, con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo –fraudulento– que había estado vigente antes de declararse la realidad del vínculo laboral, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma comprende algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [la retribución percibida en virtud de aquella irregular contratación administrativa]. Es incoherente –continúa señalando dicha Sala– mantener la nulidad del contrato administrativo a unos efectos (justificar la existencia de una relación laboral) y proclamar su validez a efectos retributivos (elevando las cuantías contempladas en el convenio colectivo). Y, además, se estaría ante una variante de espiguelo: no se acepta el carácter administrativo del contrato (por eso se reclama su laboralidad y se acciona por despido) pero sí aprovechar el importe de las facturaciones efectuadas al amparo de aquél vínculo. Por tanto, deben establecerse las mismas condiciones que las del resto de trabajadores de su categoría en la empresa, el salario con arreglo a las previsiones del Convenio. (sentencias de 24 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 4135/2014], 23 de marzo de 2015 [ROJ: STS 2613/2015] y 8 de junio de 2015 [ROJ: STS 3014/2015]).

SEXTO.- La sentencia de instancia razona, sobre esta concreta magnitud salarial, razona lo siguiente:



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	8/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



El salario debe ser el que se fija en el hecho probado primero, ya que consta que la actora venía percibiendo una retribución última de 5.396,60 euros e corresponden al promedio mensual de la facturación realizada en los últimos doce meses, incluida prorrata de pagas extraordinarias, conforme consta en el doc 4 del ramo de prueba de la actora, sin que por ello pueda considerarse como salario el que corresponde por Convenio al Técnico Superior A1, tal y como solicitó el Ayuntamiento y consta en el informe aportado por el ayuntamiento como doc 7 de su ramo de prueba [redacted] mes con prorrata de pagas extras) La antigüedad resulta de la vida laboral y la sentencia firme dictada en procedimiento de oficio de fecha 28-7-16 que produce efecto positivo de cosa juzgada en el presente procedimiento conforme al artículo 222.4 de la LEC, de la que resulta igualmente probada relación laboral, resultando que la actora ha estado de alta en el Régimen en general de la Seguridad Social por cuenta del Ayuntamiento de Málaga desde el 6-03-11 al 21-07-2016. [fundamento de derecho primero]

SÉPTIMO.- La Sala, sin embargo, ha de coincidir con la tesis de la parte recurrente, en la medida en que la integración de la trabajadora en la empresa, tras la regularización operada por la sentencia antecedente, debe hacerse con arreglo a las condiciones retributivas previstas en el convenio colectivo aplicable para su personal laboral, no con referencia a la retribución que se le abonase cuando formalmente estaba vinculada con un contrato de naturaleza administrativa.

Como quiera, por otro lado, que la cuantificación del salario que hace la recurrente, aquellos [redacted] que incluyen la parte proporcional de las pagas extraordinarias, no ha sido cuestionada concretamente por la parte recurrida, que defiende únicamente el valor regulador de la retribución anterior, el motivo de infracción ha de ser acogido pues la sentencia de instancia, al cifrar el salario a efectos del despido conforme a dichas percepciones anteriores, infringió la doctrina invocada.

OCTAVO. 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 en tanto exige que se esté ante «elevadas dosis de arbitrariedad y capricho», ante una ilegalidad «intensa y superlativa», que en modo alguno concurre en el supuesto examinado, en el que la corporación se limitó a dar por finalizado el contrato administrativo suscrito con [redacted] en la fecha prevista en el mismo; y, aun la actuación inspectora llevada a cabo en marzo de 2015, aquella siguió prestando servicios hasta el 21 de julio de 2016. 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, ponía de manifiesto que su supuesto prácticamente igual a de [redacted] había 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, y rechazando la lesión de la garantía de indemnidad.



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	9/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



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.

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



Código Seguro de verificación: G/t.SuI+RZeDvNy6TamiVew==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/t.SuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	10/15



G/t.SuI+RZeDvNy6TamiVew==



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 desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto,



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	11/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (sentencias de 5 de octubre de 2015 [ROJ: STC 203/2015]).

DÉCIMO.- En el presente supuesto, del inalterado relato de hechos probados, interesa destacar a los efectos del recurso, los siguientes extremos:

- 1) [REDACTED] ha prestando servicios para el Ayuntamiento de Málaga, como coordinadora del personal del [REDACTED] el 27 de enero de 2004.
- 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, incluida [REDACTED]
- 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 21 de julio de 2016, [REDACTED] fue dada de baja en la Seguridad Social.
- 5) El 28 de julio de 2016, se dictó sentencia por la que se estimaba dicha demanda.
- 6) El 2 de septiembre de 2016, 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.

UNDÉCIMO.- El magistrado 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:

En el supuesto de autos, en primer lugar debemos dejar constancia de que actora 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, debiendo mantener el Ayuntamiento la relación laboral con la actora hasta 21-07-2016, en que sin comunicación escrita alguna, dio de baja a la actora en el Régimen General de la Seguridad Social, por lo que tal Baja ha ser calificada de despido.

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



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	12/15





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 proyectos Europeos, entre ellos GO SUMP, ALTER EGO (documentos 7 a 10 del ramo de prueba de la parte actora).

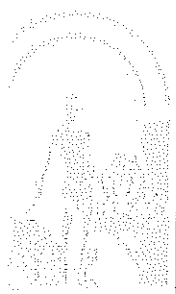
Frente a los citados indicios aportados, no se acredita causa de la baja en seguridad social de 21-07-2016 la cual constituye un despido por parte del Ayuntamiento de Málaga con el que la actora ha mantenido una relación de naturaleza laboral, por tanto no desvirtuados los indicios aportados y no probada la causa de la baja en seguridad social de la actora el 21-07-2016 por parte del Ayuntamiento de Málaga, la cual constituye un despido, el mismo debe ser declarado nulo por vulneración del derecho fundamental de garantía de indemnidad.

DUODÉCIMO.- 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 [REDACTED] 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 segundo].

Aquella fecha de la baja en la Seguridad Social el 21 de julio de 2016, coincide con la duración prorrogada del contrato administrativo suscrito por [REDACTED] y la corporación, a los que expresamente se remite el magistrado de instancia a la hora de conformar el hecho probado primero, en el que incluye los documentos 1 del ramo de prueba del demandado, y 6 del de la demandante: aquellos contratos administrativos, firmados el 21 de julio de 2010 (folios 59 siguientes y 269 y siguientes), en los que se pactó una duración de 48 meses, prorrogable otros 24 meses, según consta en la cláusula 3 del mismo y en el plazo de ejecución del pliego (folios 59 vuelto, 64 y 294).

Desde luego es cuestionable que la corporación extinguiese dicho contrato sin cursar comunicación alguna –tampoco parece que se formalizase la prórroga que se contiene–, limitándose a dar de baja a la trabajadora. Y, lo que es más relevante, 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 [REDACTED] en el Sistema de la Seguridad Social como empleada por su cuenta, además de hacerla figurar como tal desde el 6 de marzo de 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



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	13/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==



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 [REDACTED] 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, ya que 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 julio del año siguiente, incluso con anterioridad a que se declarase judicialmente la existencia de la relación laboral. Es más, la sentencia de instancia que primeramente reconoció la existencia de la relación laboral, posteriormente confirmada por esta Sala, se dictó con posterioridad a dicha extinción, a la baja en la Seguridad Social.

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.

DECIMOTERCERO. 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.

FALLO

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 26 de junio 2017.

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

III.- Se condena al Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga a que, a su opción, readmita a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de noventa y cuatro euros con treinta y seis céntimos [REDACTED] desde el 21 de julio de 2016, hasta la notificación de esta sentencia; o al abono de una indemnización de [REDACTED]



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	14/15





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 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.

V.- 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 esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Si la parte recurrente hubiera sido condenada en la sentencia, y tuviere el propósito de recurrir, deberá consignar la cantidad objeto de la condena, bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el [REDACTED] con el número [REDACTED] bien, mediante transferencia a la cuenta número [REDACTED] (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número [REDACTED] (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta [REDACTED]. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

Así mismo, habrá de consignar como depósito seiscientos euros (600,00 €).

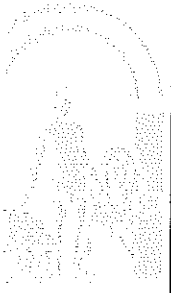
El cumplimiento de los anteriores requisitos de consignación, aseguramiento y constitución de depósito habrá de justificarse en el momento de la preparación del recurso.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social o del importe de la prestación, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por este Tribunal.

En el caso de que la parte recurrente fuese entidad gestora y hubiese sido condenada al abono de prestaciones que no sean de pago único o respecto a periodos ya agotados, deberá presentar certificación acreditativa de que comienza el abono de tal prestación y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen por razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Código Seguro de verificación:G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==. 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	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 23/11/2017 12:48:19	FECHA	24/11/2017	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 23/11/2017 20:22:13			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 24/11/2017 10:09:18			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==	PÁGINA	15/15



G/tSuI+RZeDvNy6TamiVew==

