



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA  
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744S20170007205

Negociado: UT

Recurso: Recursos de Suplicación 2096/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MÁLAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 528/2017

Recurrente: [REDACTED]

Representante: MARIA DEL MAR BASCUNANA SERRANO

Recurrido: EDUCOMEX MULTISERVICIOS SL, BCM GESTION DE SERVICIO, SL, MINISTERIO FISCAL y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: CARLOS DE LA OSA CRESPO, FRANCISCO J PEREZ MERIDA y S.J.AYUNT. MALAGA

Sentencia número 449/2019

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. ERNESTO UTRERA MARTÍN

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

**SENTENCIA**

En la ciudad de Málaga, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta esta sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número nueve de Málaga, de 8 de mayo de 2018, en el que ha intervenido como parte recurrente [REDACTED] representada y dirigida técnicamente por la letrada doña María del Mar Bascuñana Serrano. Y como partes recurridas EL EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, por el letrado don Juan Manuel Fernández Martínez; EDUCOMEX MULTISERVICIOS, S.L., BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L., y EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente Ernesto Utrera Martín.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 6 de junio de 2017, [REDACTED] presentó demanda contra BCM Gestión de Servicios, S.L., Educomex Multiservicios, S.L., y el excelentísimo Ayuntamiento de Málaga [en adelante, el Ayuntamiento], en la que suplicaba que se declarase nula, por vulneración de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente, improcedente, con los efectos inherentes a tales calificaciones, y con opción expresa a su favor.





**SEGUNDO.-** La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número nueve de Málaga, en el que se incoó el proceso por despido correspondiente con el número 528/2017, se admitió a trámite por decreto de 9 de junio de 2017, y se celebraron los actos de conciliación y juicio el 25 de abril de 2018.

**TERCERO.-** El 8 de mayo de 2018, se dictó sentencia, cuyo fallo era del tenor siguiente:

*Desestimar la falta de legitimación pasiva de BCM Gestión de Servicios SL y del Ayuntamiento de Málaga y estimar en parte la demanda de despido formulada por [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga y las empresas BCM Gestión de Servicios SL y Educomex Multiservicios SL, condenando solidariamente a la empresa Educomex Multiservicios SL y al Ayuntamiento de Málaga a que dentro del plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, opten entre la readmisión de la trabajadora (teniendo presente que la misma eligió adquirir su condición de personal laboral indefinido del Ayuntamiento de Málaga como consta en el suplido de la demanda ) o le abonen en concepto de indemnización la suma de 3682,14 € y debiendo abonar asimismo, en el supuesto de opción por la readmisión, los salarios dejados de percibir desde que se adoptó el día 17-4-17 hasta la notificación de esta Resolución a razón de 31,88 € diarios. Absolviendo a BCM Gestión de Servicios SL.*

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

**PRIMERO.-** [REDACTED] mayor de edad, estuvo como Becaria UMA Filología Hispánica durante el periodo de 11-11-13 a 10-5-14, en el Ayuntamiento de Málaga. La actora estuvo de alta en seguridad social del 11-11-13 a 10-5-14 por cuenta del Ayuntamiento de Málaga.

**SEGUNDO.-** El Ayuntamiento de Málaga firmo convenio de colaboración para el desarrollo de un programa de cooperación educativa con la Universidad de Málaga, folios 308 a 309, en el mismo se establece la realización de un programa de cooperación educativa a través del cual los alumnos que hayan superado el 50 % de los créditos necesarios para obtener el título universitario cuyas enseñanzas estuviere cursando pertenecientes a la UMA, podrán acceder como complemento practico de su formación teórica, en la forma de alumnos en prácticas, al conocimiento de las técnicas y metodologías del Ayuntamiento de Málaga, con las condiciones que se establecen, con la duración de las practicas entre 3 y 6 meses improrrogables dentro del mismo curso académico, el número de horas de presencia será un máximo de 25 horas, los alumnos dispondrán de un tutor de la UMA y otro profesional de la plantilla del Ayuntamiento de Málaga, ambos tutores designaran las funciones a realizar, la UMA preseleccionara los candidatos conforme a su expediente académico, sobre esta preselección una comisión mixta paritaria, integrada por dos representantes de cada una de las entidades firmantes, realizara la selección definitiva de los alumnos en prácticas en función de las tareas establecidas en los anexos.

**TERCERO.-** La actora firmó contratos temporales con Educomex Multiservicios SL, 12-4-14 a 26-6-14, del 7-8-14 a 25-8-14 obra o servicio determinado controlador de sala, biblioteca Manuel Altolaquirre , del 16-9-14 a 24-10-14 obra o servicio determinado controlador de sala





de lunes a viernes de 10 a 14 horas y de 17 a 19.30 horas el servicio objeto del contrato es la realización de las tareas propias de su categoría en la biblioteca Manuel Altolaguirre de Málaga, 3-11-14 a 19-11-14 obra o servicio determinado controlador de salas consistente en realizar tareas propias de su categoría en la Biblioteca Manuel Altolaguirre.

CUARTO.- La actora firmo con BCM Gestión de Servicios SL, el 21-11-14 al 22-11-14 contrato obra o servicio determinado auxiliar de biblioteca a tiempo parcial, servicio de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga, habiendo resultado la empresa adjudicataria por parte del Ayuntamiento de Málaga de la ejecución del servicio para la formación de usuarios para las bibliotecas Municipales de Málaga, 5-12-14 a 28-1-15 contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial auxiliar de biblioteca, servicio de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga, habiendo resultado la empresa adjudicataria por parte del Ayuntamiento de Málaga de la ejecución del servicio para la formación de usuarios para las bibliotecas Municipales de Málaga.

QUINTO.- La actora firmó con Educomex Multiservicios SL el 29-1-15 a 25-2-15 contrato por obra o servicio determinado tiempo parcial de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas controlador de salas realizar las tareas propias de su categoría Biblioteca Manuel Altolaguirre, del 25-2-15 a 27-3-15 obra o servicio determinado tiempo parcial de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas controlador de salas realizar las tareas propias de su categoría Biblioteca Manuel Altolaguirre, 14-4-15 a 14-4-15 obra o servicio determinado tiempo parcial de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas controlador de salas realizar las tareas propias de su categoría Biblioteca Manuel Altolaguirre, 27-4-15 a 13-6-15 obra o servicio determinado tiempo parcial de lunes a viernes de 17 a 19.30 horas controlador de salas realizar las tareas propias de su categoría Biblioteca Manuel Altolaguirre, 25-6-15 a 22-8-15 obra o servicio determinado tiempo parcial de lunes a viernes de 9 a 11 horas técnico de documentación realizar las tareas propias de su categoría Biblioteca Manuel Altolaguirre, 16-9-15 a 21-11-15 obra o servicio a tiempo parcial de lunes a viernes de 9 a 10 y de 17 a 19.30 técnico en documentación biblioteca Manuel Altolaguirre.

SEXTO.- La actora firmo contrato con BCM Gestión de Servicios SL el 23-11-15 a 31-12-15 obra o servicio determinado auxiliar de biblioteca a tiempo parcial para la realización de servicio de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga por ser BCM adjudicataria del Servicio con el Ayuntamiento de Málaga.

SEPTIMO.- La actora firmo con Educomex Multiservicios SL contrato el 14-1-16 a 17-4-17, por obra o servicio determinado, técnico en documentación, a tiempo parcial de lunes a viernes de 4 a 14 horas, para realizar las tareas propias de su categoría en la biblioteca Manuel Altolaguirre.

OCTAVO.- La actora presta servicios por cuenta del Ayuntamiento de Málaga en virtud de contrato laboral temporal dentro del programa emple@joven desde el 10-7-17 y continúa estando prevista la terminación del contrato el 9-7-18.

NOVENO.- El 22-2-12 se firmó contrato administrativo entre Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios SL, expediente 85/11, relativo al servicio de formación de usuarios





para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga , prorrogado el 20-3-13 por un año, folios 313 a 315, contrato administrativo de 7-7-14, expediente 15/14, entre el Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios SL para la formación de usuarios en bibliotecas públicas de Málaga, folios 322 a 323, constando la adjudicación a dicha empresa en resolución de 20-6-14 , pliego de condiciones económico administrativas particulares para la contratación de servicios no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto; servicio para la formación de usuarios para las bibliotecas Municipales de Málaga, folios 324 a 347 expediente 15/14.

DECIMO.- El 19-11-14 se firmó contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios SL para el servicio de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga, folios 368 a 369. Expediente 134/14.

DECIMO PRIMERO- Pliego de condiciones económico administrativas particulares para la contratación de servicios por procedimiento negociado sin publicidad de servicios de actividades de formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga, expediente 134/14 , folios 370 a 385, el 14-11-14 se notificó a BCM Gestión de Servicios SL la adjudicación de la contratación del servicio de actividades de formación de usuarios para la bibliotecas públicas Municipales de Málaga expediente 134/14, folios 196 a 198.

DECIMO TERCERO.- Consta pliego de condiciones económico administrativas particulares para la contratación de servicios no sujeto a regulación armonizada por procedimiento abierto; servicios de actividades para la formación de usuarios para las bibliotecas Municipales de Málaga, expediente 182/14, folios 348 a 365. Contrato administrativo de 24-6-15 entre el Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios SL relativo al servicio de actividades para la formación de usuarios para las bibliotecas públicas Municipales de Málaga, expediente 182.

DECIMO CUARTO.- Pliego de prescripciones técnicas que regirá la contratación para el apoyo a las actividades de fomento a la lectura en las bibliotecas públicas Municipales ODC 2350/2015, octubre de 2015, folio 390 y 391.

DECIMO QUINTO.- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local en Sesión Ordinaria Celebrada el 14 de Octubre de 2016, en relación con propuesta de aprobación de la adjudicación del servicio de apoyo a la prestación de los servicios y actividades de la red de bibliotecas públicas Municipales de Málaga acordó la adjudicación en expediente 46/16 a la entidad Ilunion CEE Outsourcing SA, folios 395 a 398.

DECIMO SEXTO.- Que el 13-3-17 se firmó contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Málaga y Ilunion CEE Outsourcing SA para el servicio de apoyo a la prestación de los servicios y actividades de la red de bibliotecas públicas Municipales de Málaga. Folios 399 a 400.

DECIMO SEPTIMO.- Por sentencia de 21-5-13 de la Sala tercera del TS se dispuso estimar el recurso Contencioso Administrativo 171/2012 interpuesto por CCOO y declarar nulo el Real Decreto 1701/2012 de 18 de noviembre por el que se regulan las practicas académicas externas de los estudiantes universitarios, ello supone que vuelve a estar vigente la regulación





contenida en el Real Decreto 1493/2011 de 24 de octubre, por el que se regían los termino y condiciones de inclusión en el régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, por tanto los estudiantes universitarios que vengan realizando o realicen prácticas académicas externas y reúnan los requisitos de este Real Decreto podrán cursar alta con efectos de 28-6-13, sobre esta base a autoriza por la TGSS la presentación de altas y en su caso bajas en el régimen General de la Seguridad Social de dichos estudiantes para los que las altas resulten obligatorias desde el 28-6-13 puedan realizarse hasta el 30-9-13, folios 406 y 407.

*DECIMO OCTAVO.- Las empresas contratistas para la prestación del servicio de bibliotecas en relación con la actora han justificado en 2015 -- 428 horas, 2016 -- 1082 horas y 2017 -- 322,50 horas, folios 409 y 410.*

*DECIMO NOVENO.- La actora ha mantenido contacto con la empresa BCM y con Educomex por vía correo electrónico, folios 498 y 499.*

*VIGESIMO.- La empresa Educaomex Multiservicios SL tiene su sede en Sevilla, teniendo un coordinador del servicio, Raul, que estaba en Sevilla, manteniendo contacto en relación con los cuadrantes e incidencias por correo electrónico con los responsables del Ayuntamiento.*

*VIGESIMO PRIMERO.- Las funciones de la actora eran distintas de las de los trabajadores del Ayuntamiento, solo prestaba servicios en horario de apertura de la biblioteca al público, cubriendo incidencias, realizando labores de apoyo a los técnicos del Ayuntamiento.*

*VIGESIMO TERCERO.- El salario que correspondería a la actora conforme al convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga y la jornada a tiempo parcial es de 956,46 € mensuales, incluida prorrata de pagas, extraordinarias.*

*VIGESIMO CUARTO.- El último salario percibido por la actora ascendió a 515,95 € con prorrata de pagas extraordinarias.*

*VIGESIMO QUINTO.- Las tareas a realizar por el personal contratado en la prestación de servicios y actividades de la red de bibliotecas públicas Municipales, es formación de los usuarios, para 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 las herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de internet, además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la red de bibliotecas Municipales de Málaga.*

*VIGESIMO SEXTO.- Se presentó una moción del Grupo Málaga Municipal para la gente relativa a las condiciones de trabajo y laborales de los trabajadores externos de las bibliotecas Municipales y respecto al cambio de adjudicataria, adoptándose un acuerdo por el Ayuntamiento en Pleno en la sesión ordinaria de 24-11-16, dictaminar favorablemente por unanimidad, solicitar al equipo de gobierno a incrementar todos los recursos humanos y reforzar la plantilla de bibliotecarios auxiliares y ordenanzas para las bibliotecas públicas municipales, con la correspondiente consignación presupuestaria, así como mejorar las condiciones laborales de los trabajadores en el marco de la negociación del calendario*





laboral, instar al equipo de gobierno a tomar las medidas que sean oportunas con respecto a las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras y trabajadores externos de las bibliotecas Municipales para la mejora de las mismas, en el marco de las cláusulas sociales, mostrar la solidaridad del Consistorio con las trabajadoras externas y los trabajadores externos de las Bibliotecas Públicas Municipales que hasta ahora han venido desempeñando esta labor durante años, así como que por parte del equipo de gobierno les informe y se interesen por la situación en la que quedan. Folios 402 a 407.

*VIGESIMO SEPTIMO.- La actora en ocasión tenía las llaves de la biblioteca que posteriormente las tenía que devolver.*

*VIGESIMO OCTAVO.- El 5-6-17 tuvo lugar en el CMAC acto de conciliación celebrado en virtud de demanda de 15-5-17.*

*VIGESIMO NOVENO.- La demanda es de fecha 5-6-17.*

**QUINTO.-** El 21 de mayo de 2018, la demandante anunció recurso de suplicación contra dicha sentencia, y tras presentar el correspondiente escrito de interposición en el que solicitaba que se revocase dicha resolución y se estimase la demanda, e impugnarse por el Ayuntamiento y el Ministerio Fiscal únicamente, *se elevaron las actuaciones a esta Sala.*

**SEXTO.-** El 13 de noviembre de 2018 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 6 de marzo de 2019.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Tal como queda expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de la trabajadora, calificó improcedente el despido y condenó tanto al ayuntamiento como a una de las sociedades codemandadas a soportar los efectos de tal calificación por haber apreciado la existencia de cesión ilegal de trabajadores, pero rechazó la vulneración de la garantía de indemnidad pretendida.

Contra dicha sentencia, la demandante interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revocase y se estimase su demanda, articulando para ello motivos de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso impugnado por el Ayuntamiento y por el Ministerio Fiscal.

El examen de dicho recurso se abordará en los fundamentos siguientes, no sin antes poner de manifiesto que ya esta Sala ha tenido oportunidad de resolver pretensiones esencialmente idénticas de otras trabajadoras, en concreto, en las sentencias de 6 de febrero de 2019 [REC: 1890/2018] y 13 de febrero de 2019 [REC: 1858/2018], a cuyos pronunciamientos han de estarse necesariamente en esta ocasión por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la ley.

**SEGUNDO.-** Así, al amparo del artículo 193 b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS], la parte recurrente interesa que se dé





una nueva redacción a los apartados décimo octavo, vigésimo primero y vigésimo tercero, defendiendo la relevancia de las mismas en orden al recurso, todo ello con arreglo a las siguientes propuestas de redacción alternativas:

Del hecho décimo octavo:

«Las empresas adjudicatarias no han justificado la realización de las horas prestadas por la trabajadora a tiempo parcial.»

Del hecho vigésimo primero:

«La actora desarrolla las funciones propias de técnico de biblioteca, desarrollando todas las funciones que conlleven el cubrir las actividades de Formación de usuarios, 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;

» Además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga.

» Siendo las mismas funciones atribuidas a los técnicos de las Bibliotecas.»

Del hecho vigésimo tercero:

«El salario que correspondería a la actora conforme al Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga con la categoría de Técnico y a jornada completa es de 1.530,35 €, incluida prorata de pagas extraordinarias.»

Y del hecho décimo cuarto:

«La sede donde trabaja la actora es de titularidad municipal y se encuentra dado de alta en el Inventario de Bienes Municipales, con el código GIP 53014.»

El Ayuntamiento se opone a la revisión solicitada por considerar que, respecto del hecho décimo octavo, supondría admitir una interpretación subjetiva de los elementos probatorios, que no cabría oponer a la valoración realizada por la magistrada de instancia, en ningún momento viciada de errores de apreciación, además de basarse en la totalidad de las pruebas y no cuestionarse los hechos probados tercero a séptimo y vigésimo segundo. Respecto de la modificación del hecho probado vigésimo primero, tampoco se cuestiona el hecho vigésimo





quinto. Y, en cuanto a la nueva redacción del hecho probado vigésimo tercero, está vinculado a la existencia de una jornada completa, que por las razones dichas se rechaza.

El Ministerio Fiscal entiende que la valoración del material probatorio por la magistrada de instancia debe mantenerse y respetarse, al no quedar acreditado que se haya producido un error que justifique la revisión pedida.

**TERCERO.-** La doctrina jurisprudencial sobre la revisión de los hechos declarados probados en los recursos extraordinarios, resumida en las sentencias de 31 de marzo de 2016 [ROJ: STS 1921/2016] y 23 de noviembre de 2016 [ROJ: STS 5711/2016], entre otras muchas, ha puesto de manifiesto que el proceso social está concebido como un proceso de instancia única, que no de grado, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS, únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca o se desprenda, de manera evidente y sin lugar a dudas, de documentos idóneos para ese fin que obren en autos. Por ello:

a) Se rechaza que el Tribunal pueda realizar un nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y –en consecuencia– no se admite la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

b) Para que la denuncia del error pueda ser apreciada es preciso –entre otros requisitos– que el texto cuya incorporación se pretenda resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; y que no se ampare en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, no es posible sustituir sus objetivo criterio por el subjetivo de las partes [el juicio de evaluación personal del recurrente].

c) La rectificación de los hechos probados sólo debe efectuarse respecto de aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que resulten inocuas al objeto de determinar un posible cambio de sentido en la parte dispositiva.

En definitiva, la valoración de las pruebas practicadas en instancia (testifical, pericial y documental) corresponde al órgano sentenciador, valoración debe prevalecer sobre la del recurrente, salvo que éste acredite que se sustenta en hechos erróneos o inexistentes o que, dados los hechos probados, la valoración resulta irracional.

**CUARTO.-** Aplicando los anteriores criterios al supuesto examinado, las modificaciones propuestas no pueden ser acogidas.

Así, respecto a la propuesta relativa al apartado décimo octavo, está formulada en términos negativos, cuando es sabido que lo que ha de figurar en el relato de hechos probados, por







exigencia del artículo 97.2 de la LRJS, son los hechos que se estimen probados, no los que no lo hayan sido.

Al margen de esta inadecuada formulación, aquella jornada completa –que, es en realidad, lo que debería tratarse de introducir en la versión judicial, en la tesis de la parte recurrente–, no puede pretender basarse en la totalidad de la prueba practicada para, a partir de ese material, concluir que no ha sido demostrada la jornada parcial, cuando el relato ya conformado deja constancia cuál era el tiempo de servicio realmente realizado, atendido el contenido de los hechos décimo octavo, en relación con los apartados vigésimo primero y segundo, y con el salario finalmente establecido, según los hechos vigésimo tercero y cuarto. Como ya se expresó en la citada sentencia de 13 de febrero de 2019 [REC: 1858/2018], al dar respuesta a un motivo de revisión planteado en idénticos términos, la alegación de inexistencia de prueba del contenido de un hecho probado carece de aptitud revisora alguna, además de que la impugnación de un documento no impide su valoración por el juzgador de instancia.

Lo mismo cabe decir de la modificación que se propone respecto del contenido funcional de la trabajadora, que no cabe extraer por sí solo del pliego de condiciones de la adjudicación de los servicios de formación a usuarios de las bibliotecas, menos aun cuando el hecho en el que realmente se plasma cuál era la actividad desarrollada por la trabajadora se describe en el hecho probado vigésimo quinto, tal como se hace ver en nombre del Ayuntamiento.

Y, en cuanto a salario correspondiente a la jornada completa, que pretende introducirse en el hecho probado vigésimo tercero, el rechazo de la misma conduce igualmente a que no pueda tomarse en consideración esta retribución superior correspondiente.

**QUINTO.-** Por lo que hace al motivo de orden sustantivo, la parte recurrente, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción de los artículos 24 de la *Constitución española* [en adelante, CE], 181.2 y 113 de la LRJS, así como el artículo 12 y 55 del *Estatuto de los Trabajadores, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre* [en adelante, ET].

Argumenta esencialmente que el cese se produjo por la reclamación que colectivo de trabajadores al que pertenecía planteó ante el Ayuntamiento al tener conocimiento éste de la posibilidad de que ejercitase acciones legales en defensa de sus derechos laborales, no llevándose a cabo la renovación que venía produciéndose durante los años anteriores, lo cual constituía una vulneración de la garantía de indemnidad.

Y en cuanto a la infracción de la norma estatutaria, argumenta que el contrato a tiempo parcial debe estar sujeto a unos requisitos formales imprescindibles y obligatorios, de manera que su incumplimiento determine que la jornada deba ser considerada a tiempo completo, incumplimiento que se había producido por parte de cada una de las empresas partícipes de la cesión ilegal, lo que debe conducir al reconocimiento de la jornada y salario superiores.

El Ayuntamiento se opone al motivo de infracción, negando que se hubiese producido represalia alguna desde el momento en el que la supuesta actividad reivindicativa se produjo cinco meses después de la finalización objetiva del contrato con una de las empresas adjudicatarias; desde el momento en que el acuerdo del pleno lo que hizo fue mostrar su





solidaridad con los trabajadores de las bibliotecas; y cuando la recurrente fue contratada por la corporación con posterioridad.

En cuanto a la jornada completa, se opone igualmente a la infracción planteada al haber quedado acreditado que lo era a tiempo parcial.

El Ministerio Fiscal reitera su posición expresada en el acto del juicio, desfavorable a la pretensión relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad.

**SEXTO.-** 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.

Por lo que hace a la llamada *garantía de indemnidad*, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resumiendo la doctrina de aquel Tribunal Constitucional, ha expresado que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del *Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo*, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo *el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes*. En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, re trayendo 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 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, en sentencias de 5 de octubre de 2015 [ROJ: STC 203/2015], ocupándose de la finalidad de la prueba indiciaria y del doble plano probatorio en el que se articula, ha expresado que el indicio razonable de que se ha producido la lesión del derecho fundamental no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente tuvo lugar el ejercicio del derecho –como podría ser la participación en una huelga o el formular una reclamación judicial– sino que es preciso justificar –indiciariamente– la existencia de una relación de causalidad entre tal ejercicio y la decisión o acto calificado de lesivo del derecho. El que en un momento pasado se haya ejercitado un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un





indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria.

**SÉPTIMO.-** La sentencia de instancia, respecto de la vulneración de derechos fundamentales alegada, luego de dejar constancia del marco regulador y de la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la materia, razona esencialmente que si bien la actora formaba parte del colectivo de trabajadores de empresas externas en las bibliotecas Municipales, no hay constancia en las actuaciones que dicha actividad reivindicativa fuese a instancia suya, por lo que no era apreciable vinculación alguna entre el despido y tales reclamaciones colectivas. Y, por otro, tampoco la secuencia de los hechos permitía establecer aquel enlace entre tales actuaciones y la extinción, dado que se había producido la adjudicación del servicio a otra empresa, constando el contrato con la misma que coincide con el cese de la actora, máxime cuando ésta había sido contratada por el Ayuntamiento de Málaga posteriormente dentro del plan emple@joven.

**OCTAVO.-** El análisis de los indicios concurrentes y su desconexión con el despido ha de ser necesariamente compartido por esta Sala. Quepa, si acaso, reproducir los razonamientos contenidos en las sentencias anteriormente citadas, en las que dio respuesta a pretensiones esencialmente idénticas a la que es objeto de este recurso.

Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2019 [REC: 1890/2018] se dijo:

*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 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.*

Y en la de 13 de febrero de 2019 [REC: 1858/2018]:

*En la demanda, en su sexto hecho, la demandante afirma que fue cesada verbalmente el 15 de abril de 2017; en su séptimo hecho, afirma que en el Pleno del Ayuntamiento de 14 de noviembre de 2016 los trabajadores que se encontraban en su misma situación solicitaron una explicación sobre su situación laboral, y que el Ayuntamiento, para evitar una reclamación de dichos trabajadores en materia de cesión ilegal o fraude de ley en su contratación, decide que*





*en la nueva adjudicación no se produzca subrogación de los trabajadores, al contrario de lo ocurrido en las anteriores adjudicaciones; y, en su octavo hecho concluye que su cese tuvo su causa en la decisión del Ayuntamiento de evitar posibles reclamaciones judiciales.*

*La sentencia recurrida, en su hecho probado vigésimo sexto, refleja el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el 24 de noviembre de 2016, relativo a las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las bibliotecas municipales, respecto del cambio de empresa adjudicataria de la prestación del servicio. De dicho acuerdo no se desprende, en absoluto, que el Ayuntamiento tuviese conocimiento de que la demandante, o cualquiera otro de los trabajadores externos de las bibliotecas municipales se hubiese planteado demandarle ni, mucho menos, que el Ayuntamiento tuviese conocimiento de tal posibilidad. En ningún otro hecho probado consta que la demandante fuese cesada verbalmente el 15 de abril de 2017, antes, al contrario, del hecho probado segundo se desprende que su contrato temporal iniciado el 23 de enero de 2017 finalizaba el 15 de abril de 2017. Por otro lado, no ha quedado probado que en Pliegos de Prescripciones Técnicas de los anteriores contratos administrativos en el marco de los cuales la demandante vino prestando servicios en las bibliotecas municipales, estuviese prevista la subrogación de los trabajadores que venían prestando dicho servicio, previsión que habría desaparecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato adjudicado a Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., debiendo resaltarse que la razón de que la oferta más baja de las presentadas fuese la de esta empresa se basó, sin duda, en la condición de personal discapacitado de los trabajadores que iban a prestar el servicio, lo que suponía la bonificación para dicha empresa del 100% de las cotizaciones de Seguridad Social de los mismos.*

*El recurso de suplicación reitera que el cese de la demandante fue la consecuencia de la reclamación del colectivo de trabajadores a que pertenece en el Pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016 y que la no subrogación de los trabajadores que venían prestando el servicio de apoyo externo de las bibliotecas municipales fue la consecuencia de dicha reclamación. Esas alegaciones no evidencian error alguno en el razonamiento llevado a cabo en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida para concluir la inexistencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, para apreciar la inversión de la carga de la prueba. Por ello, la Sala desestima el primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.*

**NOVENO.-** Por último, respecto de la infracción del artículo 12 del ET, es innegable que entra las reglas que rigen el contrato a tiempo parcial, según el apartado 4.a) del mismo se encuentra, además de la formalización por escrito, el *figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo*, precisando dicha norma que, *de no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.*

Como se ha expresado al examinar el motivo de revisión fáctica, la sentencia de instancia sí da por acreditado, y lo traslada al relato de hechos probados que conforma, que la jornada no era completa sino parcial, por lo que faltando este presupuesto indispensable, no es posible acoger el motivo de infracción planteado.





También aquella sentencia de 13 de febrero de 2019 [REC: 1858/2018] aborda esta cuestión, afirmando lo siguiente:

*Aun admitiendo, a efectos meramente dialécticos que Educomex Servicios S.L. hubiere incumplido esas obligaciones, la sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que la jornada en el último de los contratos era de 2 horas y treinta minutos semanales, tal y como afirma el hecho probado cuarto de la misma, en base al contrato firmado por la demandante, al informe de vida laboral de la misma y a la testifical de [REDACTED] tal y como razona su quinto fundamento de derecho. Es decir, que la presunción de que la jornada era a tiempo completo habría decaído por la prueba practicada. En definitiva, la sentencia recurrida, al declarar que la jornada de la demandante era de 2 horas y treinta minutos semanales no ha incurrido en infracción alguna del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, lo que conduce a la desestimación del segundo de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.*

**DÉCIMO.** En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, los motivos de infracción han de ser rechazados y, con ello, el recurso, que debe desestimarse, con los efectos previstos en los artículos 201 y siguientes de la LRJS, que se precisarán en el fallo de esta sentencia.

#### FALLO

**I.-** Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número nueve de Málaga, de 8 de mayo de 2018.

**II.-** Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

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

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





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

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

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

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"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."*



