



SENTENCIA N.º 208/2018

En Málaga, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, DÑA. LIDIA BERMÚDEZ MARTÍN, MAGISTRADA-JUEZ DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE ANDALUCÍA destinada como refuerzo a los Juzgados de lo Social de Málaga y su partido, los presentes autos n.º 728/2017 sobre DESPIDO Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una, como demandante, [REDACTED] asistida por la Letrada Dña. Raquel Alarcón Fanjul; y de otra, como demandada, AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, asistida por el Letrado D. Miguel Angel Ibáñez Molina, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de julio de 2017 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda en virtud de Decreto de 28 de julio de 2017 se señaló el 7 de febrero de 2018 para la celebración de los actos de conciliación y acto de juicio, que tuvo lugar, tras una suspensión previa, el 19 de junio de 2018. Llegada dicha fecha, comparecieron [REDACTED] y el Ayuntamiento de Málaga. En dicho acto, fracasada la conciliación, la parte actora ratificó la demanda, el Ayuntamiento de Málaga se opuso a la misma por los motivos que constan en la grabación y que se dan por reproducidos y [REDACTED] en su condición de demandado con socio de la sociedad civil no formuló alegaciones. Evacuado nuevamente traslado, la parte actora sostuvo lo alegado en demanda. Practicadas a continuación las pruebas propuestas y admitidas (documental y testifical), las partes mantuvieron en trámite de conclusiones sus posiciones iniciales, y el Ministerio Fiscal informó favorablemente sobre la lesión de la garantía de indemnidad, declarándose los autos conclusos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

I.- [REDACTED] ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Málaga, desde el 1 de julio de 2009, con la categoría profesional de



técnico superior, a jornada completa, debiendo percibir un salario diario de 95,3 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias.

II.- El actor, licenciado en Ingeniería Industrial, comenzó a prestar servicios para el Ayuntamiento de Málaga:

a) como trabajador autónomo (con alta en RETA) el 1 de julio de 2009 mediante la suscripción de contratos menores:

- ODC 2640/2009: despliegue del gestor automatizado del sistema de calidad en diversos departamentos municipales (folios 246-249 del ramo de prueba del ayuntamiento).

- ODC 286/2010: despliegue del gestor automatizado del sistema de calidad en diversos departamentos municipales (folios 243 a 245 del ramo de prueba del ayuntamiento).

- ODC 680/2010: despliegue del sistema de gestión de calidad en tráfico, polígonos industriales, fundación deportiva y servicios operativos (folios 238 a 242 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 1922/2011: despliegue del plan de simplificación administrativa en diversas áreas municipales, así como el seguimiento y control de las diversas auditorías de calidad a realizar en las áreas municipales, como consecuencia del mantenimiento anual de la certificación en ISO 90012008 de las que etas área son poseedoras, y ello por la implantación de la norma ISO en las diferentes área dentro del plan de calidad en el Ayuntamiento de Málaga (folios 232 a 237 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 127/2011: despliegue del sistema de gestión de calidad en las áreas municipales de tráfico, polígonos industriales, taxi y juventud (folios 224 a 231 del ramo de prueba del ayuntamiento).

b) Y a través de contratos menores adjudicados a Marín Ingenieros y Consultores S.C. (CIF J93202927), por el actor, como personal de dicha empresa:

-ODC 1664/2012: asesoramiento para el control del sistema de calidad en los departamentos de juventud, tráfico y taxi, así como el desarrollo del sistema de indicadores de gestión del año 2012, por un importe de 11.500 euros (folios 209 a 223 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 0114/2012: despliegue del sistema de gestión de calidad en las áreas de tráfico, polígonos industriales, taxi y juventud, por un importe de 1500,01 euros (folios 198 a 208 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 0091/2013: despliegue del sistema de gestión de calidad en las áreas de tráfico, polígonos industriales, taxi y juventud del año 2013, por un importe de 18700,01 euros (folios 172 a 185 y 186 a 187 del ramo de prueba del ayuntamiento).





-ODC 1691/2013: realización de auditorías internas y asesoramiento y seguimiento de auditoría externas en las áreas de juventud, tráfico, taxi y polígonos industriales del año 2013 por un importe de 11.000 euros (folios 188 a 197 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 0217/2014: despliegue Plan Calidad áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos (contrato menor puente) del año 2014, por un importe de 2800 euros (folios del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 0999/2014: despliegue Plan Calidad áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos (contrato menor puente) del año 2014, por un importe de 6800,01 euros (folios 161 y 162 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 1527/2014: despliegue Plan Calidad áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos (contrato menor puente) del año 2014, por un importe de 3400 euros (folios 163 a 167 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 1793/2014: despliegue Plan Calidad áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos (contrato menor puente) del año 2014, por un importe de 3400 euros (folios 168 a 171 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-ODC 2828/2013 (Exp. 13/14 lote 4): Servicios para el despliegue del Plan de Acción en calidad del Ayuntamiento de Málaga. Lote 4: Despliegue del PAC-MIDO en las áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos (Procedimiento Abierto con pluralidad de criterios de adjudicación) del año 2014, por un importe de 13552 euros (folios del ramo de prueba del ayuntamiento).

- ODC 3173/2014: prórroga del expediente 13/2014-lote4, del 16 de enero al 15 de mayo de 2015, por un importe de 13.552 euros (folios 96 a 158 del ramo de prueba del ayuntamiento).

-Expediente 2/2015-5: servicios para el despliegue del plan de acción en calidad en el ayuntamiento de Málaga Lote 4: áreas de Gobierno de Accesibilidad y Movilidad y de Derechos Sociales y asesoramiento especializado en formatos para la gestión de datos La duración del contrato, adjudicado a Martín Ingenieros y Consultores S.C. el 25 de mayo de 2015, era de once meses (no contemplándose la segunda quince de los meses de agosto y diciembre). El contrato se formalizó el 24 de junio de 2015, debiendo empezar la ejecución a los quince días siguientes de la firma de aquél. El contrato podía prorrogarse de forma expresa y por mutuo acuerdo de las partes con una antelación de tres meses a la fecha de finalización del contrato y el 11 de abril de 2016 el contrato se prorrogó por otro periodo de once meses, a contar desde el 24 de junio de 2016 (folios 5 a 29 , 31 a 35 y 49 a 95 del ramo de prueba del ayuntamiento y documento n.º 1 del ramo de prueba de la parte actor, cuyo contenido se da por reproducido.).





[REDACTED] también ha impartido en el Ayuntamiento de Málaga los siguientes cursos y talleres:

- Desarrollo de competencias y habilidades en el puesto de trabajo (2010).
- Programa de cooperación transfronteriza España-Fronteras exteriores (módulo 1.- gestión de infraestructuras) (2010).
- Talleres de simplificación de tareas y julos de trabajo en los servicios municipales (2011).
- Herramientas básicas de calidad (2011).
- Elaboración de contenidos para la impartición del curso e-learning sobre el sistema de gestión de datos (2013).

III.- [REDACTED] fue constituida el 6 de julio de 2012 por [REDACTED] socio trabajador con una participación del 95%, y [REDACTED] socia no trabajadora, con una participación del 5%.

IV.- El actor ha desarrollado funciones de asesoramiento como consultor en procesos de cambio, mejora organizativa y de calidad e innovación en las áreas municipales de Juventud, Movilidad, Taxi, Deportes, Polígonos Industriales, Distritos, Servicios Operativos y Playas, Parques y Jardines, Patronato Botánico, Teatro Cervantes, Agencia de la energía y Fundación Picasso para el despliegue del PAC-MIDO del Ayuntamiento de Málaga, en el que se desarrollaron actividades en materia de calidad, medioambiente, autoevaluación, responsabilidad social corporativa, cartas de servicios, carta de compromiso, despliegue en los servicios de la E-administración, oficina sin papeles, simplificación de tareas y procedimientos, sistema de indicadores de gestión y cuadro de mandos, evaluación de la satisfacción, desarrollo en los servicios del sistema de información y atención a la ciudadanía, apoyo técnico in situ en auditorías externas de calidad, colaboración al despliegue de la normativa sobre protección de datos personales en los servicios, gestión del conocimiento, mejora continua en el desarrollo de los servicios e innovación en sus actividades. Igualmente ha realizado auditorías internas en materia de calidad y ha desarrollado el sistema de indicadores de gestión (SIG) para la organización municipal.

V.- El 24 de mayo de 2017 el actor formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo, dando lugar al acta de infracción n.º I2920170001912128 (acta de liquidación y de infracción de cuotas) el 3 noviembre de 2017, en virtud de la cual se sancionó al Ayuntamiento de Málaga con 37500 euros por falta de alta y de cotización por el periodo 1 de junio de 2013 a 30 de junio de 2017 de ocho trabajadores, entre los que se encuentra el actor. A raíz de lo anterior se practicó el alta de oficio de la actora en el Ayuntamiento de Málaga con fecha 1 de junio de 2013, con contrato indefinido a tiempo completo, grupo de cotización 01 y baja con fecha real 30 de junio de 2017. La denuncia y el acta de infracción obran como documentos n.º 4 a 6 del ramo de prueba de la parte actora y su contenido se da por reproducido.

VI.- El 24 de junio de 2017 finalizó el último contrato mercantil suscrito entre Marín Ingenieros y Consultores S.C. y el Ayuntamiento de Málaga.





VII.- El 5 de junio de 2017 el Servicio de Calidad del Ayuntamiento de Málaga remitió correo electrónico a [REDACTED] pliego de condiciones generales de la ODC 1633/2017. El 9 de junio de 2017 esta sociedad firmó oferta y declaración responsable datada. El 4 de agosto de 2017 el Jefe de Servicio de Calidad y Modernización del área de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Málaga, desistió de la contratación OCD 1633/2017 “Asesoramiento para el despliegue del PAC-MIDO en el Área de Gobierno de Derechos Sociales, Buen Gobierno y Transparencia, Delegación Deporte, Educación Juvenil y ocupación del tiempo Libre y Delegación de Accesibilidad y Movilidad” por motivos de interés público, toda vez que, por retraso en el procedimiento de contratación, sería imposible desarrollar las citadas actuaciones en el corto espacio de tiempo en que quedarían relegados en su desarrollo en el resto del presente año”.

VIII.- [REDACTED] prestaba servicios en las oficinas del Ayuntamiento sitas en calle Palestina n.º 7 (Málaga) -edificio del Servicio de Calidad del Ayuntamiento de Málaga-. El actor tiene acceso al edificio por las entradas habilitadas para funcionarios municipales.

IX.- El Ayuntamiento de Málaga ha proporcionado al actor medios materiales para el desempeño de sus funciones consistentes en ordenador (al que accede con una clave), teléfono corporativo, impresora. El actor tenía una dirección de correo electrónico corporativo del Ayuntamiento, en la que se identifica por un número, y disponía de acceso a la intranet del Ayuntamiento y a las aplicaciones informáticas del mismo.

X.- El actor trabajaba de 8:00 a 15:00 horas aproximadamente, sin control horario, quedando afectado por la reducción de horaria en navidad y verano y disfrutaba de treinta días de vacaciones al año, que debían comunicarse con anterioridad al jefe de servicio.

XI.- El actor cobraba la prestación de servicios mediante facturas con IVA.

XII.- El actor ha estado dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos desde el 1 de junio de 2004.

XIII.- El actor desarrollaba sus funciones en Servicio de Calidad y Modernización del Ayuntamiento de Málaga, bajo la supervisión y dirección del Jefe de Servicio [REDACTED] siendo jefes de sección [REDACTED]

XIV.- [REDACTED] no ostentaba en junio de 2017 ni el año anterior cargo sindical alguno ni de representación de los trabajadores.

XV.- El 21 de julio de 2017, a las 14:07 horas, se interpuso demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados se obtienen de la valoración conjunta de la prueba practicada documenta y testifical.





SEGUNDO.- Centrando el debate, son cuestiones controvertidas, la existencia de relación laboral entre las partes y, en caso afirmativo, la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad y la calificación de la finalización del contrato operada el 24 de junio de 207.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de octubre de 2015 declara que "El Tribunal Supremo en sentencia de 15 de julio de 2013 recoge que "...En efecto, es bien sabido que, desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y que solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que -cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba- pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa que se reseñan en la propia sentencia recurrida: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios, etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que "la ley regulará un estatuto de los trabajadores", de la misma forma que el artículo 103.3 dice que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos". Es decir, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria -y la que más lo hace es el Estatuto del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 8 a 12), si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que, como decíamos, siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora".

Y, tras analizar la doctrina de la Sala Cuarta, que ha sido constante en su confrontación con las sucesivas leyes autorizadoras de la contratación administrativa de servicios (desde la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984 , pasando por la ley 13/ 1995 reformada por la Ley 53/1999, hasta llegar al Real Decreto Legislativo 2/2000, que era el aplicable al caso, y también al nuestro), añade: "Pues bien, el contrato celebrado por la recurrente el 1/10/2007 lo fue al amparo del recién citado Real Decreto Legislativo 2/2000, en relación con el cual esta Sala del TS ha mantenido la validez de su doctrina inveterada: "la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a ... un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma". Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. etc. Algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante. Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la





Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de ésta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración. Ese es el caso de la sentencia recurrida y, como decimos, para supuestos semejantes el legislador no ha autorizado el contrato de consultoría y asistencia, según la doctrina de esta Sala (STS 30/4/2007, RCU 1804/2006 ; y STS 25/10/2007, RCU 3377/2006)".

Dada la controversia que nos ocupa, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 26 de Noviembre de 2012 que, resumiendo la jurisprudencia existente en la materia, expone que “ (...) Asimismo hemos afirmado que aunque el art. 1.1 ET «no contiene una definición del contrato de trabajo, sí establece las notas generales características que ha de reunir para poder ser acreedor de tal denominación y distanciarse de otras instituciones o figuras jurídicas próximas» (...) En resumen, para determinar la existencia de un contrato de trabajo lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990); no siendo suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1985 y 4 de febrero de 1990).

Aplicando la jurisprudencia anterior al supuesto de autos, la valoración conjunta de la prueba practicada, especialmente, el acta de infracción, cuya presunción “iuris tantum” no ha sido desvirtuada, fundamentalmente en lo apreciado personalmente por el inspector, verifica la presencia de las notas características de toda relación laboral.

Dependencia. El actor desempeñaba personalmente su trabajo en las instalaciones de la entidad demandada, con medios materiales proporcionados ésta, careciendo el actor de un establecimiento propio, distinto de su domicilio particular, para el desarrollo de los cometidos propios de su profesión así como de herramientas o instrumentos propios. El actor hacía una jornada diaria, generalmente de 8:00 a 15:00 horas aproximadamente, disfrutaba de la reducción de jornada de los funcionarios, disponía de treinta días de vacaciones al año, que debía comunicarse con anterioridad al jefe de servicio y desempeñaba sus funciones bajo la supervisión y dirección de superiores jerárquicos (jefes de servicio y de sección).

Estos datos revelan que el actor carecía de organización empresarial y se encontraba dentro de la esfera rectora y organicista del ayuntamiento contratante





Ajenidad. La naturaleza eminentemente personal de los servicios prestados por el actor refleja su falta de disponibilidad sobre el fruto de su trabajo en beneficio del ayuntamiento. El actor no asumía los riesgos de su trabajo y recibía una remuneración periódicamente, aproximadamente con carácter mensual. El hecho de que la adjudicación del contrato se realizara a una sociedad no desvirtúa lo anterior, porque el trabajo se realizaba materialmente por una persona física, el actor, que era socio trabajador, y consta en el acta de la Inspección de Trabajo que el Ayuntamiento impuso la necesidad de constitución de las sociedades civiles para que pudieran seguir prestando sus servicios con la corporación local.

La facturación de los servicios o el alta en el RETA son meras formalidades que no contradicen lo expuesto.

Los razonamientos expuestos conducen a declarar probado que la vinculación que ha unido al actor con la corporación local desde el 1 de julio de 2009 reviste naturaleza laboral, por lo que ha de ser desestimada la excepción del falta de legitimación pasiva.

Sentado lo anterior, la antigüedad, jornada y categoría profesional quedan verificados por la testifical practicada y documental proporcionada. Ha de señalarse que la antigüedad viene determinada por la sucesiva concatenación de las contrataciones.

En cuanto al salario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 10 de enero de 2018, establece que "(...)Y lo cierto es que tal censura jurídica habrá de ser compartida por la Sala, cuando a la vista de la jurisprudencia vigente en la materia la determinación del salario regulador en un caso como el de autos, así de prestación de servicios amparada en un contrato administrativo ulteriormente catalogado de fraudulento, con correlativa declaración del carácter laboral de la relación, habrá de llevarse a cabo con arreglo al importe del salario previsto en el Convenio colectivo de aplicación para un trabajador de su misma categoría en la empresa y que se encuentre en idéntica situación que la aquí demandante. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 23.03.2015 es tajante al tiempo de dictaminar que "...si ya sería rechazable que se fijase 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 comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [la retribución percibida en virtud de aquella irregular contratación administrativa]aludiendo acto seguido a "...lo incoherente que sería mantener la nulidad del contrato administrativo a unos efectos (en nuestro caso: justificar la existencia de una relación laboral) y proclamar su validez a efectos retributivos (elevando las cuantías contempladas en el convenio colectivo).", por cuanto en tal caso "se estaría ante una variante de espiguo: 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."

Dichos razonamientos, por sus propios fundamentos han de ser aplicados al supuesto de autos, debiéndose atribuir al actor la categoría A1, nivel 22, al ostentar el título de





licenciado en Ingeniería Industrial, de conformidad con el anexo II del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga. Respecto de la cuantía, el artículo 22 del convenio colectivo se remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, estableciendo la tabla de retribuciones anual 2017 del personal funcionario y laboral y del Ayuntamiento de Málaga, publicada en la página web del Ayuntamiento de Málaga, un salario anual para técnico superior (A1, 22) de 34786,08 (incluida parte proporcional de pagas extraordinarias y complementos), resultando un salario diario de 95,3 euros.

TERCERO.- Solicita la parte actora la declaración de la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad esgrimiendo que el cese de la relación laboral obedeció a la denuncia presentada por el actor ante la Inspección de Trabajo.

La Corporación Local se opone a lo anterior argumentando que desconocían que el actor había interpuesto denuncia alguna, pues la Inspección de Trabajo no le proporcionó la identidad del denunciante, sólo le comentó que habían sido los sindicatos, que el contrato con el actor se mantuvo hasta que finalizó conforme a lo pactado y por problemas administrativos se dilataron los trámites iniciales por lo que se adoptó desistir de la nueva contratación, puesto que debía realizarse en cuatro meses una contratación a la que le correspondían seis meses.

El Ministerio Fiscal se mostró favorable acerca de la existencia de la vulneración invocada atendiendo a la proximidad temporal entre la denuncia ante la Inspección y el cese del contrato y porque no consta que el cese obedeciera a otra razón.

La vulneración alegada implica traer a colación el artículo 181.2 LRJS, incumbiendo al trabajador aportar un indicio razonable de que la actuación empresarial lesiona su derecho fundamental, verificado lo cual, se produce una inversión de la carga de la prueba correspondiendo al demandado proporcionar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido. Verificado lo anterior y sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada, doctrina constitucional (SSTS de 14 de Abril de 2011, 22 de Diciembre y 28 de Enero de 2009, entre otras).

El quebrantamiento de la garantía de indemnidad exige una acción previa del trabajador y una represalia por parte del empresario. La garantía de indemnidad es explicada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Octubre de 2008 en los siguientes términos "Invocada por la demandante de amparo la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la denominada "garantía de indemnidad". Como hemos reiterado en numerosas





ocasiones, 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 igualmente 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. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2 ; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 ; y 144/2005, de 6 de junio, FJ 3).” La determinación acerca de si se ha infringido la garantía de indemnidad requiere una conducta previa del trabajador y después una represalia empresarial.

La valoración de la prueba practicada impide apreciar la existencia de indicios sólidos de la vulneración pretendida, pese a que el actor interpuso la denuncia ante la Inspección de Trabajo el 24 de mayo de 2017, por varias razones:

a) el actor en su denuncia ya hizo constar que tenía conocimiento de la proximidad de la finalización del contrato que mantenía con el ayuntamiento. Así, expresa “A partir del 20 de junio se acaba nuestro actual contrato y nos vamos a quedar en la calle por lo que si una inspección no viene con antelación a esa fecha va a ser más difícil justificar lo que les hemos expuesto (...)”

b) La Inspección de Trabajo giró visita al Edificio del Servicio de Calidad del Ayuntamiento de Málaga el 6 de junio de 2017, no habiendo quedado acreditado que la Inspección comunicara a los trabajadores del Ayuntamiento con los que mantuvo contacto que la denuncia la había interpuesto el actor. En este sentido, los tres testigos que declararon en el acto de juicio manifestaron que, a preguntas del Sr. Serrano Cano al inspector, éste le respondió que la denuncia se había interpuesto por los sindicatos.

c) El acta de infracción proponiendo una sanción al Ayuntamiento por falta de alta y cotización es de fecha 3 de noviembre de 2017.

d) El contrato relativo expediente administrativo 2/2015 finalizó, expirada su última prórroga, el 24 de junio de 2017.

e) El Ayuntamiento de Málaga finalizados contratos con otras sociedades civiles, integradas por otros trabajadores, en situación similar a la del actor, como consta en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, procedió de igual forma.

Estos datos determinan que la finalización del contrato con la sociedad civil, prevista y conocida por el actor, operó tal y como estaba pactado, no estando motivada por la presentación de la denuncia ante la Inspección de Trabajo pues el contrato iba a concluir hubiera o no el actor presentado la denuncia.





El hecho de que el Ayuntamiento de Málaga enviara a Marín Ingenieros y Consultores S.C. pliego de condiciones generales de la ODC 1633/2017 no contradice lo anterior, pues debía procederse a la previa adjudicación del contrato previo cumplimiento de las formalidades y plazos legalmente establecidos, por lo que no puede aventurarse que dicho contrato iba a ser adjudicado a Marín Ingenieros y Consultores S.C. Finalmente, y como indica la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga de 17 de mayo de 2018, la paralización de nuevas contrataciones por parte del Ayuntamiento de Málaga era adecuada y prudente tras la intervención de la Inspección de Trabajo poniendo en duda la legalidad de su proceder

CUARTO.- Descartada la calificación del despido como nulo, la finalización de la relación laboral constituye un despido improcedente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.4 ET y 108.1 LRJS al no cumplir las formalidades previstas en el artículo 55.1 ET, extensible a todo tipo de extinciones que hayan de ser razonadas según la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, siendo la relación entre las partes, indefinida no fija.

Los razonamientos expuestos en los párrafos precedentes determinan que de las consecuencias del despido haya de responder, en su condición de empleadora, el Ayuntamiento de Málaga, procediendo la absolución de los restantes codemandados.

QUINTO.- Los efectos de la calificación del despido como improcedente, que se concretarán en el fallo, se contienen en los artículos 53.5 y 56.1 ET en relación con los artículos 123 y 110.1 LRJS, en la redacción dada por los artículos 18 siete, y 23 uno del Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral [en adelante, LRML] –vista la fecha en la que aconteció del despido–: bien, la condena a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia; bien, el abono de una indemnización que, al haberse formalizado el contrato del trabajador con anterioridad a la entrada en vigor de dicho LRML, se calculará, conforme a lo previsto en la Disposición transitoria quinta de esa norma, a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, sin que el importe indemnizatorio resultante no pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de dicha norma resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

No procede la aplicación del derecho de opción al trabajador previsto en el artículo 88 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga, en el capítulo XI titulado “Régimen disciplinario” al no hallarnos ante un despido disciplinario. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 10 de enero de 2018, declarando “En cuanto a los efectos que han de derivarse de la declaración de improcedencia del despido enjuiciado, y particularmente por lo que atañe a la opción derivada de la misma contemplada en el art. 56 del ET, la misma habrá de corresponder a la entidad empleadora demandada, al carecer la demandante de la condición de personal laboral fijo indicada en el art. 88 del Convenio Colectivo de aplicación”.



Tampoco puede ser acogido el derecho de opción del actor al amparo de las conclusiones del abogado general aportadas como documento n.º 13 de su ramo de prueba, no ostentando el informe presentado posición jerárquica normativa superior a un convenio colectivo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que DESESTIMANDO la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ayuntamiento de Málaga y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga, [REDACTED] SE ACUERDA:

1.- Declarar improcedente la decisión extintiva.

2.- Condenar a el 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 noventa y cinco euros con treinta céntimos de euro diarios (95,3 €) desde el 1 de julio de 2009 hasta la notificación de esta Sentencia a esta entidad demandada; o al abono de una indemnización de veintiocho mil cuatrocientos setenta euros con ochenta y ocho céntimos de euro (28470,88 €.)

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En caso de optarse por la indemnización, se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha del despido.

3.- Absolver al Ayuntamiento de Málaga de las restantes pretensiones ejercitadas en demanda.

4.- Absolver a [REDACTED] de las pretensiones ejercitadas en demanda.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias del Juzgado dejando testimonio en autos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 190 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así, por esta Sentencia lo pronuncia, manda y firma Dña. Lidia Bermúdez Martín, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial de Andalucía destinada como refuerzo a los Juzgados de lo Social de Málaga y su partido.

***PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada- Juez que la ha dictado constituida en audiencia pública, en el día de la fecha. Doy fe.*



