



SENTENCIA nº 318/2017

En Málaga, a veintiséis de Julio de dos mil diecisiete.

Vistos por el D^a Victoria Gallego Funes , Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, los autos registrados con el nº 869/2016, seguidos a instancias de, [REDACTED], asistida por Letrado/a Sr. López Serralvo , frente a las entidades BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. representada por CLECE, S.A. representada por Letrado Sr. Pózueto Serrano , AYUNTAMIENTO DE MALAGA , representado por Letrado/a Sr/a. Pernia Pallarés, EMPRESA MUNICIPAL DE INICIATIVAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE MALAGA, S.A. (PROMALAGA), representada por Letrado/a Sr/a. Molina Jimenez y la entidad EULEN, S.A. que no comparece, sobre **DESPIDO NULO** y subsidiariamente improcedente, en el que ha sido parte el **MINISTERIO FISCAL.-**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 05/10/2016 tuvo entrada en Decanato demanda formulada por la parte actora , siendo repartida a este Juzgado en la que después de alegar los hechos y fundamentos que consideró oportunos y pertinentes en derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de la misma.

Mediante escrito presentado en fecha 14/12/2016 por Clece, S.A. se aporta el contrato administrativo requerido por la parte actora.

SEGUNDO.- Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio, para el día 19/12/2016 , que fue suspendido a instancias del Ayuntamiento , por no mediar el plazo legal, siendo señalado nuevamente para el día 16/02/2017.

En fecha 12/01/2017 la parte actora presenta escrito solicitando que sea ampliada la informacion por CLECE, S.A. y en fecha 23/01/2017 presenta escrito ampliando su demanda .

En fecha 13/02/2017 el letrado de CLECE solicita la suspension de la vista por que por enfermedad del Letrado de Clece, S.A.,, siendo señalado nuevamente para el dia 27/04/2017.

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/14





En fecha 30/03/2017 la parte actora amplia su demanda frente a PROMALAGA , que en fecha 24/04/2017 solicita la suspensión al haber sido emplazada ese mismo día, siendo acordada la suspensión y señalado nuevamente para el día 17/07/2017 al que comparecieron las partes en la forma indicada en el encabezamiento, salvo el Ministerio Fiscal.

En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda y ampliaciones ; oponiéndose las demandadas por las razones que constan en la video grabación , tras lo cual se confirió trámite de alegaciones a la parte actora.

Practicada la prueba propuesta y admitida, se abrió la fase de conclusiones , en la que las partes se ratificaron en sus respectivas posturas y solicitaron de este Juzgado se dictase sentencia de conformidad con sus pretensiones.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La actora , con DNI nº ha venido prestando servicios para la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS , S.L. con antigüedad a efectos de indemnización por despido de 02/05/2015 , categoría Informadora Turística , y percibiendo un salario último de euros/mes brutos prorrateados (documento 4 de BCM)

SEGUNDO.- El salario previsto en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga para las funciones de oficial administrativo Grupo C! Nivel 17 , a jornada completa , asciende a 2.105,11 euros (no discutido y documento 17 de la parte actora)

TERCERO.- La actora y la entidad BCM se encontraban vinculadas por contrato temporal con jornada parcial de 17 horas a la semana suscrito en fecha 22/09/2015 y a partir de 01/10/2015 se pacta jornada de 20 horas semanales. (documento 4 de BCM)

CUARTO.- Mediante carta datada el 05/08/2016 la entidad BCM comunica a la actora la extinción de su contrato, con efectos 22/08/2016, por amortización de su puesto de trabajo por la desaparición del contrato de servicio anteriormente referenciado (Servicios de informadores turísticos concertado con el Ayuntamiento de Málaga).

La citada entidad ha abonado a la actora la indemnización por despido objetivo por importe de

Código Seguro de verificación:cL9487ZDk3Xi rgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/14





Se da por reproducido el contenido íntegro de la carta al constar aportada por BCM y el recibo de indemnización, como documentos 1, 2 y 3.-

QUINTO.- La actora fue contratada por EULEN en fecha 02/05/2015 mediante contrato temporal suscrito el 02/05/2015 como informadora turística a tiempo parcial con duración hasta 10/08/2015

En fecha 24/08/2015 se suscribió nuevo contrato con la entidad EULEN, S.A. con duración hasta 21/09/2015, fecha en la que la empleadora le comunica que ha finalizado el contrato suscrito con PROMOMALGA para la prestación del servicio de información turística y que con fecha 22/09/2015 será subrogada por la nueva adjudicataria.

(documentos 1 a 5 de la parte actora)

SEXTO.- En fecha 22/09/2015 la entidad Promalaga concierta con el servicio de información turística con la entidad BCM a tenor del pliego de prescripciones técnicas y pliego de condiciones económicas del expediente 123/2015. (documento 5 y 6 de BCM).

SEPTIMO.- Con ocasión de dicho cambio de empresa adjudicataria se tramita proceso a instancias de la actora por despido ante el Juzgado de lo Social nº13 de Málaga, autos 854/2015 que finaliza con conciliación en la que BCM Gestión de servicios SL reconoce la improcedencia del despido y opta por la readmisión. (documentos 14 a 17 de la parte actora).

OCTAVO.- En fecha 21 de septiembre, la empresa Eulen remite la misma misiva a otro/as 7 trabajadores (documentos 18 a 24 de la parte actora) y cinco trabajadores formularon demandas por despido que finalizaron con el reconocimiento de improcedencia por BCM y opta por la readmisión (documentos 25 a 29 de la parte actora)

NOVENO.- Grupo BCM tenía adscrito a los 15 trabajadores al servicio de información turística, entre ellos, la demandante, que figuran en la lista aportada por Clece como documento nº 2.

DECIMO.- Tramitado expediente por el Ayuntamiento de Málaga registrado con el nº 131/2015 se adjudica la contrata a la empresa CLECE SA, que entra en el servicio el 23 de agosto de 2016. El expediente tiene por objeto la prestación de servicio de información turística de la ciudad de Málaga.

El pliego de prescripciones técnicas de dicho expediente en su punto 5º establece que el adjudicatario deberá proporcionar los uniformes a los trabajadores, 250.000 planos de la ciudad, teléfono móvil al trabajador, así

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/14



cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==



como ordenador portátil, tableta gama media, teléfono habilitado 24 horas, carpa y mostrador para servicio hospitality.

La adjudicataria elaborará informes mensuales sobre servicio prestado nombrará un coordinador y se establecerá una comisión de seguimiento.

La cláusula 8º de dicho pliego en cuanto a la solvencia técnica de la oferta señala que el personal debe estar en posesión de título de técnico de empresa y actividades turísticas, grado en turismo o ciclo formativo de grado superior, tener idioma español y poseer conocimiento de dos idiomas foráneos, uno con B2 y otro con B1 de los que uno de los dos debe ser inglés además de la plantilla el 25% debe tener B1 en francés y el otro 25% B1 en alemán., similar a las condiciones previstas en el pliego 123/2015.

SE da por reproducido el contenido de los documentos 3 y 4 de Clece.

UNDECIMO.- La empresa BCM entrega carta de despido objetivo a la actora, A [redacted] y [redacted] (documento 16 de BCM y documento 8 del Ayuntamiento.)

DECIMOSEGUNDO.- Antes de iniciar el servicio, la entidad Clece realiza proceso de selección al que concurre la actora , en el que se fijan como criterios de selección los establecidos en la contrata del ayuntamiento.

En el proceso selectivo participaron 9 trabajadores de BCM de los cuales 6, entre ellos la actora , no reunían el requisito de acreditación de conocimiento de idioma . Los tres restantes fueron contratados para el mismo puesto .

DECIMOTERCERO.- La citada entidad tiene adscritos al servicio de informadores a 17 trabajadores, de los cuales 3 habían prestado servicios previamente para BCM como informadores turísticos, concretamente [redacted] (coordinadora y fue sustituida por y D. [redacted] que fue contratado en el mes de octubre) y Dª [redacted] (documento 6 de Clece y testifical [redacted])

DECIMOCUARTO.- A fecha 07/2016 la empresa demandada BCM tenía en alta a 234 trabajadores. A fecha 08/2016 tenía en alta a 204 trabajadores. En el periodo comprendido entre 01/07/2016 y 31/08/2016 la empresa citada ha efectuado las altas y bajas que constan en el informe de vida laboral aportado como documento 14. (documentos 12 y 13 de BCM)



Código Seguro de verificación: cL94872Dk3XirgQIOsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/14





DECIMOQUINTO.- Durante la ejecución de la contrata la empresa adjudicataria garantiza el servicio de información turística en distintos puntos estratégicos de la ciudad con personal propio.

El Ayuntamiento controla la efectiva y correcta ejecución de la contrata a través de [redacted] Jefe de negociado, que es el responsable de la gestión de la contrata de información turística en los distintos puntos designados por el Ayuntamiento, que en ocasiones es compartido con el servicio de la Consejería.

Toda incidencia en la prestación de servicios se canaliza a través de la coordinadora de servicio y el [redacted] se comunica directamente con la Coordinadora de Clece [redacted] la cual transmite determinadas incidencias al personal de la contrata (documentos 38 a 44 de la actora)

Habitualmente no coinciden con otros funcionarios municipales salvo en un punto existente en la Pza. la Marina, en cuya sede la adjudicataria efectúa atención a turistas y un empleado municipal trabaja de atención al cliente contestando escritos, emails o confeccionando estadísticas. Igualmente existe un punto en la denominada casa del jardinero donde otro empleado municipal compagina hasta las 14 horas sus funciones con la atención a turistas y a partir de esa hora lo hace la adjudicataria.

Durante el periodo de feria y semana santa, se apoya el servicio de información con personal del ayuntamiento.

El régimen de sanciones, vacaciones, jornada o rotación de trabajadores entre los distintos puntos corresponde a la adjudicataria.

(Testifical [redacted] y [redacted] y documento 35 de la parte actora)

DECIMOSEXTO.- La actora está en posesión de título de diplomada en turismo y no posee la titulación oficial de idiomas requerida por el pliego. (documento 32 de la parte actora)

DECIMOSEPTIMO. Promalaga cuyo nombre completo es Empresa Municipal de Iniciativas y actividades empresariales de Málaga SA, tiene en su objeto social entre otros la ejecución material financiera en el ámbito cultural deportivo, turístico o social por encomienda del Ayuntamiento o Convenio con el mismo, siempre que redunde un beneficio para el tejido económico productivo de la ciudad. Durante la contrata se recurrió a Promalaga el 1 de abril de 2016 hasta consumir 60500 horas hasta tanto la mesa de contratación adjudicara los contratos abiertos de forma definitiva que en ese momento estaban en tramitación (documental aportada por la defensa de Promomálga)

DECIMOCTAVO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

Código Seguro de verificación:cL9487ZDk3XirgIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/14





DECIMONOVENO. - En fecha 15/03/2017 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 10 de esta ciudad, autos de despido 861/2016 en demanda formulada por D^a [REDACTED] frente a BCM , CLECE, cuyo contenido se da por reproducido. (documento 9 de Clece)

En fecha 07/07/2017 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 7 de esta ciudad, autos de despido 866/2016 en demanda formulada por D^a [REDACTED] frente a Eulen, BCM , CLECE, Ayuntamiento y Promomálaga cuyo contenido se da por reproducido. (documento 10 de Clece)

VIGESIMO.- D^a [REDACTED] y D^a [REDACTED] han formulado sendas demandas por despido por los mismos hechos frente a los mismos demandados cuyo conocimiento ha correspondido a los Juzgados n^{os} 11 y 7 de esta ciudad.

VIGESIMOPRIMERO.- Se agotó la conciliación y via previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo preceptuado en el artículo 97 de la LRJS procede indicar que los hechos probados se deducen de la documental aportada por las partes y por la testifical practicada.

SEGUNDO.- Se alega por la actora que el despido es nulo al considerar que ha existido vulneración del derecho de libertad sindical y la tutela judicial efectiva en el hecho segundo in fine, pero ni tan siquiera se alega el hecho o hechos en los que sustenta tal calificación.

En este punto conviene precisar que en orden a la distribución de la carga de la prueba, la doctrina constitucional que se recoge en sentencias como la nº 90/1997, de 6 de Mayo se dice : "*Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL; SSTC 38/1981, 37/1986, 47/1985, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 180/1994 y 136/1996, entre otras). La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, FFJJ 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria.*

El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3Xi rgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://vs121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/14





razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SST 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)". Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, "sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. "

En el caso que nos ocupa no se ha aportado por parte de la actora un indicio suficiente y razonable para considerar que la actuación de la empresa ha estado encaminada a degradar a la actora con el fin de que abandone su puesto , pues no cabe confundir indicio con alegación de parte. En este sentido, la Sala de lo Social del TSJ Madrid, en sentencia de fecha 26/11/2002 establece que : *"Queda pues como única prueba de la que la Juzgadora ha obtenido su convicción la de interrogatorio de parte en base a la cual afirma que son ciertos los hechos reconocidos por el declarante, D. Pedro Francisco, quien "reconoce" que el demandante le golpeó. Este hecho no le es enteramente perjudicial como exige el art. 316.1 de la LEC , sino enteramente beneficioso, no resultando afirmado ni corroborado por otro medio probatorio, por lo que no podemos acudir al criterio de apreciación conjunta de la prueba. Se constata, pues, una manifiesta infracción del artículo 316 de la LEC, pues ni la valoración libre de la que goza el Juez puede llegar al extremo de apreciarse como único medio de prueba, a favor del declarante, su propia declaración que le beneficia. "*

En igual sentido se pronuncia la sentencia de fecha 22/03/2010: *"El artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , atinente a la valoración de la prueba de interrogatorio de parte, dispone que:"Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial". Es decir, todo lo contrario que, respecto de la valoración de esta prueba, hizo la resolución impugnada, en la que se tuvo por acreditado, sin más, lo afirmado por la empresa en relación con la pretendida negativa de la actora a suscribir el contrato de trabajo de 28 de marzo de 2.008 en atención, única y exclusivamente, a lo manifestado por el representante legal de la demandada al ser interrogado en el acto de juicio, circunstancia que no sólo le beneficiaba, sino que acabó convirtiéndose en*

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/14





la razón básica para el rechazo de las pretensiones ejercitadas en autos, al considerar la Magistrada de instancia eficaz el período de prueba a que hace méritos dicho contrato, por mucho que éste no hubiera sido firmado por la recurrente. "

Como se ha dicho, ningún hecho se alega en la demanda , y tan solo se aporta un recorte de periódico en el que se nombra a la actora, pero una vez que fue desepida, lo que no constituye indicio suficiente, por lo que la nulidad del despido por vulnæración de derechos fundamentales ha de ser desestimada .

TERCERO.- La parte actora interesa la improcedencia del despido por no haber seguido los trámites del despido colectivo, al considerar que podrían haber sido despidos gran parte de los quince contratos de los informadores turísticos adscritos a la contrata concertada con el Ayuntamiento.

El art. 51 del ET establece que *" . A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a NT :*

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Código Seguro de verificación:cL9487ZDk3X1rgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/14





La parte actora alega en su escrito de ampliación que podrían haber sido superados los límites del art. 51 al haber superado los umbrales previstos. En lo que se refiere al ámbito de la contrata, consta que se encontraban adscritos 15 trabajadores y tan solo constan cuatro despidos objetivos, por lo que no se alcanza el número de diez trabajadores previstos para centros con menos de treinta y por ello el motivo de improcedencia alegado en el escrito de ampliación debe ser rechazado.

Se ignora si el resto de la plantilla adscrita han visto extinguidos sus contratos pero en cualquier caso, la parte actora no ha concretado tras el examen de la prueba aportada como el informe de vida laboral de BCM, el número de trabajadores afectados, ignorándose la causa de la baja.

CUARTO.- En lo que se refiere a la existencia de cesión ilegal con respecto al Ayuntamiento de Málaga, tal y como establece la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7,

. Dispone el Art.43.2 ET que “ En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este 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”.

2.- La jurisprudencia desarrolladora del precepto, como la STS 2 de noviembre de 2016 señala que “2. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, tal como hemos reiterado muy recientemente (STS4ª nº 892/2016, Pleno, de 26-10-2016, R. 2913/14), la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 18-1-2011 (R. 1637/10), 19-6- 2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R.1591/11), 20-5-2015, Pleno (R. 179/14) y 11-2-2016, Pleno (R. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

Aplicada la norma y jurisprudencia al caso de autos debe concluirse en este caso y en atención a la anterior jurisprudencia que no concurre prueba de la

Código Seguro de verificación:cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/14





existencia de un fenómeno interpositorio constitutivo de una cesión ilegal.
En base a los siguientes datos:

BCM Gestión de servicios que es la empresa última para la que trabajó la actora. Es una empresa real con 208 trabajadores en el mes de agosto de 2016 y empleando a 15 trabajadores en la contrata. Igual cabe decir de las otras adjudicatarias EULEN SA y CLECE SA que es notorio son empresas de actividad real. Aunque ello de acuerdo con la jurisprudencia es un indicio no concluyente per se de la ausencia de cesión ilegal porque cabe recurrir a una empresa real para crear un fenómeno interpositorio.

Existe una justificación técnica para la contrata. Aunque en la testifical del [REDACTED] se admita la existencia de un empleado municipal en la casita del jardinero por la mañana y compartiendo funciones así como otro en la plaza de la Marina, y este sin atención directa a turistas, no comparten funciones con la contrata. La misma distribuye personal en puntos estratégicos de la ciudad, Puerto, Alcazaba... de recepción y atención a turistas sin que conste en dichos puntos que el Ayuntamiento dispusiera de personal para prestar de forma compartida dicho servicio.

BCM Gestión de servicios SL cuenta con un coordinador que ejercita la representación de la empresa ante Ayuntamiento de Málaga.

BCM Gestión de servicios SL ejercita efectiva facultad de dirección empresarial que pasa por abono de nómina, vacaciones, jornada, rotaciones entre los distintos puesto, etc....

Por último tampoco es cierto que la contrata se limitase a una puesta a disposición de personal puesto que el expediente 123/2015, hacía referencia a la existencia de entrega de uniformes por parte de la adjudicataria así como puesta a disposición de teléfono de contacto las 24 horas. La ulterior contrata adjudicada a CLECE en expediente 131/2015 amplía los medios materiales que tiene que aportar la adjudicataria: uniforme, 250.000 planos, teléfono móvil, ordenador portátil y tableta a cada trabajador, teléfono de 24 horas contacto y servicio hospitality con carpa y mostrador.

De todo ello se deduce que se trata de un supuesto de válida contrata y no de cesión ilegal por lo que habrá de estimarse la falta de legitimación pasiva ad causam del Ayuntamiento y Promomalaga.

QUINTO.- En lo que se refiere a la existencia de subrogación legal de Clece, S.A. respecto a los informadores que venían prestando servicios para BCM, debe ser desestimada.

La sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ Andalucía, sede en Málaga de fecha 19/07/2017 establece que *"Reiterada doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina ha venido declarando que en los supuestos de sucesión de contrataciones o concesiones para la prestación de*

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/14





servicios sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o si así viene determinado en el convenio colectivo aplicable o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 diciembre 1997, 18 marzo 2002 y 29 mayo 2008, entre otras muchas). Efectivamente, la jurisprudencia unificada sostiene que para que exista la transmisión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no basta con el hecho de que se haya producido una mera sucesión de contratistas para la prestación de un servicio determinado, pues es de todo punto necesario que además se haya producido la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, ya que la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada, debiéndose tener en cuenta que el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. En definitiva, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos patrimoniales. Para determinar si ha existido o no sucesión de empresas, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

Ahora bien, según la doctrina comunitaria, que compendia ampliamente y analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2009, en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de manera duradera una actividad en común puede constituir una actividad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario. Por el contrario, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión empresa, si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/14



cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==



En definitiva, como indica la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013 en los supuestos de sucesión de contratatas la subrogación no opera de una manera automática en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que para que se produzca tiene que concurrir alguna de estas tres circunstancias^) Que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales, esto es un conjunto organizado de elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, sin que pueda considerarse a la contrata ni a la concesión administrativa como unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación; B) Que aunque no haya habido transmisión de activos patrimoniales, el nuevo empresario entrante no sólo continúe con la actividad de que se trate, sino que también se haya hecho cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, siempre y cuando se trate de sectores cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; y C) Que aún no concurriendo transmisión de elementos patrimoniales o personales, la subrogación se encuentre expresamente prevista en el convenio colectivo aplicable o en el pliego de prescripciones de la contrata o concesión administrativa.

Pues bien, la primera nota no consta que concurra en el supuesto de autos, ya que no existe transmisión de elementos patrimoniales, dado que, como hemos indicado anteriormente, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, sino que es necesario que se haya producido la entrega al nuevo concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, lo que no consta haya ocurrido en el presente caso, máxime si tenemos en cuenta que en la nueva adjudicación del Servicio de Información Turística de la ciudad de Málaga a la empresa Clece S.A. se exigía a dicha empresa la aportación de unos medios materiales que no se exigían a la anterior concesionaria del servicio BCM Gestión de Servicios S.L.. Tampoco concurre la tercera nota, pues la subrogación entre los sucesivos contratistas no se encontraba prevista ni en el convenio colectivo aplicable, ni en el pliego de prescripciones de la contrata o concesión administrativa. Finalmente, en cuanto a la concurrencia de la segunda nota, si bien el nuevo adjudicatario del servicio Clece S.A. se ha hecho cargo de algunos de los trabajadores que venían trabajando para la anterior concesionaria del servicio BCM Gestión de Servicios S.L., no puede considerarse por ello que haya habido transmisión de elementos personales, dado que la nueva contratista tiene asignados al referido Servicio un total de doce trabajadores, de los cuales únicamente cuatro había prestado servicios

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3Xi r qGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEG0 FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/14





para la anterior adjudicataria, por lo que no cabe hablar de que la nueva adjudicataria se haya hecho cargo de una parte esencial y mayoritaria de los trabajadores del anterior empresario (para ello hubiese sido preciso que la nueva adjudicataria al menos se hubiese hecho cargo de más de la mitad de los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior adjudicataria). Ello no queda desvirtuado en modo alguno por la sentencia de esta Sala de fecha 8 de febrero de 2017 (sentencia 251/17), pues si la misma declaró la existencia de una subrogación empresarial entre la empresa Eulen S.A y BCM Gestión de Servicios S.L respecto de un anterior cambio en la empresa adjudicataria del referido Servicio de Información Turística de la ciudad de Málaga, eso fue debido a que en ese caso la nueva adjudicataria del servicio (BCM) se había subrogado en los contratos de todos los trabajadores empleados en el servicio adjudicado, con la única excepción de la demandante en el indicado procedimiento, mientras que en el supuesto de autos la nueva adjudicataria (Clece) únicamente se había subrogado en los contratos de cuatro de los quince trabajadores empleados por anterior adjudicataria (BCM) en el servicio adjudicado.”

Aplicando la anterior doctrina, debe desestimarse la existencia de obligación legal de subrogación.

SIXTO.- Descartada la existencia de subrogación legal por parte de Clece, resta por examinar el cese operado por causas objetivas por parte de la entidad BCM al haber sido rescindida la contrata a la que estaba adscrita la demandante.

La finalización de la contrata por decisión de la empresa cliente, como ha sucedido en el presente caso, constituye causa suficiente para acordar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 enero 2008), aun cuando la empresa cuente con otras contrata de la misma actividad en las que se necesite más mano de obra, pues, como hemos indicado anteriormente, el ámbito de la apreciación de la causa de extinción del contrato por razones organizativas debe ser el sector concreto de la actividad empresarial afectada por el exceso de personal, que es la contrata finalizada y no renovada o la renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende mediante la supresión de los puestos de trabajo sobrantes. Por tanto, la medida extintiva acordada aparece como razonable, ya que no se puede obligar a la empresa a mantener unos puestos de trabajo que resultan innecesarios por las nuevas circunstancias concurrentes al haber finalizado la contrata en la que prestaban servicios la actora por lo que el cese operado ha de ser declarado válido y la demanda

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/14



cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

por despido debe ser desestimada.

SEPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 191 de la Ley de Jurisdicción Social frente a esta Sentencia cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por ^a [REDACTED] frente a las entidades **BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L.** r**CLECE, S.A.** ; **AYUNTAMIENTO DE MALAGA** , **EMPRESA MUNICIPAL DE INICIATIVAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE MALAGA, S.A. (PROMALAGA)** , r y la entidad **EULEN, S.A.** , debo absolver a los demandados de las acciones formuladas en su contra.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía /Málaga , anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada-Juez que la dicta en su fecha, de lo que doy fe.-

Código Seguro de verificación: cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	VICTORIA GALLEGO FUNES 27/07/2017 08:38:53	FECHA	27/07/2017
	MARIA ROSARIO SERRANO LORCA 27/07/2017 10:24:23		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/14



cL9487ZDk3XirgGIQsA6sw==