



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

JUZGADO DE LO SOCIAL  
NUMERO TRES  
MALAGA

Autos 814/17

SENTENCIA N° 251/2020

En la ciudad de Málaga, a once de noviembre de dos mil veinte.

Vistos por la Iltna. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Rojo Cabezudo, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Social número Tres de Málaga y su provincia, los presentes autos en reclamación por despido y tutela de Derechos Fundamentales, seguidos entre partes siendo demandante [REDACTED] y como demandadas las empresas Ayuntamiento de Málaga y Gesvan Sociedad Cooperativa Andaluza, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Que por la parte actora se presentó escrito de demanda, en los términos que figuran en la misma, la cual fue admitida, proveyéndose y citándose de comparecencia a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, que tuvieron lugar el día acordado, haciendo las partes comparecientes las alegaciones que estimaron pertinentes a su derecho, levantándose el acta correspondiente a tal fin mediante sistema de videograbación y que obra unida a las actuaciones.

#### HECHOS PROBADOS

1º.- [REDACTED], mayor de edad y con domicilio a efectos de notificaciones en Málaga, ha venido prestando sus servicios por cuenta del Ayuntamiento de Málaga desde el día 25 de abril de 2011, ostentando la categoría profesional de técnico de grado medio de medio ambiente y percibiendo un salario mensual de 2.556,09 euros incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

2º.-Con fecha 8 de noviembre de 2012 se constituyó la entidad Gesvan, S. Coop. Andaluza, siendo al actora una de los socios. Dicha entidad firmó en fecha 30 de diciembre de 2015 un contrato administrativo con el Ayuntamiento de Málaga por periodos de dos años para la prestación de servicios relativas al centro asesor ambiental.

Por Decreto del Ayuntamiento demandado de fecha 27 de diciembre de 2017 se acordó resolver el contrato suscrito con Gesvam, SCA por incumplimiento de culpable de la contratista al no estar prestando el servicio durante el tiempo previsto en los pliegos de condiciones y en el contrato administrativo, desde junio de 2017.

Dicha entidad acuerda su disolución mediante acta de de la asamblea general de 24 de octubre de 2017.

3º.-Que en fecha 17 de mayo de 2016 por la Inspección de Trabajo se extendió acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social al Ayuntamiento de Málaga por falta de alta y cotización de trabajadores, entre los que se encuentra la demandante. Por la Tesorería General de la Seguridad Social se inició procedimiento de oficio a resultas de dicha acta, presentando demanda en fecha 13 de octubre de 2016, que dio lugar a los autos nº875/16 seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga, que dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2017, que declaró la existencia de relación laboral entre los trabajadores y el Ayuntamiento de Málaga.

Dicha sentencia fue confirmada por sentencia de la Sala de lo Social en Málaga del TSJA de 24 de mayo de 2018.

4º.-Con fecha 26 de diciembre de 2018 se dictó sentencia en el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga en autos 821/17 seguidos instancia de la actora contra el Ayuntamiento de Málaga en procedimiento de reclamación de cantidades devengadas desde el 1 de enero de 2016 a 30 de junio de 2017, que estimó parcialmente la demanda interpuesta, dándose aquí por reproducido su contenido.

Recurrida en suplicación fue revocada en parte por sentencia de la Sala de lo Social del TSJA de 25 de septiembre de 2019.

5º.-Con fecha 16 de julio de 2018 la actora presentó demanda en reclamación de cantidad contra el Ayuntamiento de Málaga y la empresa Gesvan Scoop And. , que fue estimada condenando a los demandados al abono de la cantidad reclamada por el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 2017 al 14 de febrero de 2018.

6º.-Que por resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 26 de junio de 2020 se acuerda tramitar la baja de oficio de la actora con fecha real y de efectos de 30 de junio de 2017 en la empresa Ayuntamiento de Málaga, así como reconocer cotizado el periodo 1-3-2012 al 16-2-16.

Dicha resolución tuvo entrada en el Ayuntamiento de Málaga el 30 de junio de 2020.

7º.- La actora remitió diversos correos electrónicos al área de sostenibilidad medioambiental del Ayuntamiento de Málaga, en fecha 13, 14, 15, 16 y 19 de junio de 2017 relativos al uso de correo, acceso al ordenador, llaves del edificio, del despacho y garaje, cuyo contenido obra en autos, dándose por reproducido.

8º.- La actora permaneció en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 5 de julio de 2017 al 9 de agosto de 2017, por trastorno adaptativo por ansiedad por problemas de pareja y de trabajo.

9º.-Por escrito de 7 de febrero de 2018 el Ayuntamiento de Málaga comunica a la actora que, viene siendo habitual su presencia en las dependencias municipales de forma permanente y sin título legal que le habilite para el uso de las mismas por lo que le requiere para cese en esa actitud con la advertencia de que se dará traslado a la Policía Local si persiste en dicha actitud. Con fecha 14 de febrero de 2018 los agentes se personan en el centro donde informaron a la demandante para que abandonara la sede, lo que efectuó.



10º.-Obran en autos decretos que aprueban la conciliación alcanzada tras demandas presentadas por tres compañeros de la demandante.

11º.- Con fecha 5 de octubre de 2017 se presentó papeleta de conciliación ante el Cmac por despido.

12.-La actora presentó escrito de demanda en fecha 5 de septiembre de 2017 por despido tácito ocurrido el día 10 de agosto de 2017.

Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2017 la actora aclara su escrito de demanda haciendo constar que la fecha del despido tuvo lugar el 14 de febrero de 2018 cuando la Policía le impidió la entrada al puesto de trabajo.

13º.-Con fecha 2 de marzo de 2018 la actora presenta nueva demanda por despido ocurrido el día 14 de febrero de 2018, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, autos193/18, que fueron acumulados a los presentes autos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2) del art. 97 del Ley Reguladora de la Jurisdicción debe hacerse constar que el relato fáctico se ha extraído del resultado del juicio así como de la documental obrante en autos.

Segundo.- Se ejercita por la actora,mediante el presente procedimiento acción de despido con vulneración de derechos fundamentales contra el Ayuntamiento de Málaga. Sostiene la demandante que dicho proceder obedece a la existencia de declaración de relación laboral por parte de la Inspección de Trabajo y su asistencia al juicio promovido por la Tesorería General de la Seguridad Social por el acta levantada por la referida Inspección, tal y como consta en el escrito de demanda cuyo conocimiento dio lugar a los presentes autos.

Alega, por otra parte,en el escrito de demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, posteriormente acumulada a los presentes autos, en el hecho décimo y undécimo de la misma diversos hechos efectuados por el Ayuntamiento, que significan el menoscabo de su dignidad como trabajadora, consistente, en esencia, en la modificación de sus condiciones laborales. Por lo que solicita que el cese sea declarado como nulo.

Tercero.-Con respecto a la cuestión nulidad suscitada por la demandante ha de señalarse que se ha pronunciado de manera reiterada la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, la cuestión planteada permite recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido como parte del derecho de tutela judicial efectiva, la denominada "garantía de indemnidad", señalando que "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" - sentencia 198/2001 de 4 de octubre (RTC 2001, 198) - y la misma doctrina se reitera en las sentencias 7/1993 de 18 enero (RTC 1993, 7) , 54/1995 de 24 febrero (RTC 1995,



54) , 140/1999 de 22 julio (RTC 1999, 140) , 101/2000 de 10 abril (RTC 2000, 101) y 198/2001, de 4 de octubre.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 55/2004, de 19 de abril , recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se obtiene mediante la actuación de los Jueces y Tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden determinar consecuencias perjudiciales 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 y encaminadas a obtener la tutela de sus derechos ( SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) [RTC 1993\14 ] , 54/1995, de 24 de febrero ).

En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985 (RCL 1985, 1548) [RCL 1985\1548 ]), 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".

Cuarto.-En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2011, de 14-2-2011 (RTC 2011, 6) , estableciendo 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 igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza".

La aplicación de este instituto exige la concurrencia de tres requisitos: la actuación del trabajador que implique una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, la existencia de un acto empresarial perjudicial y la relación de causalidad entre la conducta del trabajador y la posterior decisión perjudicial [ SSTs de 29-1-2013 (RJ 2013, 3814) (Rec. 349/2012 ) , 4-3-2013 (RJ 2013, 4502) (Rec. 928/2012 ) o las SSTs de 21-1-2014 (RJ 2014, 996) (Rec. 941/2013 ) y 19-2-2014 (RJ 2014, 1136) (Rec. 687/2013 ) , en materia de cesión ilegal y despido, entre otras].

Además, en esta materia de vulneración del derecho a la indemnidad la doctrina constitucional ha admitido que no sólo el ejercicio de acciones judiciales puede determinar el tipo de protección que se pretende. Se admiten otro tipo de acciones como las administrativas, las reclamaciones previas, las realizadas ante la Inspección de Trabajo, así como los actos tendentes a la evitación del proceso.



Conviene puntualizar que en los casos en los que un trabajador denuncia ante los tribunales del orden social que un acto o práctica empresarial lesiona alguno de sus derechos fundamentales, queda obligado a aportar en el acto del juicio indicios razonables que fundamenten tal alegato. Es decir, deberá desarrollar una actividad probatoria que permita al juzgador deducir la posibilidad de que la lesión se haya producido, no siendo suficiente con alegar la vulneración del derecho fundamental (por todas, STC 26 julio 96).

El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse ( SSTC 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 87) ; 293/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 293) ; 140/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 140)

Como señala la STS de 14-2-2012 , en relación a la aportación de elementos indiciarios de la vulneración de derechos fundamentales, han de considerarse los siguientes extremos: "(...) para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [ STC 266/1993, de 20/Septiembre ) sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» ( SSTC 114/1989, de 22/Junio , 85/1995, de 06/Junio ; 144/2005, de 06/Junio ; y 171/2005, de 20/Junio ), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» ( STC 207/2001, de 22/Octubre (RTC 2001, 207) , F. 5) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000, de 18/Diciembre

Es decir, deberá desarrollar una actividad probatoria que permita al juzgador deducir la posibilidad de que la lesión se haya producido, no siendo suficiente con alegar la vulneración del derecho fundamental (por todas, STC 26 julio 96.)

El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse ( SSTC 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 87) ; 293/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 293) ; 140/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 140)

Como señala la STS de 14-2-2012 , en relación a la aportación de elementos indiciarios de la vulneración de derechos fundamentales, han de considerarse los siguientes extremos: "(...) para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [ STC 266/1993, de 20/Septiembre ) sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» ( SSTC 114/1989, de 22/Junio , 85/1995, de 06/Junio ; 144/2005, de 06/Junio ; y 171/2005, de 20/Junio ), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» ( STC 207/2001, de 22/Octubre (RTC 2001, 207) , F. 5) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000, de 18/Diciembre).



Quinto.-En el presente caso, basa la actora la denunciada actitud vulneradora en los hechos en la existencia del acta de infracción levantada al Ayuntamiento, motivo por el cual considera que el día 10 de agosto de 2017 fue despedida de manera tácita.

A este respecto se acredita que la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social, que dió lugar a los autos seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga, que declaró la existencia de relación laboral entre trabajadores, entre ellos la actora, y la referida entidad local, fue promovida de oficio, por lo que ninguna participación activa tuvo al demandante la respecto.

El hecho de que asistiera como demandada en el procedimiento seguido ante dicho Juzgado, no es más que la llamada al proceso de quienes puedan verse afectados por su pronunciamiento al objeto de constituir válidamente la relación jurídico-material, por lo que no cabe apreciar por dicho dato, indicio alguno necesario que conlleve la inversión de la carga de la prueba.

La actora, en su escrito de demanda alude a la modificación de las condiciones de trabajo para considerar que el cese, que hasta ese momento fijaba en el día 10 de agosto de 2017, por lo que éste debía reputarse nulo, lo que vuelve a alegar en el escrito de demanda que correspondió al Juzgado de lo Social nº 6, acumulada al presente y donde establece como fecha del cese el día 14 de febrero de 2018, cuando fue desalojada por la Policía. Ha de tenerse en cuenta a tales efectos, que es a la parte actora a quien incumbe acreditar la fecha del despido.

Queda probado que la actora permaneció de baja médica desde el 5 de julio de 2017 hasta el 9 de agosto de 2017, sin que se acredite la existencia del despido tácito aludido de 10 de agosto de 2017, tal y como la propia actora aclara en su escrito de concreción de la demanda, en que establece como fecha del cese la del 14 de febrero de 2018.

Sexto.-De lo actuado resulta que por Decreto del Ayuntamiento demandado de fecha 27 de diciembre de 2017 se acordó resolver el contrato suscrito con Gesvam, SCA por incumplimiento de culpable de la contratista al no estar prestando el servicio durante el tiempo previsto en los pliegos de condiciones y en el contrato administrativo, desde junio de 2017. La demandante era socia fundadora de dicha empresa contratista, pese a lo cual, continuó acudiendo a la sede donde había venido prestando servicios con anterioridad, en virtud del contrato administrativo suscrito en su día entre la sociedad cooperativa y el Ayuntamiento.

Ello motivó que por escrito de 7 de febrero de 2018 el Ayuntamiento de Málaga comunicara a la actora que, siendo habitual su presencia en las dependencias municipales de forma permanente y sin título legal que le habilite para el uso de las mismas le requiere para cese en esa actitud con la advertencia de que se dará traslado a la Policía Local si persiste en dicha actitud. Con fecha 14 de febrero de 2018 los agentes se personan en el centro donde informaron a la demandante para que abandonara la sede, lo que efectuó.

Nada acredita la actora de que la conducta del Ayuntamiento supusiera un atentado contra sus condiciones laborales, dado que ninguna prueba ha desplegado a tal efectos, sin que sea válida, como se ha expuesto, la mera alegación de su existencia.

El día 14 de febrero de 2018 lo que se produjo fue el desalojo de la demandante que estaba ocupando de manera indebida el centro de trabajo, y ello porque la relación



laboral ya se había extinguido con anterioridad, el 30 de junio de 2017. Ello se deduce del contenido del Decreto de 27 de diciembre de 2017, de la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 26 de junio de 2020 se acuerda tramitar la baja de oficio de la actora con fecha real y de efectos de 30 de junio de 2017 en la empresa Ayuntamiento de Málaga, así como reconocer cotizado el periodo 1-3-2012 al 16-2-16. Dicha resolución tuvo entrada en el Ayuntamiento de Málaga el 30 de junio de 2020. Y de la propia demanda de la actora, presentada ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga, en la que reclamaba sus retribuciones hasta el mes de junio de 2017.

El hecho de que se dictara la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, cuya firmeza no consta y que vino a reconocer a la demandante el derecho al percibo de las cantidades reclamadas se debió a que éste es anterior a la fecha de la baja real reconocida por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En consecuencia, al no probarse por la demandante que el día 14 de febrero de 2018 se produjo el cese en la relación laboral, y quedando probado éste el día 30 de junio de 2017, tal y como consta en el informe de vida laboral de la actora, ha de ser reputado éste como improcedente, con los efectos legales que procedan.

Séptimo.- El art. 55 del E.T. exige, como garantía del trabajador para que éste tenga conocimiento de los hechos por los que se les despide y para que pueda articular su defensa frente a tales hechos o imputaciones la exigencia de que " el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos", como en el caso de autos se llega a despedir sin carta no reúne el despido los requisitos exigidos en el precepto citado y es evidente que procede, conforme al art. 55 - 4º del E.T. declarar el despido improcedente, puesto que dicho precepto reputa improcedente el despido cuando no se ajustara en su forma a lo establecido en el apartado 1 de éste artículo, debiendo de llevar aparejado dicha declaración las consecuencias previstas en los arts 56-1º del E.T.

El art 56 dispone " 1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo 2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación 3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. 4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. En cuanto a la indemnización ha de estarse a la Disposición Transitoria quinta de la ley 3/012 de 6 de julio que será de cuarenta y cinco días por año de servicio con el prorrateo por meses al tratarse de contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del RD 3/012 de 10 de febrero y a partir de su vigencia con el prorrateo de los 33 días .

Vistos los preceptos legales aplicables y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda formulada por [REDACTED] y como demandadas las empresas Ayuntamiento de Málaga y Gesvan Sociedad Cooperativa Andaluza, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro improcedente el despido impugnado, condenando a la citada parte demandada a que, a su opción readmita a la demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, o al abono de una indemnización de 18.172,75 euros.

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

Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente y librese testimonio de la misma para su constancia en autos y notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas, advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia, anunciándolo ante este Juzgado de lo Social nº 3 de los de Málaga en los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, debiendo consignar la cantidad objeto de condena en metálico o mediante aval bancario en el caso que el recurrente no gozare del beneficio de Justicia gratuita la cantidad objeto de condena en la cuenta corriente que posee el juzgado; respecto del depósito de trescientos euros, deberá ingresarse en dicha cuenta al tiempo de anunciarlo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.