



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO SOCIAL
NÚMERO DOS
MÁLAGA

Procedimiento nº 912/2018
Sentencia nº 336 /2019

SENTENCIA

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En la ciudad de Málaga a treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, FRANCISCO GARCÍA VALVERDE, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Social número Dos de los de esta capital, los presentes autos tramitado por el procedimiento nº 912/2018 seguidos ante este Juzgado a instancias de [REDACTED] [REDACTED] (DNI nº [REDACTED]) asistido por el Letrado sr. Ramos Muñoz de Toro; contra la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. asistida por el Graduado Social sr. Navarro Maldonado; contra la empresa NEVENTOS MALAGA S.L. asistida por el Letrado sr. ; contra la empresa CLECE S.A. asistida por el Letrado sr. Pozuelo Serrano; y, contra la empresa AYUNTAMIENTO DE MALAGA asistida por el Letrado sr. Fernández Martínez; habiendo sido citado como parte el Ministerio Fiscal; sobre cesión ilegal de trabajadores, despido/vulneración de derechos fundamentales e indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el actor se presentó demanda, conforme a las prescripciones legales, sobre despido contra la empresa demandada; alegó los hechos e invocó los fundamentos de derecho que consideró pertinentes que constan en la misma para terminar suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare la nulidad del despido, se condene a las demandadas a la readmisión del actor, con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la readmisión, condenando asimismo a las entidades demandadas a abonar al actor, por los conceptos previstos en el art. 183 LRJS, una indemnización en cuantía de 25.000 euros. Subsidiariamente se interesa la declaración de improcedencia del despido, condenando a las demandadas, a su opción, a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que venía disfrutando hasta el momento de su despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a las partes, o al pago de la cuantía prevista legalmente.



Segundo.- Admitido a trámite la demanda, acordando darle el curso señalado en la ley, citando a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, que se llevó a efecto el día previsto. Celebrada la vista en el día y hora señalados, el actor se ratificó en su escrito de demanda, que se dan aquí por reproducidas, la parte demandada dada su incomparecencia no efectuó alegaciones; y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que consta en los autos, y efectuadas las conclusiones o informes oportunos, quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Primero.- Que la demandante, [REDACTED] según resulta del informe de vida laboral y contratos de trabajo, ha prestado servicios por cuenta y dependencia de las empresas demandadas en los siguientes periodos de tiempo (no consta haber sido contratada por el Ayuntamiento de Málaga, folio 140 del Tomo I y folio 8 del Tomo II):

A.- Desde 23/02/2004 a 31/12/2004, desde 01/02/2005 a 31/12/2005, desde 01/02/2006 a 16/08/2010 con la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (folio 8, Tomo II), con la categoría profesional de Técnico de Grado Superior, en virtud de contratos de trabajo de carácter temporal en la modalidad de obra o servicio determinado (folios 43 a 49, Tomo II) vinculados a la contrata adjudicada a dicha empresa por el Ayuntamiento de Málaga para el Servicio de Apoyo Técnico en el Área de Participación y Relaciones Ciudadanas.

B.- Desde 17/08/2010 a 16/08/2013 con la empresa NEVENTOS MALAGA S.L. (folio 8, Tomo II), con la categoría profesional de Técnico de Grado Superior, en virtud de contrato de trabajo de carácter temporal en la modalidad de obra o servicio determinado (folios 379 y 380 del Tomo I) vinculado a la contrata adjudicada a dicha empresa por el Ayuntamiento de Málaga para el Servicio de Apoyo Técnico en materia de Participación Ciudadana y Voluntariado, necesarios para llevar a cabo las diferentes acciones y actuaciones previstas en los segundos planes estratégicos de participación ciudadana y del voluntariado, integrados en el plan marco de ciudadanía y convivencia del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo.

El contrato administrativo de fecha 17/08/2010 suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la entidad Neventos Málaga S.L. y Pliego de lo Condiciones económico-administrativas y técnicas sobre Servicio de Apoyo Técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo (Expediente nº 112/2009) consta en los folios 208 a 232 del Tomo I).

C.- Desde 17/08/2013 a 16/08/2015 con la empresa CLECE S.A.,(folio 8, Tomo II), con la categoría profesional de Técnico Superior, en virtud de contrato de trabajo de carácter temporal en la modalidad de obra o servicio determinado (folio 50, Tomo II) vinculado a la contrata adjudicada a dicha empresa por el Ayuntamiento de Málaga para el Servicio de Apoyo Técnico en materia de Participación Ciudadana y Voluntariado durante la vigencia del contrato entre Clece y el Ayuntamiento de Málaga correspondiente al expediente 91/2012.

Contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la entidad Clece S.L. y Pliego de lo Condiciones económico-administrativas y técnicas sobre Servicio



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de Apoyo Técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo (Expediente nº 91/2012) consta en los folios 282 a 207 del Tomo I.

D.- Desde 05/09/2015 con la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (folio 8, Tomo II), con la categoría profesional de Técnico de Grado Superior, Licenciado en Derecho, a tiempo completo, en virtud de contrato de trabajo de carácter temporal en la modalidad de obra o servicio determinado convertido en indefinido (folios 266 a 273, Tomo I) vinculado a la contrata adjudicada a dicha empresa por el Ayuntamiento de Málaga para el Servicio de Apoyo Técnico en materia de Participación, Inmigración y Cooperación al Desarrollo de esta Área de Participación del Ayuntamiento de Málaga, según expediente nº 75/2015.

El contrato administrativo de fecha 04/09/2015 suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la entidad BCM Gestión de Servicios S.L. y Pliego de Condiciones económico-administrativas y técnicas sobre Servicio de Apoyo Técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo de ésta Área (Expediente nº 75/2015) consta en los folios 151 a 181 del Tomo I, que se tienen aquí por reproducidos.

Segundo.- Desde el Desde 05/09/2015 la trabajadora ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., a tiempo completo, con la categoría profesional de Técnico de Grado Superior, Licenciado en Derecho, realizando las tareas y funciones propias de dicha categoría profesional), percibiendo un salario bruto mensual de 1.283,40 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias.

La trabajadora realiza las funciones derivadas de su categoría profesional necesarias para la buena ejecución del servicio objeto de la contrata (expediente nº 75/2015), reseñadas en el contrato de trabajo (folios 269 y 270, Tomo I) y Pliego Desarrollo del Servicio de Apoyo Técnico en Materia de Participación Ciudadana Exp. nº 75/2015 (folios 335 a 337 del Tomo I):

-Misión, Visión, Planificación: Diseñar, planificar y coordinar la ejecución para la puesta en marcha del Servicio de Mediación Comunitaria del Ayuntamiento de Málaga. Diseñar, formalizar, planificar el Plan "Construyendo juntas-os un sueño común" y los proyectos vinculados a nivel de barrio y comunidades de vecinos.

-Aspectos Organizativos: Coordinar a un equipo de 7 profesionales: Línea de prevención seis monitores de prevención pertenecientes a la empresa municipal MAS CERCA Sam Línea de mediación resolutive, una mediadora contratación externa. Coordinar y organizar las acciones inter-equipos, promoviendo reuniones inter-equipos y protocolos de coordinación. Ej. Organizar las dos líneas de trabajo a nivel preventivo y resolutive Jornadas Malakaton "Pensar en ciudad". Promover procesos de mejoramiento continuo tendentes a fortalecer aspectos organizativos, técnicos y administrativos a través de la orientación del equipo de mediación. Coordinar y apoyar la conformación de equipos de trabajo, teniendo en cuenta las necesidades institucionales y el alcance de los proyectos. Propiciar la solución de conflictos de manera pacífica y respetuosa entre los integrantes. Tomar decisiones con base en los niveles de atribución, la consulta a equipos de trabajo y los resultados de la evaluación. Reuniones de coordinación del equipo tanto de manera conjunta como por equipos de las distintas comunidades y barriadas, además de encuentros de manera individualizada con el personal para tratar la evaluación de las acciones, las necesidades y atribuciones individuales para el trabajo en equipo. Coordinar e impulsar acciones de trabajo en red con aspectos municipales de la administración pública con



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

personal técnico y político (Servicio de Mediación Policial, Centro de Atención a la Familia, Áreas municipales, Gerencia Municipal de Urbanismo, Centro de Servicios Sociales, Empresa Municipal Mas CERCA, Instituto Municipal de la Vivienda, Junta Municipal Distritos, Medio Ambiente, Limasa) a fin de establecer estrategias que afirmen una intervención coordinada, estructurada y armoniosa a nivel de los diversos actores sociales para el logro de los objetivos del proyecto. Dirigir, coordinar y supervisar las actividades de las empresas consultoras y de los consultores individuales contratados para el desarrollo de los diversos componentes del Proyecto Formación/Consultoría de Educación para la participación Antonio [REDACTED] Convenio ASIVECAM, Jornadas "pensar en Ciudad" MALAKATON. Representar al Servicio de Mediación Comunitaria en reuniones y actividades del Grupo de Trabajo Mediación Málaga compuesto por Instituciones Públicas (Ayuntamiento, Junta de Andalucía, Diputación, UMA) Corporaciones de derecho público (Colegios Profesionales de Médico, Economista, Mercantiles, Abogados, Psicólogos, Ingenieros) Asociaciones sin ánimo de lucro (Intermedia, Solucion@, Fapromed, Escuela Española de Mediación y coaching, COF, Concilia 3). Otras tareas necesarias para la gestión más eficiente del servicio de apoyo técnico al Área de Participación.

Tercero.- La empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. mediante comunicación escrita de fecha 17/08/2018 comunica a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas (especialmente organizativas que provocan la amortización del puesto de trabajo) al amparo del art. 52.c) ET con efectos 04/09/2018, debido a la terminación con fecha 04/09/2018 del contrato que la mercantil BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. mantiene con el Ayuntamiento de Málaga, según expediente nº 75/2015, poniendo a disposición de la trabajadora (mediante transferencia bancaria, folio 262 del Tomo I) la indemnización de 20 días por año de servicio por importe de 12.483,90 euros (calculada atendiendo al salario diario de 42,90 euros y una antigüedad a 23/02/2004, folio 263 del Tomo I). Todo ello en los términos que constan en la carta de despido, folios 22 a 24 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida para evitar reiteraciones innecesarias.

El contrato administrativo de fecha 04/09/2015 suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga (Expediente nº 75/2015) establece una duración del mismo de dos años, y una prórroga por un año por mutuo acuerdo entre las partes (cláusula 3 del contrato -folio 154 vuelto del Tomo I- y del Pliego de Condiciones -folio 157 del Tomo I-). Prórroga del contrato, a contar desde el día 05/09/2017 que fue acordada por las partes (folio 318 del Tomo I).

Cuarto.- El pliego de condiciones técnicas del Expediente nº 75/2015 (folio 177 del Tomo I) describe los objetivos de la contrata y las funciones a realizar por el equipo interdisciplinar mínimo de profesionales para ejecutarlas, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los servicios que se tienen aquí por reproducidas.

Atendiendo a la cláusula 7 del pliego de condiciones técnicas (folio 179 vuelto del Tomo I) el Ayuntamiento de Málaga, a través de Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo, tiene el deber de dirigir, inspeccionar, controlar al contratista en el desarrollo del contrato; y establecerá unas pautas de coordinación con la entidad adjudicataria, así como de seguimiento del servicio según se detalla en la cláusula 6.

El pliego de condiciones técnicas establece el seguimiento y fiscalización del servicio en la cláusula 6 (folio 179 del Tomo I) conforme a las siguientes actuaciones:



1. Coordinador del servicio, designado por parte de la empresa, y que tendrá las siguientes funciones: Actuar como interlocutor único respecto al servicio entre la empresa adjudicataria y el responsable del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo. Impartir instrucciones y órdenes al personal, respecto al correcto funcionamiento del servicio. Entregar periódicamente un informe sobre las incidencias que se produzcan en la prestación de los servicios, así como una memoria anual detallada.
2. Comisión Mixta de Seguimiento, para la fiscalización de la correcta ejecución de los servicios: se reunirá semestralmente. Estará integrada por dos representantes de cada parte, siendo uno de ellos el coordinador del servicio. Se encargará de evaluar las incidencias que se produzcan en la prestación de los servicios, supervisar y contrastar los informes y memorias anuales, así como el seguimiento del grado de cumplimiento. Realización, en cualquier momento, de vigencia del contrato, de labores de fiscalización y control sobre la prestación de los servicios y los datos suministrados.

Quinto.- Constan en los folios 141 a 143 del Tomo I Acta nº 1/2015) y nº 2/2015 de la reunión de la Comisión Mixta de Seguimiento, que se tienen aquí por reproducidas. El Acta nº 1/2015 se nombra coordinadora del servicio a [REDACTED] y reseña asunto de control de presencia, y, que la empresa BCM ha procedido a identificar a todos los trabajadores con una placa identificativa visible en la mesa (sobre éste particular pueden verse las fotografías obrantes en los folios 238 a 241 del Tomo I.

En el Acta nº 2/2015 se informa que [REDACTED] realizó reunión con los trabajadores del servicio con entrega del Protocolo de Actuación en los que se establece el horario del servicio, periodo vacacional, permisos retribuidos, parte de actividades externas, actuación en caso de incidencias, información mutua y contacto con la empresa. Este Protocolo de Actuación consta en el folio 144, que se tiene aquí por reproducido. En el Acta nº 2/2015 también se indica que los trabajadores del servicio disponen, mediante correo electrónico que el hizo llegar la supervisora del servicio [REDACTED] de todos los modelos oficiales de solicitud de vacaciones, asuntos propios, parte de actividades externos y solicitud de compensación horaria; así como el uso y los periodos con los que deben ser remitidos y autorizados por parte de la empresa. Igualmente expresa esta Acta nº 2/2015 que los trabajadores del servicio han realizado el Curso de Prevención de Riesgos Laborales, correspondiente a la firma del contrato.

El Acta nº 1/2016 consta al folio 145 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida, indica que con el objetivo de establecer un calendario vacacional del servicio en los periodos tanto estivales como navideños, la supervisora del Servicio solicitará una previsión de vacaciones a todos los trabajadores del servicio e informará a los responsables del Área de Participación Ciudadana con el objetivo de mejorar la planificación del servicio en dichos periodos. También indica que el registro de entradas y salidas se sigue llevando electrónicamente, mediante correos electrónicos a la entrada y a la salida individualmente por cada trabajador.

El Acta nº 3/2016 consta al folio 146 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida, menciona la aprobación del calendario vacacional navideño, se recuerda a los trabajadores del servicio las normas de comunicación interna; se solicitará de los trabajadores las necesidades de formación interna para que BCM pueda realizar acciones formativas con el objetivo de mejorar la prestación del servicio; se informa que se está diseñando la nueva imagen corporativa de la empresa.

El Acta nº 1/2017 consta en el folio 147 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida, la coordinadora de la empresa BCM comunica que se ha convocado al



personal del servicio de apoyo técnico para comunicarles que a partir del 20 de febrero todo el personal deberá haber cambiado las firmas de correos electrónicos para adaptarla a la nueva imagen corporativa de la empresa BCM; y para la elaboración de la memoria anual, la empresa solicitará al personal encargado datos sobre las funciones realizadas.

El Acta nº 3/2017, de fecha 13/07/2017, consta en el folio 148 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida, la Directora General del Área de Participación Ciudadana informa que siguiendo las indicaciones técnicas y jurídicas realizadas en la Junta de Gobierno Local, será necesario realizar ajustes en la gestión del servicio, sobre todo en cuanto a funciones y ubicación del personal que presta el servicio, en la línea de que la prestación se en las dependencias de la empresa y que las funciones a realizar por parte del personal de la misma no sean administrativas por ser éstas propias de las realizadas por el personal municipal, asimismo los recursos materiales necesarios para la prestación del servicio deben ser puestos a disposición por la adjudicataria. Se plantea la necesidad de que el personal éste correctamente identificado (cosa que ya se cumple) y un posible cambio de ubicación a las instalaciones de la empresa, si bien se estudia y considera al no tratarse de un contrato nuevo sino de una prórroga la opción de prestarse el servicio desde espacios y despachos diversos, en otra planta del módulo diferentes a la sede del área, con una placa identificativa de la empresa BCM, Gestión de Servicios. Asimismo, todo ello conllevará un cambio de funciones de algunos casos centrándose sobre todo en las relaciones de fomento y atención a las asociaciones. También se comenta por parte de la empresa que se va asignar al personal un correo electrónico corporativo y que actualmente no es posible dotarlos de equipos informáticos, ya que no estaba previsto en el pliego y supone un coste importante no asumible en el momento actual al tratarse de una prórroga. Igualmente se insiste en que todas las relaciones y directrices al personal se realizan a través de la empresa BCM, como hasta ahora se ha venido haciendo siendo la coordinadora la que comunica todas las incidencias al área para su conocimiento.

El Acta nº 4/2017, de fecha 27/10/2017, consta en el folio 150 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducida, la Directora General del Área de Participación Ciudadana comenta que entre las medidas que se van a adoptar antes de finales de enero están las siguientes: Modificación, actualización y adecuación de tareas y funciones de los trabajadores de la empresa BCM, que actualmente están desarrollando la prestación del servicio. En cuanto a las nuevas instalaciones, se propone el traslado de los trabajadores de la empresa a la planta baja del módulo, espacio diferenciado del Área.

En los folios 151 a 153 del Tomo I, que se tiene aquí por reproducidos, consta el desglose y detalle de funciones según Acuerdos Actas nº 3 y nº 4 de 2017, a saber:

- Funciones de diseño de campañas publicitarias de actuaciones diversas (en propio domicilio/dependencia de BCM).
- Seguimiento de redes sociales (Facebook, Twitter y otras similares, en su caso), (en propio domicilio/dependencia de BCM).
- Seguimiento de subvenciones de cooperación, visitas a entidades para ver in situ realización y ejecución de proyectos (2016 y 2017), (Dependencias PB Tabacalera/Dependencias de BCM).
- Visita de seguimiento y evaluación a entidades de inmigración, pro-inmigración y refugiados (Dependencias PB Tabacalera/Dependencias de BCM).
- Contacto presencial con centros educativos de la ciudad para ofrecerles el programa informático de comercio justo y consumo responsable (Dependencias PB Tabacalera/Dependencias de BCM).



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

- Verificación de la disponibilidad de productos de comercio justo en los establecimientos de la ciudad (pequeñas y medianas empresas), (Dependencias PB Tabacalera/Dependencias de BCM/Dependencias IMV).
- Realización de tareas previas de apoyo para la puesta en marcha del Observatorio permanente de la inmigración (Dependencias PB Tabacalera/Dependencias de BCM/Dependencias IMV).
- Información y asesoramiento sobre: asociacionismo, constitución de asociaciones, gestiones a realizar ante el Registro Municipal de Asociaciones y Entidades (RMAE). Información y asesoramiento sobre la figura de declaración de Entidad de Utilidad Pública Municipal (EUPM) y sus entidades inscritas (personal, telefónico y telemáticamente), (Dependencias PB Tabacalera).
- Contactos, comprobación y seguimiento de las entidades declaradas EUPM a efectos de actualización de datos y aporte de memorias y documentos para mantener vigente su declaración (Dependencias PB Tabacalera).
- Apoyo en servicio de información a personas y entidades relacionadas con el voluntariado, la participación y el asociacionismo, sobre cursos formativos, utilización de salas, jornadas, recursos, etc. del Centro de Recursos Participativos (CRP) u otros similares (Dependencias del CRA/Dependencias del CRP).

Sexto.- Que la actora, junto con otros trabajadores, en fecha 02/11/2017 formuló reclamación previa al Ayuntamiento de Marbella solicitando el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral por cuenta ajena con el Ayuntamiento de Málaga (folios 11 a 18 del Tomo II), desestimada por el referido Ayuntamiento (folio 19 del Tomo II), tramitándose por tal motivo procedimiento nº 5/2018 en el Juzgado de lo Social nº 10 de Málaga (folios 20 a 35 del Tomo II)

La actora, junto con otros trabajadores, en fecha 31/01/2018 formuló reclamación previa al Ayuntamiento de Marbella sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (folios 36 a 41 del Tomo II), desestimada por el referido Ayuntamiento (folio 42 del Tomo II),

Séptimo.- Que no consta que el trabajador-actor durante el último año ostente cargo de representación sindical, ni que esté afiliado a ningún sindicato.

Octavo.- Que intentada Conciliación ante el CMAC en fecha 21/09/2018, con el resultado sin avenencia, se presenta con fecha 26/09/2018 la demanda objeto del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto de la presente demanda consiste en resolver sobre la invocada cesión ilegal de trabajadores, procedencia/improcedencia/nulidad del despido efectuado, vulneración de derechos fundamentales, y la responsabilidad por dicho despido de las empresas demandadas.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, el trabajador al accionar frente al despido puede alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido, pues no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible. La determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa o "prejudicial interna" para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET.

Siguiendo la STS 20/12/2016 (sentencia nº 1079/2016; recurso nº 1794/2015) "no cabe en modo alguno ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, pero la existencia declarada de ésta última sólo adquiere relevancia en el supuesto de que se declare la existencia del despido, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos -como señala la referenciada sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2003- "es evidente que la única acción ejercitada es la del despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL". Como más adelante razona la misma sentencia, "la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -- o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec. 909/02) y 27-12-02 (rec. 1259/02) -- sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET."".

La acción de despido ejercitada por el trabajador frente a la decisión extintiva adoptada por la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (empresa entrante que subrogó el personal empleado por la anterior contratista) no ha caducado, ni siquiera ha sido cuestionado por la parte demandada. Tema distinto es la falta de acción y falta de responsabilidad de las empresas codemandadas (NEVENTOS MALAGA S.L. y CLECE S.A., anteriores contratistas) con las que no existía relación laboral en la fecha del despido al desaparecer la cualidad empresarial respecto del demandante que pasó a ser contratado por otra empresa entrante (BCM GESTION DE SERVICIOS S.L.) que es la que comunica el cese y frente al que se acciona por despido (STS 4 de julio de 2006); y, todo ello sin perjuicio de que al demandante se le reconozca el tiempo de servicios prestados como trabajador cedido por las otras empleadoras. Por tanto, debe concluirse la falta de acción/legitimación pasiva ad causam respecto de las empresas NEVENTOS MALAGA S.L. y CLECE S.A..

Segundo.- El artículo 43 ET regula la "Cesión de Trabajadores", estableciendo en su apartado 1 que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan". En su apartado 2 establece la presunción de cesión ilegal de mano de obra, cuando dispone que "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

En interpretación de éste precepto la STS 20/10/2014 (recurso nº 3291/2013) señala que: a) "como punto de partida que en nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTs 27/10/94 -rec. 3724/1993; y 17/12/01 -rec. 244/2001"); b) que - "no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94 -rcud 3400/92); c) que "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma"; d) "es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial; e) "Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal " (STS 17/07/93 - rcud 1712/92) (STS 17/12/01 - rec. 244/2001)".

La cesión de trabajadores con frecuencia se instrumenta a través de una contrata que tiene por objeto la prestación de determinados servicios por parte de la empresa contratista en las instalaciones propiedad de la empresa contratante, lo cual acrecienta la dificultad para diferenciar la existencia de una lícita contrata de servicios de una cesión prohibida de mano de obra; en tales casos la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el empresario efectivo; entre ellos cabe destacar la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista. Y es que para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas.

Al hilo de lo expuesto, la STSJ Andalucía/Málaga 17/10/2018 indica "Así el TS, entre otras, en la Sentencia de 17 diciembre 2001 RJ 2002\3026, en RCUd núm. 244/2001 ha declarado que "Respecto al límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que, como declaró la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\8531) (Recurso 3724/1993), "el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET (RCL 1980\607; ApNDL 3006) cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores". La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa. Acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora, es la contrata a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que impone al empresario principal unas obligaciones respecto a personas con las que no ha contratado, estableciendo un régimen de excepción al mandato del art. 1257 del Código Civil, que limita a las partes la eficacia de los contratos. Mas siendo una importante excepción del sistema civil de contratación, no se precisa que deba entenderse por " contrata", término que no corresponde a ninguna de



las categorías tradicionales en el ámbito del Derecho privado, lo que dificulta la calificación. La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los arts. 1588 y 1583 del Código Civil realizados a través de una empresa. Por otra parte el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la cesión de mano de obra, con la salvedad de la contratación a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Pero ninguno de los dos preceptos estatutarios fijan los límites entre una y otra institución: lícita contrata de obras y servicios, frente a ilegal cesión temporal de trabajadores. Y esta línea divisoria ha ido siendo precisada, en cada caso, por una doctrina jurisprudencial, fruto de una larga evolución que ha ido cercenando las conductas abusivas. En una primera fase se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente. En este sentido se pronunciaron, entre las más recientes, las sentencias de 17 julio 1993 (RJ 1993\5688) y 18 de marzo de 1994 (RJ 1994\2548). La de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\7586), apreció la existencia de una contrata (no cesión ilegal) por concurrir datos que acreditan la realidad y funcionamiento de una empresa y no la mera apariencia de un contratista, pues se acreditó que éste "tiene patrimonio propio, domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios, y que incluso en el ejercicio de su actividad mercantil presta servicios de forma regular a otras empresas distintas". Mas, a partir de la sentencia de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352), se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues, como resolvió la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315), "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial". La Sentencia de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5688) señalaba que "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal" y concluía en aquel caso que quién en principio aparecía como empresario de las actoras en aquel proceso, en realidad no ostenta tal condición, pues no le pertenecían los medios materiales que integraban la explotación, incluidos sus aparatos y accesorios, sino que además carecía por completo de facultades de decisión y disposición sobre ellos. Por otra parte el contratista no asumía riesgo alguno propio del carácter de empresario. Sus ingresos consistían en una cantidad fija mensual, sin estar expuesto a disminuciones o aumentos sustanciales de la misma. En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2001 (Recurso 2142/2000). Ciertamente es que, en empresas de actividad simple esta puesta a disposición de organización de elementos personales y materiales queda reducida a mínimas aportaciones, como ocurre en las empresas de limpieza y vigilancia, aceptándose que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza".

Igualmente, como se recoge en las sentencias de esta Sala recaídas en los Recursos de Suplicación nº 1.998/07 y 2076/07, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 2002, a propósito de la cesión ilegal de trabajadores, proclama que "lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente



el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de Marzo de 1997 y 3 de Febrero de 2000 que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refería también la sentencia de 17 de Enero de 1991 cuando apreciaba la legalidad de la contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección y, en sentido similar, se pronunciaba la sentencia de 11 de Octubre de 1993 que se refería a la mera apariencia o ficción de empresa como característica del supuesto de cesión ilegal. Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de Febrero de 1989 ya estableció que la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta, y la sentencia de 19 de Enero de 1994 establecía que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reiteraba en la sentencia de 12 de Diciembre de 1997. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

También en las sentencias de esta Sala recaídas en los Recursos de Suplicación nº 1.998/07 y 2076/07 se recoge que la jurisprudencia unificada, a partir de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1998, 8 de Junio de 1999 y 20 de Noviembre de 2000, ha declarado la validez de los contratos de trabajo para obra o servicio determinado que tienen por objeto la realización de tareas durante la vigencia de una contrata y cuya duración se vincula a la de la contrata que constituye su objeto, aún cuando el servicio contratado pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en los que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

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, la censura jurídica contenida en la pretensión deducida por la parte recurrente en el 6º motivo del Recurso de Suplicación debe ser rechazada, pues, de los datos que constan en el inalterado relato histórico al fracasar la revisión de los hechos probados, y al igual que en el caso estudiado en las referidas STS y siguiendo el criterio mantenido para caso similar en las sentencias de esta Sala referidas, la empresa prestataria del servicio, la contratista, es empresa real, tiene una organización propia que se pone a disposición de la arrendataria, no apareciendo datos que indiquen lo contrario ni que reflejen relación societaria o de interdependencia entre la empresa contratista y la arrendataria, y por otro lado el actor estuvo integrado en la estructura organizativa o de dirección de la misma, no deduciéndose de los hechos probados otra cosa sin que sean suficientes las alegaciones del recurrente, por lo que debe entenderse que tal prestación de servicios a dicha referida empresa y con una propia organización que se pone a disposición de la arrendataria aunque fuera con aportaciones simples, queda incardinada en la prestación de servicios propia de la contrata del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, sin que de los datos existentes pueda concluirse que existe una situación de cesión ilegal de mano de obra con los efectos del art. 43 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 en todo momento el actor prestó servicios a la empresa demandada BCM y dentro de su ámbito directivo como afirma la sentencia recurrida.”.

La anterior doctrina determina que únicamente se considerará que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando una empresa, cualquiera que sea su entidad económica, limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de



relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden, teniendo la cesión ilegal como finalidad que el contrato de trabajo se ajuste a la realidad en la prestación de los servicios y evitar perjuicios para los trabajadores.

La aplicación de la doctrina precedente aboca al fracaso la pretendida cesión ilegal de trabajadores. La trabajadora ha prestado servicios por cuenta y dependencia de las empresas NEVENTOS MALAGA S.L., CLECE S.A. y BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. es consecuencia de la contratación administrativa de servicios llevada a cabo entre el AYUNTAMIENTO DE MALAGA y las referidas empresas de servicios, la cual se integra con los pliegos de condiciones técnicas y las Actas de la Comisión Mixta de Seguimiento, para la fiscalización de la correcta ejecución de los servicios. No se ha acreditado que la ejecución de la contrata de servicios se haya llevado a cabo en términos diferentes a los contemplados en los pliegos de condiciones técnicas.

Del examen de los mismos es preciso concluir que la actividad contratada estaba dotada de autonomía y sustantividad propia, la actividad objeto de la contrata reunía los caracteres precisos para poder ser objeto de externalización a través de un contrato administrativo de servicios. La intervención de personal del Ayuntamiento y la Comisión Mixta de Seguimiento y Fiscalización tiene como misión controlar que la prestación del servicio se ajustara a los términos de la contrata, pero sin que el mismo pudiera dar órdenes o instrucciones al personal que prestaba los servicios.

La empresa contratada ocupa siete trabajadores y está dotada de una organización adecuada para poder llevar a cabo el servicio contratado, máxime si el mismo no precisa de la aportación de medios materiales específicos y, fundamentalmente, la ejecución de la contrata precisa de elementos personales con los conocimientos idóneos. En el presente caso es irrelevante que los servicios se hayan de prestar en dependencias municipales, pues ello era inherente a las propias características del servicio contratado así como que los medios materiales y medios informáticos para su ejecución son aportado por el ayuntamiento.

La trabajadora/actora depende directamente de la coordinadora [REDACTED] designada por BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., las testigos [REDACTED] (funcionaria del Ayuntamiento de Málaga, sección participación) y [REDACTED] (funcionaria del Ayuntamiento de Málaga, negociado de cooperación al desarrollo e inmigración), declararon que siempre han conocido a la actora en el Área de Participación Ciudadana como parte de la empresa contratada y no como personal del ayuntamiento, el control de horario, vacaciones, permisos, etc..., lo hacía la empresa BCM, estando identificada como trabajadora de BCM, que las tareas que realiza son las previstas en el pliego de condiciones técnicas, no correspondiendo a una Jefatura de Área, y que sus funciones son distintas a la de los empleados del ayuntamiento.

Los hechos declarados probados dejan constancia de que el poder de dirección, control y organización han correspondido a la empresa contratista ya que supervisaba el trabajo mediante un coordinador, siendo esta empresa la que controlaba su presencia en el centro de trabajo, organizaba las vacaciones y recibía las comunicaciones en relación a la baja médica, u otras incidencias, siendo así mismo la responsable del pago de su salario. La empresa contratista/empleadora también toma la decisión de las personas a contratar, el proceso de selección, y la amplitud del contrato; así selecciona a la actora y la contrata y la propia empresa le abona los salarios, y es una empresa real.

Es por ello que, en el presente caso, concurren todos los requisitos y circunstancias que contempla el artículo 43.2 ET que permiten excluir la existencia de una cesión prohibida de trabajadores, pues la determinación del objeto del contrato de



servicios no permite concluir que se trate de una mera puesta a disposición de los trabajadores formalmente vinculados con la empresa contratista; esta última dispone de una actividad propia y diferenciada, así como de una organización propia y estable, y cuenta con los medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de la actividad contratada y en todo momento ha ejercido las funciones inherentes a su condición de empresario. Tratándose de un servicio dotado de autonomía cabe su externalización mediante una contrata de servicios o que el ayuntamiento decida llevarlo a cabo mediante su propio personal.

En definitiva, no está el Ayuntamiento ejerciendo de empleador respecto a esta trabajadora; y por ello no se puede calificar esta situación como cesión de trabajadores del art. 43 ET, queda incardinada en la prestación de servicios propia de la contrata del art. 42 ET. Viene declarando el Tribunal Supremo, que resulta decisivo y relevante para distinguir la cesión ilegal de la contrata el dato de que exista una fase o un sector de la actividad de la empresa principal diferenciado, cuya realización se encarga a un tercero, que la empresa principal prescinda de realizar esa actividad por sí misma y se limite a recibir y controlar el ejercicio de la ejecución por la contratista y que en la ejecución de ese encargo, la empresa contratista o adjudicataria se responsabilice de la entrega correcta de los bienes o servicios, aporte sus medios de orden personal y material, y asuma la organización de esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirija, controle y ordene, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado; en este sentido, SSTs de 14-11-2001 (RJ 2002, 582), 24-9-2001, 17- 1-2002(RJ 2002, 3755) y 16.6.2003 (RJ 2003; 7092).

Por consiguiente, no existiendo cesión ilegal de trabajadores sino una externalización de servicios ex art. 42 ET, a la que el empresario puede recurrir para desarrollar su actividad, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, BCM es una empresa real, con medios y organización propios y suficientes para el desarrollo del servicio contratado administrativamente; procede apreciar falta de acción/legitimación pasiva ad causam respecto del Ayuntamiento de Málaga.

Tercero.- La siguiente cuestión que debe abordarse es la procedencia/improcedencia del despido objetivo efectuado por la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L..

Para que el despido objetivo de un trabajador bajo la modalidad del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores sea declarado procedente la empresa ha de cumplir una serie de requisitos de forma y fondo. Respecto de los primeros, dispone el artículo 53.1 ET que "La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa; b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, si bien dicho precepto que al mismo tiempo exonera del cumplimiento cuando se invocan causas económicas y el empresario haciéndolo constar en la comunicación no pudiera cumplir la puesta a disposición; c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento".



Respecto a los motivos de fondo, nuestro ordenamiento jurídico autoriza al empresario a despedir a parte de su plantilla cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La pérdida o reducción de la contrata constituye una típica causa productiva y organizativa que justifica el despido objetivo al amparo del art. 52 ET, tal como viene sentando de manera reiterada la jurisprudencia, así la STS 26/10/2018 (rec. 2118/2016), dice al respecto:

"Según reiterada doctrina de esta Sala, la pérdida de una contrata es causa productiva y organizativa que justifica una extinción del contrato por causas objetivas. Así, hemos dicho que "En punto a la rescisión de una contrata como causa productiva que podría justificar el recurso al despido objetivo del artículo 52 c) ET hemos señalado que "la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores" (STS nº 361/2016, de 3 de mayo, rcud. 3040/2014) y que "la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación" (SSTS de 16 de septiembre de 2009, rcud. 2027/2008 y de 26 de abril de 2013, rcud. 2396/2012). La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial genera dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y, como hemos señalado en la STS de 8 de julio de 2011 (rcud. 3159/2010) "el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación"" (STS 78/2018, de 31 de enero)".

Agregando la STS 31/01/2018 (sentencia nº 78/2018, recurso nº 1990/2016) "Por lo que hace referencia al núcleo de la contradicción que aquí se examina y que se refiere, básicamente, a la necesidad o no de acreditar, por parte de la empresa que extingue los contratos, la imposibilidad de recolocar a las trabajadoras despedidas, nuestra jurisprudencia ha sido constante en la negación de tal exigencia ya que el artículo 52-c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma. Así lo hemos sostenido en las SSTS de 21 de julio de 2003, rcud. 4454/2002; de 19 de marzo de 2002, rcud. 1979/2001; de 13 de febrero de 2002, rcud. 1496/2001, y de 7 de junio de 2007, rcud. 191/2006, entre otras. De ellas se extrae la conclusión de que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido.”.

Conforme al art. 53.4 ET y art. 122.1 LRJS la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

Agregando el art. 53.5.a) ET que “5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.”

Disponiendo el art. 123.1 LRJS que si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.

Dado que la empresa empleadora (BCM GESTION DE SERVICIOS S.L.) ha perdido el servicio en el que se encontraba adscrito el trabajador, que ni siquiera ha sido adjudicado a otra empresa, provoca automáticamente el sobredimensionamiento de la plantilla que por sí mismo constituye una justificación objetiva, razonable y proporcional para la extinción del contrato de trabajo, concurriendo el presupuesto del despido objetivo por causa productiva y organizativa que justifica una extinción del contrato de trabajo, no existe rastro alguno de irregularidad que impida respaldar la decisión empresarial que por ello debe calificarse como procedente, y se decidirá en los términos previstos en los artículos 53.5 del Estatuto y 123.1 LRJS. No habiéndose cuestionado la concurrencia de los demás requisitos del despido objetivo.

Respecto al salario procedente para el cálculo de la indemnización es el correspondiente a la categoría profesional de Técnico de Grado Superior, Licenciado en Derecho, conforme al contrato de trabajo, no habiéndose acreditado haber realizado funciones distintas a las previstas para dicha categoría profesional, reseñadas en el hecho probado segundo, y menos aún haber ejercido las funciones de una Jefa de Servicio, ni le es de aplicación el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga..

Cuarto.- Declarado procedente el despido objetivo de la actora, deviene innecesario el examen de vulneración de derechos fundamentales invocada e indemnización de daños y perjuicios reclamados, la posible existencia de indicios de vulneración de la garantía de indemnidad no tienen consecuencia alguna.

La garantía de indemnidad sólo opera cuando la acción patronal ha sido tildada de irregular (no ajustada a Derecho). Particularmente, en el caso de extinciones de contrato, una lícita expiración del contrato o un despido procedente, excluye la aplicación de esta garantía, que sólo se produce como alternativa al despido improcedente.

La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional establece que la garantía de indemnidad constituye una manifestación particular del derecho fundamental a la tutela



judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, y cuya vulneración ha de llevar a la declaración de nulidad del despido.

La STC 10/09/2015 (sentencia nº 183/2015, recurso nº 155/2013) señala que "conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la denominada "garantía de indemnidad" en el marco de las relaciones laborales.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE 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 una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero)- o de los actos preparatorios o previos al mismo - incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3, o 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, y 3/2006, de 16 de enero, FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los Trabajadores].

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 (Rec. 349/2012) y 4-3-2013 (Rec. 928/2012), entre otras].

Por otro lado, y en lo que se refiere a las normas de la carga de la prueba también es reiterada la doctrina del TC que establece que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi el trabajador ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.



Distingue la jurisprudencia 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.

En éste caso, no existe signo o señal alguna que genere la razonable sospecha, apariencia o presunción de que la demandada utilizó su facultad resolutoria con la finalidad de represaliar a la actora por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, la regla que contiene el artículo 181.2 LRJS, esto es, la empresa comunica al trabajador la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la finalización de la contrata con el Ayuntamiento de Málaga. Como señala 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. La mera interposición de reclamación previa/papeleta de conciliación y su correspondiente demanda reseñados en el hecho probado sexto, no pueden considerarse indicios sólidos en el sentido expresado, la actuación empresarial de extinción del contrato de trabajo del actor tuvo como base y justificación la no renovación de la contrata que unía al Ayuntamiento con la empresa demandada, y es por ello que esta comunica al actor que la finalización de la contrata provocaba la extinción de la relación laboral que unía a actora y empresario, por razones organizativas y productivas, por lo que el acto extintivo de la relación laboral adoptado por la empresa demandada, no es una reacción o represalia frente al planteamiento por la trabajadora de una legítima reclamación para el reconocimiento de sus derechos laborales; a lo que debe unirse que el despido objetivo ha sido declarado procedente. En suma, no puede apreciarse vulneración de la tutela judicial efectiva en su modalidad de violación de la garantía de indemnidad.

Al no apreciarse vulneración de un derecho fundamental, como corolario de lo anterior, se impone igualmente la desestimación de la petición de que se acuerde la indemnización por daños, no pudiendo acogerse la reclamación de indemnización efectuada por el actor.

Quinto.- El Letrado de CLECE solicita la imposición de multa al actor por temeridad.

El párrafo primero del artículo 97.3 LRJS dispone que "3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros."

Conforme a la STS de 15/02/2012 (recurso nº. 67/11) "el sustrato básico imprescindible -de la sanción- es que se ejerciten pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia".

La STSJ Andalucía/Málaga de 13/06/2018 (sentencia nº 1079/2018, recurso nº 124/2018) señala al respecto que "la doctrina judicial elaborada en interpretación de dicha norma -y de la homónima de la Ley de Procedimiento Laboral, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril [en adelante, LPL]-, ha



expresado que el razonamiento que determinará la sanción ha de apoyarse en la mala fe o en la temeridad del litigante, es decir, procederá cuando se ejerciten pretensiones absolutamente infundadas, con conocimiento de su injusticia, todo ello evidenciado manifiestamente por el comportamiento del litigante; y que la imposición de las sanciones es facultad discrecional del juzgador de instancia, no revisable por los Tribunales que conocen del recurso, salvo cuando tal decisión no se considere razonablemente fundada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2001 [ROJ: STS 7557/2001]). La temeridad a que alude el precepto procesal de referencia, implica más allá de la falta de tutela jurídica del interés pretendido, bien el conocimiento de la improcedencia de lo reclamado o bien la negligencia de desconocer lo que es notorio, como pueda ser el caso de una doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada en el tiempo. Desde otro punto de vista, el concepto de temeridad tiene su radio de acción principal en el ámbito procesal, de forma que la conducta temeraria es aquella que no se ajusta a los cánones de una práctica jurídica dotada de una mínima solvencia, siendo sus manifestaciones más habituales, la producción de engaño o falsedad, la oscuridad deliberada en el planteamiento de las pretensiones, la inducción al error o la provocación de molestias inútiles (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, de 14 de julio de 2009 [ROJ: STSJ CV 5706/2009]). Así mismo, se ha afirmado que la temeridad y mala fe deben referirse exclusivamente a actitudes procesales, es decir, mantenidas en el procedimiento; y que, sin perjuicio del éxito o fracaso de su pretensión, o mayor o menor fortuna en su argumentación, sólo cabe entenderlas como falta absoluta de sustento de la pretensión o mantenimiento obstinado de la pretensión (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, de 9 de septiembre de 2004 [ROJ: STSJ AND 4206/2004]). Por otro lado, y finalmente, no cabe confundir con temeridad la falta de consistencia jurídica de la demanda, ni tampoco el resultado desfavorable de las resoluciones respecto a las pretensiones, pues tal confusión podría llegar a coartar o limitar el legítimo ejercicio del derecho de acceso a los Tribunales, de obtener la tutela judicial efectiva que con carácter fundamental consagra el artículo 24 de la CE (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2014 [ROJ: STSJ M 5494/2014])."

En esta misma línea la STSJ Madrid de 14/03/2019 indica que dicha sanción procederá cuando se ejerciten pretensiones absolutamente infundadas, con conocimiento de su injusticia, todo ello, evidenciado manifiestamente por el comportamiento del litigante. Insiste, en que el presupuesto necesario para que se imponga la sanción es que exista mala fe o notoria temeridad del litigante, acreditativa de un abuso en el ejercicio del derecho a la tutela judicial; entendiéndose que existe mala fe cuando la parte es consciente de la absoluta inconsistencia jurídica de su postura, ya estribe ésta en un pretender, ya en oponerse a la justa pretensión de adverso. Se da temeridad en quien desconoce la completa falta de fundamento atendible de su conducta por ausencia inexcusable de la diligencia más elemental (por todas, STS de 24 de marzo de 1.993 y 14 de marzo y 10 de diciembre de 1.996). No cabe confundir con temeridad la falta de consistencia jurídica de la demanda ni tampoco el resultado desfavorable de las resoluciones respecto a las pretensiones, pues tal confusión podría llegar a coartar o limitar el legítimo ejercicio del derecho de acceso a los Tribunales, de obtener la tutela judicial efectiva que con carácter fundamental consagra el artículo 24 de la Constitución.

No puede estimarse que en el presente supuesto concurra la existencia de temeridad o mala fe, la mera desestimación de demandada no es suficiente para imponer al actor sanción por temeridad, sin la concurrencia de otras circunstancias de significativa entidad



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de las que pueda apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, no basta ni siquiera un clamoroso desacierto, para entender que existía un proceder malintencionado, es necesario que se trate actitudes procesales de más calado y relevancia, exige la concurrencia de otras circunstancias de las que pueda apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, que no se aprecian en el presente supuesto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **desestimando** la demanda interpuesta por [REDACTED] contra la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., contra NEVENTOS MALAGA S.L., contra CLECE S.A., y, contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra en la demanda presentada; y, debo declarar y declaro *procedente el despido objetivo* de la trabajadora, y convalidada la extinción del contrato de trabajo que unía a la trabajadora/demandante y la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. y que aquél produjo, consolidando el actor la indemnización percibida.

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, recurso que habrá de anunciarse ante éste Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución. Se advierte al recurrente que no fuere trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social que deberá constituir como depósito 300 euros en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de este Juzgado, aportando el resguardo acreditativo; así como acreditar la consignación en la mencionada Cuenta de la cantidad objeto de la condena o presentar aval bancario por la misma cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, observándose la forma, plazos y requisitos establecidos en los arts. 190 y ss y arts. 229 y ss LRJS. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos, y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito y consignaciones referidas (art. 229.4º LRJS).

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en Primera Instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, doy fe.