



N.I.G.: 2906744S20170000335

Negociado: MA

Recurso: Recursos de Suplicación 2256/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº3 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 21/2017

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Recurrido: [REDACTED] y MINISTERIO FISCAL

Representante: RAQUEL ALARCON FANJUL

**Sentencia Nº 397/2018**

**ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE  
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,  
ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de MÁLAGA a siete de marzo de dos mil dieciocho

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº3 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MALAGA, [REDACTED] y MINISTERIO FISCAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 25/9/2017. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por [REDACTED] y [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MALAGA y declaro NULOS los despidos de los referidos actores producido el 28-12-2016, y condeno al Ayuntamiento demandado a la readmisión de los trabajadores actores en las



Código Seguro de verificación: XX6ZSIH1rEq7ayDRE97FOw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:08:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEq7ayDRE97FOw==	PÁGINA	1/10







(docs 9 y 10 del ramo de la parte actora)

Tercero: En tal sentencia se hace constar como hechos probados que por la inspección de trabajo se extendió acta de liquidación de cuotas numero 292015008050281, en base a visita girada por la inspección al [redacted] sitio donde se localiza [redacted] del Ayuntamiento de Málaga, sito en [redacted] de la [redacted] Málaga, los días 5-3-15 y 12-5-15. El 3-8-15 se extendió acta de infracción numero 1292015000166912 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] que es el sitio físico donde se localiza el [redacted] del Ayuntamiento de Málaga, acompañados durante la visita del director del [redacted], durante la visita al centro de trabajo se comprobó la prestación de servicios desde al menos el 1-3-11 de catorce trabajadores, los cuales están encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos, en el [redacted] prestaban servicios dos funcionarios del Ayuntamiento y los 14 trabajadores respecto de los que se levanta el acta por la inspección de trabajo con distintas categorías y funciones. La distribución física era en un despacho del director, una recepción administrativa (en la que se encuentra [redacted]), un aula 1 en la que se localiza (la otra funcionaría del Ayuntamiento en el [redacted]) y un aula 2 en la que se localizan los trabajadores con funciones de apoyo ([redacted], [redacted] (en la que tienen puestos de trabajo [redacted])).

Entre los trabajadores identificados por la inspección de trabajo estaba la actora [redacted] que realizaba funciones administrativas funciones básicas con programas habituales de ofimática además desarrolla funciones lleva agenda del director apoyo a la gestión de certificaciones [redacted] y facturas a proveedores presta sus servicios desde el 29-8-07 y también se encontraba el actor [redacted] ingeniero en informática funciones de apoyo a programas internacionales en colaboración con otros trabajadores [redacted] desarrolla funciones básicas con programas habituales de ofimática trabaja habitualmente en [redacted] recabando datos y analizando el sistema de información geográfica, esta en contacto con otras áreas del Ayuntamiento desde el 1-2-08 presta servicios primero con contrato por cuenta ajena para [redacted] posteriormente de alta como autónomos emitiéndose facturas por [redacted] y el Ayuntamiento de Málaga Se hace constar en el acta que los trabajadores desarrollan sus funciones en [redacted], giran facturas al Ayuntamiento de Málaga, constando también facturas con [redacted] en general correspondientes a periodos entre contratos administrativos y con la Fundación [redacted] en general correspondientes a trabajos realizados fuera de horario. Que las funciones desarrolladas son relativas a programas y [redacted]. 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 8 del ramo de la parte actora)

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 firmeza de la sentencia nº 305/2016 emitida por el juzgado de lo social nº 9 de Málaga y por ello a los efectos de dar cumplimiento a lo dictado en la misma, ruegan se proceda a tramitar las altas de oficio que ya fueron cursadas por la inspección de trabajo con fecha de efectos que ya consta en el expediente, así como a tramitar las bajas en afiliación al Régimen General de la Seguridad Social de las personas que se relacionan, entre ellas la actora [redacted] y el actor [redacted].



Código Seguro de verificación: XX6ZSIH1rEg7ayDRE97POw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97POw==	PÁGINA	3/10



XX6ZSIH1rEg7ayDRE97POw==



siendo la fecha de la baja el (docum. 6 del ramo de prueba de la parte demandada y vida laboral aportada por la parte actora como doc. 5 y 6 de su ramo de prueba.)

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

**Sexto:** 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 7 del ramo de la parte actora)

**Séptimo:** Que los actores no han ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, ni se encuentran afiliados a sindicato alguno.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 12/12/2017 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** Los demandantes han venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Málaga en el siendo que en el devenir de tal relación laboral, y en fecha 31/12/2016, la citada empleadora procedió unilateralmente a dar por extinguidos sus contrato de trabajo.

Impugnada la regularidad y acomodo legal de tal decisión, la sentencia recurrida estima las demandas por despido interpuestas, catalogando los mismos como nulos por mediar en tal decisión una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, alzándose frente a la misma la Corporación local que, a través del recurso interpuesto, solicita que se revoque la sentencia dictada y se declare la la improcedencia de los despido acontecidos, con los efectos económicos sobre la base del salario fijado en el convenio colectivo.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de los trabajadores, que han solicitado su desestimación y la confirmación de la sentencia combatida.

El Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de que no aprecia la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

**SEGUNDO.** Y a tal efecto la parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia de instancia con la finalidad de añadir al ordinal primero un tercer párrafo que diga que "A fecha 28/12/2016, u de acuerdo con el documento n. 7 que el demandado acompaña a su ramo de prueba documental, el salario mensual de un Técnico Medio, categoría A2 u de un Administrativo categoría C1 con la que fueron dados de Alta en la Seguridad Social, según el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga, eran de 2.530,77 € u 2.078,53 € brutos mensuales respectivamente, sin antigüedad".

El motivo debe fracasar pues el dato del salario de los trabajadores del Ayuntamiento de Marbella del grupo profesional de los demandantes es el que se incluye en el texto



Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOw==	PÁGINA	4/10



XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOw==



alternativo que propone la Corporación local, siendo dicho dato relevante, según se verá seguidamente, a los fines del debate planteado.

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

En el primero invoca como vulnerada la doctrina jurisprudencial que cita, contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 24.09.2014, 23.03.2015 y 08.06.2015, con arreglo a la cual sostiene que el salario regulador del despido enjuiciado no puede fijarse conforme al importe de las retribuciones que eran realmente abonadas a la demandante por mor de la prestación de servicios articulada en forma administrativa, sino que habrá de serlo teniendo presente para ello en exclusiva el importe de los salarios previstos en el convenio colectivo para un trabajador del mismo grupo y categoría profesional que ocupa la demandante.

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 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...".

Consecuentemente, el salario previsto en convenio para la categoría del [REDACTED] es el de 2,530,77 euros mensuales, al que se ha de adicionar la suma de 43,08 euros mensuales en concepto de antigüedad (4 trienios, a razón de 43,08 euros cada uno de ellos), de ello resulta que el salario regulador del actora a los efectos del despido aquí enjuiciado ha de fijarse en la suma de 2,616,93 euros brutos mensuales o 86,03 euros diarios. Y respecto de [REDACTED] el de 2,078,53 euros mensuales, al que se ha de adicionar la suma de 129,24 euros mensuales en concepto de antigüedad (3 trienios, a razón de 43,08 euros cada uno de ellos), de ello resulta que el salario regulador del actora a los efectos del despido aquí enjuiciado ha de fijarse en la suma de 2,207,77 euros brutos mensuales o 72,58 euros diarios.

Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRB97FOW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRB97FOW==	PÁGINA	5/10





**CUARTO.** En un segundo motivo amparado en el artículo 193 c) de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 182 de la LRJS, y 24 de la Constitución española [en adelante, CE], así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichos preceptos, argumentando esencialmente que la sentencia de instancia no concreta ninguno de los indicios contraviniendo dicha doctrina; y, aun la actuación inspectora llevada a cabo en marzo de 2015, aquélla siguió prestando servicios durante el año 2.016. Por otro lado, sostiene que la legislación en materia de contratación en el sector público justificaba aquella extinción, por lo que, a lo sumo, tal decisión cabría ser calificada como improcedente, pero nunca nula, como lo había hecho la sentencia de instancia. Finalmente, pone de manifiesto que un supuesto prácticamente igual a del actor ha sido resuelto en el sentido defendido por la corporación por la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Málaga, de 10 de mayo de 2017, en el que se calificó el despido como improcedente, rechazando la lesión de la garantía de indemnidad.

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

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

Y por lo que hace a la llamada garantía de indemnidad, la Sala de lo Social del Tribunal, resumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha expresado que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes. En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la

Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRE97F0w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97F0w==	PÁGINA	6/10



XX6ZSIH1rEg7ayDRE97F0w==



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.

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 de 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

Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==	PÁGINA	7/10





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, 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]).

**QUINTO.** En el presente supuesto, del inalterado relato de hechos probados, interesa destacar a los efectos del recurso, los siguientes extremos: 1) Los actores ha prestando servicios para el Ayuntamiento de Málaga desde agosto de 2.007 y febrero de 2.008, respectivamente. 2) El 5 de marzo y 12 de mayo de 2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social visitó dicho [REDACTED] 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 [REDACTED] un total de catorce personas, incluido el actor. 3) El 30 de noviembre de 2015, y derivada de dichas actuaciones, se presentó demanda de oficio contra el ayuntamiento en solicitud de que se declarase la existencia de relación laboral respecto de dicho personal. 4) El 28 de julio de 2016, se dictó sentencia por la que se estimaba dicha demanda. 5) El [REDACTED] los actores fueron dados de baja en la Seguridad Social. 6) En enero de 2.017, se presentó la demanda que ha dado lugar al proceso en el que ha dictado la sentencia objeto de este recurso. 7) El 25 de enero de 2017 se dictó sentencia por esta Sala confirmando la anterior resolución.

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:

- Que los actores han mantenido relación laboral con el Ayuntamiento de Málaga declarada por sentencia de 28-7-16 que es firme, dicha relación laboral debe ser calificada como indefinida, no probada causa de temporalidad y siendo demandada administración pública conforme a reiterada jurisprudencia, habiendo mantenido el Ayuntamiento la relación laboral con hasta la fecha de su baja en la seguridad social, por lo que tal baja ha de ser calificada de despido.
- Que de los hechos probados se desprende la aportación de indicios de la vulneración de derechos fundamentales alegada, con el acta de la inspección de trabajo, procedimiento de oficio seguido y sentencia firme dictada, no continuando la prestación de servicios de ninguno de los 14 trabajadores que fueron parte en el procedimiento de oficio.
- Frente a los citados indicios aportados, no se acredita causa de la baja en seguridad social la cual constituye un despido por parte del Ayuntamiento de Málaga. Por tanto, no desvirtuados los indicios aportados y no probada la causa de la baja en seguridad social los despidos deben ser declarados nulos por vulneración del derecho fundamental de garantía de indemnidad.

La Sala, sin embargo, ha de coincidir con la parte recurrente y el Ministerio Fiscal en que, en el supuesto examinado, no han concurrido los indicios suficientes para que se produzca la inversión de la carga de la prueba.

Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOw==	PÁGINA	8/10





Así, es cierto, tal como viene a sostenerse por la parte recurrida, que el planteamiento argumental que se contiene en el motivo formulado tiene algunos elementos novedosos, y desde luego, no está directamente refrendado en el relato de hechos probados de la sentencia en alguno de sus extremos. Pero es cierto que también la corporación trató de defender la viabilidad de los contratos administrativos suscritos con los actores, pues la sentencia que recoge que el Ayuntamiento de Málaga se opuso a la demanda manifestando que cesaron por fin de la duración de su contrato no como consecuencia del contenido del acta de Infracción de la Inspección de Trabajo [fundamento de derecho tercero].

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

Pero aun todo ello, las actuaciones inspectoras y la consiguiente presentación de la demanda de procedimiento de oficio no tienen la vinculación necesaria, aquella relación de causalidad exigida por el Tribunal Constitucional, para erigirla como indicio pues, por un lado, sin negar que el actora tuvo la consideración de parte en aquel proceso como trabajadora afectada, de acuerdo con los artículos 149.1 y 150.1.a) de la LRJS, no fue a iniciativa suya, pues las actuaciones inspectoras que están en el origen arrancaron con una visita, según se afirma en el hecho probado tercero, no por denuncia de aquélla. Y, por otro, porque tampoco la secuencia de los hechos permite establecer aquel enlace entre tales actuaciones y la extinción, por muy infundada que fuese ésta, ya que la demanda, con la que culminan las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se presenta en noviembre de 2015, y la extinción del contrato se produce en diciembre del año siguiente.

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

Resaltar, por último, que la opción por la readmisión o la extinción indemnizada no corresponde a los trabajadores, como así lo solicitaron en sus respectivas demandas pues la garantía del artículo 88 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Málaga (B.O.P. nº 86, de 07/05/2010) está prevista para los supuestos de despido improcedentes o nulos "*siempre que el trabajador tenga la condición de fijo*", que no es el caso al serlo como trabajadores indefinidos no fijos sobre la base de ser la empleadora una Administración pública.

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.

Código Seguro de verificación:XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==	PÁGINA	9/10





**FALLAMOS**

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

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

III.- Se condena al Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga a que, a su opción, readmita a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con la condición de trabajadores indefinidos no fijos, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 86,03 euros diarios respecto del [REDACTED] y de 72,58 euros respecto de la [REDACTED] desde el 31 de diciembre de 2016, hasta la notificación de esta sentencia; o al abono de una indemnización de 29,766,38 euros respecto del [REDACTED] y de 26,473,56 euros respecto de la [REDACTED]

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, con la condición de trabajadores indefinidos no fijos en el caso de no verificarse aquélla. 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, los trabajadores habrán de reintegrar la indemnización recibida, una vez firme la sentencia; y si se optase por la extinción, se compensará la indemnización reconocida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de este fallo.

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

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

Código Seguro de verificación: XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO 08/03/2018 12:06:50	FECHA	08/03/2018	
	JOSE LUIS BARRAGAN MORALES 08/03/2018 12:17:08			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 08/03/2018 12:19:55			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	XX6ZSIH1rEg7ayDRE97FOW==	PÁGINA	10/10

