



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

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

N.I.G.: 2906744S20170007208

Negociado: **PC**

**Recurso: Recursos de Suplicación 113/2019**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 536/2017

Recurrente: [REDACTED]

Representante: MARIA DEL MAR BASCUÑANA SERRANO

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

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA, JUAN DE DIOS CASTILLO CASTRO y CARLOS DE LA OSA CRESPO

**Sentencia Nº 870/2019**

**ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE  
ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,  
ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ**

En la ciudad de MALAGA a quince de mayo 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 11 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMON GOMEZ RUIZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MALAGA, BCM GESTION DE SERVICIO, SL y EDUCOMEX





MULTISERVICIOS SL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de mayo de 2018 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

**I.-** [REDACTED] ha realizado prácticas como becaria de la Universidad de Málaga en las bibliotecas municipales del 21 de marzo al 20 de septiembre de 2011 (630 horas), del 10 de octubre de 2011 al 9 de enero de 2012 y del 19 de marzo al 18 de junio de 2012. La actora estuvo dada de alta en la Seguridad Social, en su condición de becaria, del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2011

**II.-** El Ayuntamiento de Málaga y la Universidad de Málaga suscribieron el 22 de marzo de 2004 un convenio de colaboración para el desarrollo de un programa de cooperación educativa en virtud del cual los alumnos que hayan superado el 50% de los créditos necesarios para obtener el título universitario cuyas enseñanzas estuviese cursando para obtener el título universitario, pertenecientes a la Universidad de Málaga, pueden acceder, como complemento práctico de su formación teórica, en la forma de alumnos en prácticas, al conocimiento de las técnicas y metodología del Ayuntamiento de Málaga. El periodo de duración de las prácticas es entre 3 y 6 meses, con un número máximo de horas de presencia de los alumnos en prácticas en la empresa como máximo de 25 horas semanales, con asistencia de dos tutores.

La Universidad de Málaga preselecciona a los candidatos de acuerdo con su expediente académico, realizando la selección definitiva una comisión mixta integrada por dos representantes de cada una de las entidades firmantes.

El Ayuntamiento de Málaga se compromete a establecer una aportación económica de trescientos euros mensuales al alumno en concepto de bolsa o ayuda al estudio, no pudiendo cubrir los alumnos en prácticas ningún puesto de trabajo del Ayuntamiento de Málaga, ni siquiera de carácter eventual por ser la relación estrictamente académica y no laboral. El convenio íntegro obra como documento n.º 2 del ramo de prueba del ayuntamiento y su contenido se da por reproducido.

**III.-** [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de Educomex Multiservicios S.L. (CIF B91475996) con contratos de duración determinada para obra o servicio determinado en los siguientes periodos:

- 26 de octubre a 9 de noviembre de 2012 (15 horas semanales), categoría profesional de auxiliar educativo.
- 23 de septiembre al 9 de octubre de 2013 ( 15 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca María Zambrano (calle Guadalete n.º 6, 1 Málaga).
- 5 al 6 de noviembre de 2013 (15 horas semanales), categoría profesional de controlador salas.
- 23 de diciembre de 2013 al 5 de febrero de 2014 (treinta y siete horas semanales), categoría profesional de auxiliar educativo.
- 21 de marzo al 30 de abril de 2014 (12:30 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca María Zambrano.
- 2 al 25 de junio de 2014 ( jornada de 32,5%).
- 11 de agosto al 19 de noviembre de 2014 (25 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca María Zambrano.
- 29 de enero al 14 de febrero de 2015 (12:30 horas semanales), categoría profesional de



controlador salas, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (calle Alcalde Nicolas Maroto n.º 18 Málaga).

- 17 de abril al 13 de junio de 2015 (12:30 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (calle Alcalde Nicolas Maroto n.º 18 Málaga).

- 22 de julio al 21 de noviembre de 2015 (jornada completa, 40 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (calle Alcalde Nicolas Maroto n.º 18 Málaga).

-30 de diciembre de 2015 a 15 de abril de 2017 (25 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo Biblioteca Dámaso Alonso (calle Alcalde Nicolas Maroto n.º 18 Málaga). Las nóminas expedidas en este periodo obran en autos.

Los contratos suscritos y las nóminas obran en el documento n.º 3 del ramo de prueba de Educomex Multiservicios S.L. en el n.º 2 y 3 del ramo de prueba de la parte actora y su contenido se da por reproducido.

IV.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de BCM Gestión de Servicios S.L. (CIF B92831112), con la categoría profesional de auxiliar de biblioteca, con contratos de duración determinada a tiempo parcial para obra o servicio determinado en los siguientes periodos: 20 de noviembre de 2014 a 28 de enero de 2015 y 23 de noviembre a 31 de diciembre de 2015. Los contratos y su modificaciones en cuanto al coeficiente de parcialidad obran como documentos n.º 2 y 5 a 12 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. cuyo contenido se da por reproducido y la retribución total percibida durante el último contrato ascendió a 1181,7 euros, conforme al desglose recogido en el documento n.º 3 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L.

V.- El 2 de febrero de 2012 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 22 de febrero de 2012 (expediente 85/11) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de un año, recogiendo la cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, lo previsto en el artículo 277.4 de la LCSP"

El 4 de marzo de 2013 se aprobó la prórroga del contrato por un año (expediente 85/11 – 5) ( folios 9 a 25 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

VI.- El 20 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 7 de julio de 2014 (expediente 15/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de un año, expresando la cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen.

El 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 Públicas Municipales de Málaga (expediente n.º 15/14) en su apartado décimo reitera que no existirá vinculación laboral alguna entre el





Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen.

El apartado 9 expone que “El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 del TRLCSP”. El pliego de prescripciones técnicas expresa, entre otros extremos, el objeto del contrato.

(Folios 26 a 59 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**VII.-** El 12 de noviembre de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a BCM Gestión de Servicios S.L. contrato de Servicio de Actividades de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 19 de noviembre de 2014 (expediente 134/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de dos meses, consignando la cláusula 8 que “El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, los previsto en el artículo 301.4 TRLCSP”

El 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 Públicas Municipales de Málaga (expediente n.º 134/14) en el apartado 9 expresa que “El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 del TRLCSP”. El apartado décimo estipula que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen.

El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la 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; 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 por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (folios 110 a 142 del documento n.º 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**VIII.-** Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios S.L. firmaron contrato menor con número ODC 2015/962 para la formación de usuarios para las bibliotecas municipales mientras adjudica el expediente 182/2014 (folios 60 a 70 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**IX.-** El 26 de mayo de 2015 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 24 de junio de 2015 (expediente 182/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de dos años. Recogiendo las cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, los previsto en el artículo 301.4 TRLCSP" El 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 Públicas Municipales de Málaga (expediente n.º 182/14) en el apartado 9 expresa que "El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 el TRLCSP". El apartado décimo estipula que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen.

El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la 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; 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 por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (folios 71 a 107 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**X.-** Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L. firmaron contrato menor con número ODC 2350/2015, aproximadamente en octubre de 2015, siendo su objeto el servicio de apoyo a las actividades de fomento a la lectura en las Bibliotecas Municipales por un periodo de dos meses (folios 143 a 159 del documento n.º 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**XI.-** BCM Gestión de Servicios S.L. presentó ante la Agencia Tributaria modelo 190 de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF por un total anual de percepciones de 4.015.695,84 euros.

**XII.-** BCM Gestión de Servicios S.L. presentó ante la Agencia Tributaria modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas en el ejercicio 2014 por un importe total de 7071372,88 euros y en el ejercicio 2015 por un importe total de 7.208.994,01 euros.

**XIII.-** Educomex Multiservicios S.L. es una empresa andaluza que se dedica a la gestión y organización de servicios educativos, servicios de ocio, servicios culturales y servicios formativos y tiene su domicilio en Sevilla (documentos n.º 6 del ramo de prueba de la parte actora y n.º 13 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

**XIV.-** BCM Gestión Servicios S.L., a partir del 20 de noviembre de 2014, comunicaba cada viernes a los trabajadores del Servicio de Formación de Usuarios a las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga el horario de la semana siguiente.

**XV.-** Durante la vigencia del contrato suscrito el 20 de noviembre de 2014 BCM Gestión de Servicios S.L. la actora remitía mensualmente parte de horas trabajadas.

**XVI.-** El 19 de noviembre de 2015 BCM Gestión de Servicios S.L. envió el correo electrónico obrante como documento n.º 5 del ramo de prueba de la parte actora.

**XVII.-** Las empresas adjudicatarias han justificado al ayuntamiento que la actora ha prestado servicios en el año 2015: 839 horas, en el año 2016: 1124,5 euros y en el año 2017: 323,5 horas, conforme al detalle obrante en el documento n.º 12 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido.

**XVIII.-** La actora desarrolla funciones básicas y de apoyo consientes en atención en sala, atención al usuario, altas y bajas, préstamos, renovaciones y devoluciones, búsqueda de información, activaciones de cuentas caducadas, servicio de internet, tratamiento de fondos (comprobación, sellado, colocación y ordenación). Estas funciones son diferentes de las atribuidas a los técnicos de biblioteca.

**XIX.-** Para el desarrollo de sus funciones la actora empleaba el material existente en las bibliotecas.

**XX.-** La actora prestaba servicios durante el horario de apertura de las bibliotecas **XXI.-** El horario de apertura de las bibliotecas municipales es de lunes a viernes de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 19:30 horas y sábados de 9:30 a 14:00 horas.

**XXII.-** La jornada completa del personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga es de 37,5 horas semanales y los funcionarios destinados a las bibliotecas municipales prestan servicios antes y/o después del horario de apertura y cierre de las bibliotecas, realizando los funcionarios adscritos a las Bibliotecas Municipales un horario superior al común en el Ayuntamiento.





**XXIII.-** El ayuntamiento elaboraba un cuadro para cubrir las incidencias en el que incluía a la actora.

**XXIV.-** Educomex Multiservicios S.L. tenía un coordinador, [REDACTED] -que no residía en Málaga-, y BCM Gestión de Servicios, [REDACTED] que contactaban con el jefe de sección de bibliotecas del Ayuntamiento.

**XXV.-** La actora ha percibido sus retribuciones de las diferentes empresas adjudicatarias.

**XXVI.-** El salario a jornada completa que corresponde a la actora si se integra en el Ayuntamiento de Málaga es de 1530,35 euros mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, correspondiendo a una jornada de veinticinco horas semanales 956,46 euros mensuales.

**XXVII.-** En el periodo comprendido de junio de 2016 a abril de 2017 la actora ha percibido de Educomex Multiservicios S.L., en cómputo bruto, el siguiente salario: a) año 2016: junio, julio y agosto: 341,91 euros mensuales, septiembre: 397,93 euros, octubre: 265,29 euros, noviembre: 346,50 euros y diciembre de 2016: 582,14 euros; b) año 2017: enero a marzo de 2017: 238,05 euros mensuales y abril: 0 euros. La actora debió percibir 478,23 euros mensuales y en abril de 2017: 239,12 euros.

**XXVIII.-** Educomex Multiservicios S.L. no ha abonado a la actora en el periodo comprendido de junio de 2016 a abril de 2017 la cantidad de 1688,33 euros en concepto de diferencias salariales (sin inclusión de horas extraordinarias).

**XXIX.-** El precio/hora de una hora extraordinaria para un técnico auxiliar nivel 17 (personal laboral municipal o funcionario) es de 20,41 euros.

**XXX.-** El precio de la hora extraordinaria para un técnico auxiliar de biblioteca, a jornada completa, en el año 2016 es de 11,69 euros y en el año 2017, 11,81 euros, ascendiendo la realización de 397 horas extraordinarias a un montante total de 4647,89 euros conforme al desglose recogido en el documento n.º 11 del ramo de prueba del ayuntamiento.

**XXXI.-** Tras una moción presentada por el grupo Málaga para la Gente, el 24 de noviembre de 2016 se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el Acuerdo obrante en el documento n.º 10 del ramo de prueba del ayuntamiento sobre las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las Bibliotecas Municipales y respecto del cambio de adjudicataria. El tenor literal del acuerdo es el siguiente: 1.- 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 las condiciones laborales de los trabajadores en el marco de la negociación del calendario laboral. 2º.- 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 los trabajadores externos de las Bibliotecas Municipales para la mejora de las mismas, en el marco de las cláusulas sociales. 3º.- Mostrar la solidaridad del Consistorio con las trabadoras 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 se les informe y se interesen por la situación en que quedan". El contenido de la moción se expresa en el precitado documento n.º 10 y su contenido se da por reproducido.

**XXXII.-** El 8 de abril de 2017 la actora entregó las llaves de las bibliotecas municipales de Málaga Dámaso Alonso, Jorge Guillén, Cristóbal Cuevas, Jose Antonio López Rodríguez.

**XXXIII.-** El convenio colectivo que se ha aplicado por Educomex Multiservicios S.L. es el de ocio educativo y animación sociocultural.

**XXXIV.-** El 14 de octubre de 2016 se adjudicó a Ilunión Cee Outsourcing S.A. la





contratación del Servicio de Apoyo en la Prestación de los Servicios Y Actividades de la Red de Bibliotecas Públicas de Málaga (expediente 46/16) por un plazo de dos años, suscribiéndose el contrato administrativo el 13 de marzo de 2017.

**XXXV.-** [REDACTED] no ostentaba en la fecha del cese ni en el año anterior la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical.

**XXXVI.-** El 15 de mayo de 2017 la trabajadora presentó papeleta de conciliación dirigida y el 5 de junio de 2015 se intentó sin efecto el acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, no compareciendo BCM Gestión de Servicios S.L. ni el Ayuntamiento, estando debidamente citados, ni Educomex Multiservicios S.L., no constando en el expediente la recepción de la citación.

**XXXVIII.-** El 5 de junio de 2017 se interpuso demanda.”

**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 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La trabajadora recurrente comenzó a prestar servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, y la empresa demandada le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, ante lo que recurre en vía jurisdiccional el cese acordado por la empresa, alcanzando éxito parcial en la instancia al declarar la sentencia la improcedencia del despido, pero no la nulidad, condenando solidariamente a Educomex Multiservicios S.L. y al Ayuntamiento de Málaga por cesión ilegal de mano de obra.

**SEGUNDO.-** Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta en reclamación por despido, formula la parte actora Recurso de Suplicación articulando un motivo de revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un motivo de censura jurídica encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe el art. 24 de la Constitución española, 181 y 113 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, 12, 43 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, realizando diversas alegaciones y solicitando en el presente Recurso de Suplicación la estimación íntegra de la demanda y la estimación en cuanto a la categoría, antigüedad y jornada reclamadas, y la declaración de la nulidad del despido impugnado por vulneración de derechos fundamentales, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad.

**TERCERO.-** En el motivo que interesa la revisión fáctica, pretende la parte recurrente la modificación de los ordinales nº 17 en el sentido de que las empresas adjudicatarias no han justificado la realización de las horas prestadas por la parte actora y en base a la documental que cita alegando que no se ha aportado prueba alguna de las horas realizadas, nº 18 de forma que recoja las funciones que describe, que se dan por reproducidas, siendo las mismas funciones atribuidas a los técnicos de las bibliotecas y en base a la documental obrante en el ramo de prueba de las empresas demandadas, nº 20 en el



sentido de que la actora prestaba servicios durante todo el horario de apertura de las bibliotecas, ya que en ocasiones lo hacía sola, y tenía las llaves de los centros de trabajo para su apertura y cierre y por los mismos argumentos expuestos, y nº 26 en cuanto al salario regulador del despido que pretende a jornada completa de 1.530,35 € del Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga y por los mismos argumentos expuestos, impugnando la valoración de la prueba practicada por la Juez a quo y realizando diversas alegaciones.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 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.

Y la revisión pretendida no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante, y al no existir documento invocado que evidencie el error del juzgador de manera clara y directa y patente y sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables como las que realiza la parte recurrente, no desvirtuándose por las alegaciones que realiza la valoración de





la prueba practicada por la Juez a quo que explica y razona detalladamente en los Fundamentos de derecho.

A ello se añade que es doctrina reiterada de la Sala que no basta alegar la inexistencia de prueba o la inexistencia de documentos, pues como declara esta Sala de forma reiterada entre otras en las Sentencias de la Sala en Recursos de Suplicación nº 1738/2005, 2117/16, 874/17 y 904/18 no es suficiente alegar la inexistencia de prueba o la inexistencia de documentos para privar de valor a la valoración de la prueba realizada por el juez a quo, y la conclusión fáctica alcanzada sólo puede desvirtuarse por documentos o pericias, que son los únicos medios probatorios hábiles y eficaces en esta vía con arreglo al citado apartado b del art. 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, los que como se dice no se invocan sin que baste alegar la inexistencia de prueba de la jornada a tiempo parcial, toda vez que la doctrina judicial es tajante –sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2012- que declara que “...la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho...”.

E igualmente que la Sala no pueda realizar una nueva valoración de la totalidad de la prueba documental practicada como la parte recurrente pretende en relación a la categoría, al citar de forma global los documentos del ramo de prueba de las empresas demandadas, y que el Tribunal Superior no puede dado el carácter extraordinario del Recurso de Suplicación efectuar una nueva ponderación de la prueba, la que corresponde al juez de instancia en base al principio de inmediación que le faculta para valorar libremente con arreglo a la sana crítica la testifical practicada sin que esta valoración de la prueba testifical sea controlable por la Sala,

En consecuencia, permanece por ello inalterada la conclusión fáctica alcanzada sobre la categoría, jornada y salario regulador del despido, y procede desestimar este motivo del recurso.

**CUARTO.-** Solicita, la trabajadora recurrente en esta vía la estimación íntegra de la demanda y la declaración de la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad.

Y tal cuestión ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en las sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 1434/10, 678/11, 1469/13, 260/14, 2087/16, 2289/17 y 1242/18, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

Al respecto, en relación a la existencia de indicios de violación de derechos fundamentales con los efectos de inversión de la carga de la prueba, dispone el art. 181.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, que “En el acto del juicio, 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”.

Esta Sala ha declarado con reiteración, en sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1434/10, 678/11, 1469/13 y 260 /14, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo, que la correcta aplicación del precepto adjetivo expuesto que expresa más recientemente la STS de 31-5-05 en Recurso de





Casación nº 108/04 exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma, y en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996 (RJ 1996\1007, RJ 1996\3080), dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, al significar que para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, «y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia». Distinguen estas sentencias entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba.

Así se ha dicho por esta Sala, como recoge la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 260 /14, entre otras en las Sentencias dictadas en Recurso de Suplicación nº 2.707/03, 1.862/04, 1316/05, 1509/05, y 99/07, que el demandante está obligado a acreditar la existencia de indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho fundamental y constatado tal extremo, ha de ser la empresa la que tenga que asumir la carga de demostrar que los hechos motivadores de su conducta son ajenos a cualquier discriminación o violación del derecho fundamental cuya protección se impetra. Por tanto, una vez comprobada la existencia de indicios de que puede haberse producido violación del derecho fundamental, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable. Corriendo de cargo del empresario, alcanzar tal resultado probatorio sin que le baste intentarlo, debiendo por su parte el órgano judicial llegar a la paralela convicción, no ya de que la conducta empresarial es simplemente lesiva de un derecho subjetivo, sino de que tal conducta es totalmente ajena a cualquier lesión de un derecho fundamental, de modo que pueda estimarse que, la conducta impugnada hubiera tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes reales y serias para entender que es razonable la decisión empresarial adoptada.

Por su parte el Tribunal Supremo ha venido a señalar (SSTS 13.10.89, 18.6.91 y 27.5.96 entre otras), que no basta la mera alegación de la violación invocada, sino que para su valoración como tal, es menester la constatación de algún indicio racional fáctico que haga verosímil su imputación, debiendo rechazarse y vedar la posibilidad de estimación a cualesquiera afirmaciones fácticas o instrumentalmente dirigidas a obtener la favorable posición procesal de atribuir el deber de probar al contrario, a no ser que estén apoyadas en la coherencia y solidez de generar una razonable sospecha o presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, siendo en tal caso la demostración, por parte del empresario, de cualquier causa real y seria que justifique como razonable - independientemente de que se estime o no judicialmente como tal- la decisión disciplinaria de proceder al despido, razón





bastante y motivo suficiente para desvirtuar aquella inversión de la carga de la prueba y hacer decaer la petición de declaración de nulidad del despido que además –y como sustenta el mismo Alto Tribunal en las de 11.4.90, 13 marzo y 30 noviembre 1991- la especial clase del despido nulo es una figura excepcional y extrema cuya declaración de existencia exige la concurrencia de elevadas dosis de arbitrariedad y capricho en la actuación del empresario, sin que se suficiente que la misma sea ilícita o contraria a la Ley –pues tanto el despido nulo como el improcedente implican contradicción o incumplimiento de la normativa legal- sino que esa ilegalidad ha de ser intensa y superlativa, resultando con ella vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral.

Y en relación con la carga probatoria que incumbe al demandado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha venido señalando que "se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales –lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Por otra parte declara esta Sala, entre otras en las Sentencias nº 377/2.004 de 20-2-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 2.707/2.003, nº 1.902/05 de 21-7-05 dictada en Recurso de Suplicación nº 1509/2005 y en la recaída en el Recurso de Suplicación nº 1.720/05, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencia núm. 140/1999 de 22 julio RTC 1999\140, que cita otras muchas en las que se estudia el tema de la protección de los trabajadores frente al despido empresarial contrario a sus derechos fundamentales, " 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 (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995 [RTC 1995\54])".

**QUINTO.-** Pues bien, con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, no puede entenderse que existan en el caso sometido a Recurso de Suplicación indicios suficientes que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho fundamental.

Y así, como para caso similar se declaró en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2087/16 y 1840/18, la Sala, con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, llega a la conclusión de que no puede entenderse, como razona la magistrada de instancia acertadamente, que existan en el caso sometido a Recurso de Suplicación indicios suficientes que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la





violación de un derecho fundamental, y en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española, no siendo suficientes las circunstancias fácticas concurrentes expuestas en los hechos probados y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, y por la parte recurrente no se aportan suficientes elementos indiciarios, no siéndolos los que alega en cuanto a la reclamación del colectivo de los trabajadores e intervención en el Pleno de 14-11-16.

En este sentido razona la magistrada de instancia en el Fundamento de derecho 3 que “La valoración de la prueba practicada impide apreciar la existencia de indicios sólidos de la vulneración pretendida toda vez que:

a) no consta acreditado que el Ayuntamiento de Málaga cesara verbalmente a la trabajadora el 15 de abril de 2017 como se afirma en el hecho probado sexto de la demanda. b) El último contrato administrativo adjudicado a Educomex Servicios S.L. (firmado el 24 de junio de 2015) tenía un periodo limitado de vigencia (dos años), habiendo sido adjudicado el servicio a Ilunion Cee Outsourcing S.A.(expediente 46/2016) e iniciando ésta la prestación del servicio el 20 de marzo de 2017. La adjudicación responde a un expediente de contratación en el que Ilunión Cee Outsourcing S.A. presentó la mejor oferta (más baja) entre varias empresas c) No se ha probado que la actora o el colectivo en el que se integra comunicara al Ayuntamiento demandado antes del 15 de abril de 2017 voluntad o intención de ejercitar acción legal contra la corporación local ni que la actora fuera promotora de iniciativa en tal sentido. d) El acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016 no contiene reclamación al Ayuntamiento sobre cesión ilegal o fraude de ley en la contratación ni de la moción planteada se infiere tal contenido. Consecuentemente con lo expuesto, y ante la falta de indicios de entidad relevante para la inversión de la carga de la prueba, no puede afirmarse que el cese del contrato de la actora fuera motivado por una voluntad exteriorizada de ejercer acciones contra el Ayuntamiento de Málaga sino por la adjudicación del servicio a otra empresa adjudicataria”.

Y la Sala comparte este criterio, pues, si bien se refleja en el hecho probado 3 el contenido del Pleno tras una moción presentada por el grupo Málaga para la Gente, y el Acuerdo que se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga obrante en el documento n.º 10 del ramo de prueba del ayuntamiento sobre las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las Bibliotecas Municipales y respecto del cambio de adjudicataria, pero ni dicha intervención en el Pleno a que alude la parte recurrente ni dicho Acuerdo pueden entenderse indicios suficientes para la inversión de la la carga de la prueba, no existiendo otras circunstancias que lo sean.

Incluso por la Sala, entre otras, en la sentencia recaída en Recurso de Suplicación nº 900/15 se declara que “dicho razonamiento, coincidiendo esta Sala con la tesis de la recurrente, realiza un ejercicio de puro automatismo que le lleva, prescindiendo de todas las circunstancias concurrentes al caso, a considerar que la presentación de reclamación previa es la sola causa del cese en la relación laboral por falta de prórroga. Se limita a enlazar en el tiempo ambas premisas -reclamación previa y cese posterior- para alcanzar el silogismo de la represalia, sin tener en cuenta otras circunstancias, tanto previas como posteriores, a la presentación de la reclamación previa por parte de los actores y, sobre todo, obvia el hecho fundamental de que fue la propia Consejería empleadora la que, tras reuniones con los actores, instó ante la SGAP el reconocimiento de su relación laboral como indefinida y promovió la presentación de las reclamaciones previas. Así, cuando los trabajadores pueden haber conocido de antemano la fecha de finalización de sus contratos, el sólo hecho de haber





entablado una acción declarativa de fijeza pueda no puede dar lugar automáticamente a una causa de nulidad. Así, el TSJ de Madrid en Sentencias de 5 de junio de 2003 y de 27 de octubre de 2004 ha declarado al respecto que *“no es aceptable que en una relación sujeta a término, el hecho de haber entablado una acción declarativa de fijeza o de cesión ilícita con anterioridad a la extinción deba dar lugar automáticamente a la nulidad del despido, ya que si así fuera se favorecerían estrategias procesales y se desvirtuaría la razón de ser de la doctrina sobre la garantía de indemnidad (...) ha de evitarse que baste una presentación de reclamación previa o demanda sobre derechos cuando pueda preverse fácilmente que poco tiempo después la empresa va a extinguir la relación de todos modos, para asegurar el resultado de nulidad del despido”*...En atención a todo lo razonado, el despido de los actores no puede ser calificado como nulo, sino como improcedente”.

Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, y, examinado el relato histórico no se dan por acreditados, ni se logra en esta vía, suficientes indicios que produzcan la inversión de la carga de la prueba, y, no habiéndose demostrado el indicio alegado en la instancia, se encuentran carente de acreditación la existencia de los indicios alegados, prevaleciendo, de forma no desvirtuada por la parte recurrente, los razonamientos contenidos en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, y no siendo suficiente las circunstancias alegadas por la parte recurrente, y por ello no aparecen demostrados ni constatados los indicios alegados.

Ante tales circunstancias fácticas la Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación, como para otros casos entre otras en la sentencia de la Sala recaída en Recursos de Suplicación nº 1795/08, 260/14 y 2087/16, no cabe apreciar datos fácticos suficientes que permitan entender la concurrencia de indicios que inviertan la carga de la prueba, pues no lo son las alegaciones de la parte recurrente y por todo ello no cabe concluir a favor de la concurrencia de indicios que inviertan la carga de la prueba ni tampoco son suficientes las alegaciones y afirmaciones que efectúa la recurrente que no se recogen en los hechos probados.

A lo que se une como declara la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 491/15 que no existe relación de causalidad, o como declaran las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 969/18 y 2046/18 que no existe conexión temporal entre el acto preparatorio alegado y la decisión de despedir, dada la fecha de la aludida intervención den el Pleno y la fecha del despido, cuando además el cese vino motivado por el fin de la contrata.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala en la sentencia recaída en Recurso de Suplicación nº 1890/18, en caso idéntico, al declarar que *“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 interesarse 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.”.

Por todo ello, no puede calificarse como nulo el despido acordado por la empresa como pretende la parte actora recurrente pues tal efecto de nulidad sólo puede declararse y está reservado para los supuestos específicamente establecidos por el legislador en el párrafo 5º del art. 55 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuando el despido “tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y no puede extenderse al caso de cese analizado ni puede entenderse que este cese pueda incluirse dentro de los indicados supuestos, y al no tratarse tampoco de alguno de los casos contemplados y adicionados por la Ley 39/99 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ni existir una vulneración del derecho a la indemnidad ni indicios de vulneración de derechos fundamentales, por lo que la pretensión de nulidad del despido no puede ser acogida al no aparecer vulnerados derechos fundamentales ni venir determinada la decisión de la empresa por el designio de conculcar dichos derechos, siendo para ello insuficientes las afirmaciones y alegaciones de la parte actora y recurrente, por lo que no puede declararse la nulidad del despido pedida, y procede desestimar este motivo del recurso.

**SEXTO.-** Igual suerte desfavorable merece la censura jurídica en cuanto a la categoría, jornada y salario regulador del despido, pues fracasada la revisión fáctica pretendida igual suerte desfavorable debe correr la censura jurídica que se basa y aparece condicionada además por el éxito de aquélla ya que de acuerdo con reiterada doctrina judicial no puede prosperar la revisión de derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución se constaten y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación de ambos presupuestos, y por ello, inalterada por lo expuesto la conclusión fáctica alcanzada por la magistrada de instancia en base a la valoración del material probatorio que le es confiada, no puede alcanzar éxito la pretensión categoría, mayor jornada y salario regulador del despido ni de mayor indemnización por despido por este motivo.

En este sentido, afirma por la magistrada de instancia que no aparece probada la mayor jornada superior reclamada, a la fijada en el contrato de trabajo como razona la magistrada de instancia en los Fundamentos de derecho en base a la valoración de la prueba practicada, describiendo en los hechos probados los contratos de trabajo suscritos y la jornada pactada en cada uno de ellos, cumpliendo los requisitos del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, no demostrándose por la parte actora en la instancia ni se consigue en esta vía la jornada completa pretendida, como tampoco la categoría y salario regulador del despido postulados, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

**SÉPTIMO.-** Sin embargo, merece suerte favorable de modo parcial la pretensión de mayor antigüedad, dado que, si bien existe una interrupción significativa de la unidad del vínculo laboral como alega la parte recurrida desde 9-11-12 a 23-9-13 y por ello no cabe conceder la anterior a 23-9-13, pero ya debe reconocerse desde esta fecha al no existir interrupciones significativas desde la misma, siendo equivalentes las producidas después de 23-12-13 a las anteriores desde 23-9-13, y, atendida dicha antigüedad, efectuando el cálculo con





arreglo a la Utilidad de la web del poderjudicial.es, resulta la cantidad en concepto de indemnización de 3.718,40 €.

Fecha de inicio: 26/09/2013

Fecha de finalización: 15/04/2017

Número de días: 1298

Número de meses: 43

Salario bruto: Mensual

Importe: 956,46

Sueldo diario: 31,45

Resultados: 1. DESPIDO IMPROCEDENTE -- Sueldo diario x meses x 2,75: 3718,40

En consecuencia, debe estimarse parcialmente el Recurso de Suplicación y revocarse parcialmente la sentencia en cuanto a qué debe reconocerse la antigüedad de 23-9-13 y la cuantía de la indemnización que se fija en 3.718,40 €, manteniendo la sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

Por ello debe confirmarse la sentencia de instancia en la declaración de despido improcedente con las consecuencias derivadas, con ésta salvedad, y en la declaración de trabajador indefinido no fijo del Sector público, y por ello la readmisión en su caso en el Ayuntamiento de Málaga sólo tiene lugar como relación laboral indefinida y no fija, hasta la provisión legal y regular de la plaza mediante la convocatoria de los correspondientes concursos públicos de selección regidos por los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad a lo que está obligada la Entidad demandada, o hasta que concurra otra causa de extinción como la extinción del contrato por causas objetivas y no siendo suficiente ya la simple amortización de la plaza como declaran las STS de 24/06/2014 RCU 217/2013 y de 12/05/2015 en RCU 1080/2014, en criterio que sigue este Magistrado, no obstante el Voto particular, con razonamientos, que aquí se dan por reproducidos, con discrepancia que se extiende a la opción convencional a favor del trabajador por ser contraria y vulneradora de los indicados principios y derecho fundamental a la igualdad, formulado en el Recurso de Suplicación 1136/17 Roj: STSJ AND 10253/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:10253.

**OCTAVO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Málaga de fecha 10 de mayo de 2018, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA, BCM GESTION DE SERVICIO, SL y EDUCOMEX MULTISERVICIOS SL sobre Despido, y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia recurrida en el único sentido de que fijamos la antigüedad de la actora en la de 23-9-13 y la indemnización en la





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

cantidad de 3.718,40 €, manteniendo la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, sin costas.

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.

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."*



