



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN
MALAGA

N.I.G.: 2906744S20170007207

Negociado: MA

Recurso: Recursos de Suplicación 1890/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 561/2017

Recurrente: [REDACTED]

Representante: MARIA DEL MAR BASCUÑANA SERRANO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, EDUCOMEX MULTISERVICIOS SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, BCM GESTION DE SERVICIO, SL y ILUNION CEE OUTSOURCING, SAU

Representante: JOSE MARIA RUIZ CASTILLOCARLOS DE LA OSA CRESPO, S.J.AYUNT. MALAGA y FRANCISCO J PEREZ MERIDA

Sentencia Nº 250/2019

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 MALAGA a seis de febrero de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , 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 [REDACTED] contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado MINISTERIO FISCAL, EDUCOMEX MULTISERVICIOS SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, BCM GESTION DE SERVICIO, SL y ILUNION CEE OUTSOURCING, SAU habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 5/6/2018. La parte dispositiva de dicha resolución expresa: Que estimando en parte la demanda formulada por [REDACTED] [REDACTED] contra BCM GESTION DE SERVICIOS S.L , EDUCOMEX





MULTISERVICIOS S.L , AYUNTAMIENTO DE MALAGA , ILUNION CEE OUTSORCING S.A .Debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora ,condenando solidariamente al AYUNTAMIENTO DE MALAGA y a EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L a que, a su opción , readmitan a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 24,69 euros diarios, desde la fecha del despido 15.04.2017, hasta la notificación de sentencia ; o al abono de una indemnización de 1.290,05 euros .

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado, 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 . Si se optase por la readmisión tendrá la condición de trabajadora por tiempo indefinido en el Ayuntamiento .

Absolviendo a BCM GESTION DE SERVICIOS S.L y a ILUNION CEE OUTSORCING S.A de las peticiones de la parte actora .

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

1.-Que por el Ayuntamiento de Málaga se ha venido adjudicando “ el servicio para la formación de usuarios para bibliotecas públicas de Málaga “ a distintas empresas. Con fecha 19 de noviembre de 2014 se suscribió entre el Ayuntamiento de Málaga y BCM GESTION DE SERVICIOS S.L un contrato administrativo con una duración de dos meses y posteriormente con EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L , siendo el objeto de los contratos según el pliego de cláusulas administrativas “cubrir las actividades de Formación de Usuarios para la realización de actividades relacionadas con te atención a los mismos, tales como:Favorecer el acceso a la información.Facilitar y difundir el uso de los fondos bibliográficos y audiovisuales. Conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos. Valorar la biblioteca como espacio compartido.Facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de internet y además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga.

El horario de apertura de la Red de Bibliotecas Municipales es de 10.00 h. a 14.00 h. en horario de mañana y de 17.00 h. a 19.30 h en horario de tarde y sábados de 9,30 h a 14,00 h, Por lo que la realización de las actividades será dentro de este horario, siendo fijado para cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas”

2.- [REDACTED] con documento nacional de identidad número [REDACTED] suscribió el 6 de octubre de 2015 con EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L un contrato temporal con una jornada de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas , con la categoría de técnico en documentación , para prestar servicios en la biblioteca Emilio Prados de Málaga , causando baja el 21 de noviembre de 2015 . Con fecha 23 de noviembre de 2015 suscribió con BCM GESTION DE SERVICIOS S.L un contrato temporal con una jornada de 16 horas semanales , según cuadrante y turnos en horario de apertura de bibliotecas municipales de lunes a viernes de 8 a 22 y sábados de 8 a 14, con la categoría de auxiliar de biblioteca, para la realización del “ servicio de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas municipales de Málaga “ , causó baja en la empresa el 31.12.2015.El 30 de diciembre de 2015 suscribió un contrato con EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L con una jornada de 30 horas semanales para prestar servicios en la biblioteca Emilio Prados de Málaga con la categoría de técnico en documentación , causando baja el día 9.04.2016 y con





fecha 3 de mayo de 2016 las partes suscribieron otro contrato temporal con igual objeto , con una jornada de 12.30 horas semanales de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas causando baja el 15 de abril de 2017.

3.- La actora ha prestado servicios en distintas bibliotecas municipales desde el 6 de octubre de 2015 realizando funciones de apoyo consistentes entre otras , en atención en salas , atención al usuario , altas y bajas , préstamos , renovaciones y devoluciones , búsqueda de información , activación de cuentas caducadas, selección de libros para la biblioteca servicio de internet , a veces abría y cerraba la bibliotecas , como un técnico auxiliar de biblioteca .No planificaba servicio o control de calidad o realizaba informes

4.-Utilizaba el material existente en las bibliotecas , entre ellos el ordenador , que disponía de una aplicación informática de la Junta de Andalucía para la que se le dió autorización por el Ayuntamiento que es el que ordenaba a la actora a las bibliotecas que debía acudir .

5.-El Ayuntamiento elaboraba un cuadro para cubrir las incidencias y horas en el que estaba incluida la actora .

6.- La actora realizaba una jornada inferior al del personal del Ayuntamiento , ascendiendo a una media de 16,94 horas semanales .

7.El salario que debía percibir la actora si se integrara en el Ayuntamiento de Málaga a jornada completa es de 1530,35 euros mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias .

8.- BCM GESTION DE SERVICIOS S.L con CIF B-29831112 tiene domicilio social en Málaga y se dedica a la prestación de servicios tanto para empresas como particulares y organismos públicos.

9.- EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L con CIF B-91475996 tiene domicilio social en Sevilla y tiene por objeto social la enseñanza , formación y perfeccionamiento profesional no superior , así como la asistencia y servicios sociales.

10.- El 14 de octubre de 2016 se adjudicó a ILUNIOM CEE OUTSORCING S.A, el servicio de apoyo en la prestación de los servicios y actividades de la Red de Bibliotecas públicas de Málaga (exp 46/16) , firmándose el contrato administrativo el 13 de marzo de 2017 con una duración de dos años a partir del 20 de dicho mes y año .

11.-Conforme al Pliego de Condiciones el contratista quedaba obligado a aportar y adscribir los equipos personales , técnicos y materiales.

12.-Tras una moción presentada por el grupo Málaga para la Gente el 24 de noviembre de 2016 sobre las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las Bibliotecas Municipales y respecto del cambio de adjudicataria ,se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el Acuerdo que contenía entre otros extremos “ Solicitar al equipo de gobierno a incrementar todos los recursos humanos y reforzar la plantilla de bibliotecarios/as, auxiliares y ordenanzas para las bibliotecas públicas municipales, con la correspondiente consignación presupuestaria, así como mejorar los horarios de trabajo ... 2.-instar al equipo de gobierno a tomar las medidas que sean oportunas con respecto a las deficientes condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras y los trabajadores externos de las Bibliotecas Municipales para la mejora de las mismas, en el mero de las cláusulas sociales. 3º.- Mostrar la solidaridad del Consistorio con las trabajadoras externas y los trabajadores externos de las Bibliotecas Públicas Municipales que hasta ahora irán venido desempeñando esta labor durante años, así como que por parte del equipo de gobierno se les informe y se interesen por la situación en .que quedan".

13.-Se ha celebrado acto de conciliación ante el CMAC el día 5 de junio de 2017, con papeleta presentada el día 15.05.2017 con el resultado de intentado sin efecto .





TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 16/10/2018, se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La trabajadora ha venido prestando sus servicios para la empresa Educomex Multiservicios S.L., adscrita a la contrata que le fue adjudicada por el Ayuntamiento de Málaga para realizar tareas de formación de usuarios en la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga. Como quiera que la Magistrada *a quo* ha considerado que se ha producido cesión ilegal de dicha trabajadora desde Educomex Multiservicios S.L. en favor de la Corporación local, su cese lo ha calificado como despido improcedente, condenando solidariamente a cedente y cesionaria a las resultas del despido.

Frente a dicha sentencia se alza la trabajadora mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica a fin de que, revocada en parte la de instancia, se declare que la jornada real de la trabajadora era completa y que su cese vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pues su causa no fue sino las reclamaciones que dirigió la demandante a la Corporación empleadora.

El recurso de la trabajadora ha sido impugnado por la representación procesal de las codemandadas, que han solicitado la desestimación y la confirmación de la sentencia combatida.

SEGUNDO. Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por la Magistrada de instancia con la finalidad de sustituir el ordinal sexto por el siguiente texto alternativo: *“La actora realizaba la misma jornada que el personal funcionario adscrito a dicho servicio”*. Basa su pretensión revisoria en la falta de prueba de las horas efectuadas por la trabajadora.

En materia de revisión de hechos probados, la jurisprudencia es concluyente en sentido de considerar requisitos imprescindibles los siguientes: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Sobre tales presupuestos doctrinales el motivo debe fracasar pues la recurrente no cita documento o pericial sobre el que basar su pretensión, sobretodo cuando la Magistrada ha





formado su convicción sobre la base de las nóminas aportadas (folios 1.164 y siguiente) – fundamento de derecho segundo, *in fine*-, por lo que los hechos probados quedan firmes e inalterados.

TERCERO. Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 24 de la Constitución española, 181 y 113 de la propia Ley Adjetiva laboral, 12 y 55 del Estatuto de los Trabajadores pues considera, en esencia, que el cese de la trabajadora obedeció a las reclamaciones que efectuó interviniendo en el Pleno del Ayuntamiento de fecha 14/11/2016 en el que se exponían determinadas circunstancias de un grupo de trabajadores. Es decir, su cese no fue sino la respuesta o represalia por las reclamaciones efectuadas frente a la Corporación local empleadora.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 101/2000, de 10 de abril (RTC 2000\101) «*La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no sólo deriva de irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (STC 7/1993 [RTC 1993\7]), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4, núm. 2, ap. g) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997)]*». En sentencias precedentes, como la 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998\87), ya resumió su doctrina acerca de la garantía de indemnidad por el ejercicio por el trabajador de derechos fundamentales incluso frente a las facultades organizativas del empresario, señalando que «*los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos*». Tan elemental premisa no se exceptiona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones. En este sentido, se ha señalado que, cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 73/1998, y las allí citadas). No es, pues, suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido. Ahora bien, alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión.

Sobre tales presupuestos doctrinales el motivo debe fracasar pues, en primer lugar, la comunicación extintiva tuvo su origen en el hecho objetivo consistente en la finalización de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

la contrata adjudicada por el Ayuntamiento de Málaga a Educomex Multiservicios S.L.; en segundo lugar, por la falta de conexión temporal entre el pleno a que se refiere la recurrente y la extinción del contrato, a saber, más de cinco meses; y en tercer lugar, porque lo que el Ayuntamiento acordó tras el pleno fue, precisamente, todo lo contrario a una conducta represaliadora, esto es, aprobar por unanimidad solidarizarse con los trabajadores externos de las Bibliotecas Públicas Municipales y que por el equipo de gobierno se informase al respecto y se interesase de la situación en la dichos trabajadores estaban.

La decisión extintiva no resultó, a la postre, ajustada a derecho por la existencia de cesión ilegal de la trabajadora, pero ello no trae su casa en la intervención de la demandante en el citado pleno por lo que, al no apreciar la Sala, tal y como ha informado el Ministerio Fiscal, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia que declaró la existencia de cesión ilegal de la trabajadora calificó su despido como improcedente.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Málaga con fecha 5 de junio de 2.018 en autos sobre despido, seguidos a instancias de dicha recurrente contra BCM Gestión de Servicios S.L., Educomex Multisevicios S.L. Ilunión CEE Outsourcing S.A. y el Ayuntamiento de Málaga, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida.

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 diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Librese 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.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

