



SENTENCIA N.º 296/2018

En Málaga, a uno de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, DÑA. LIDIA BERMÚDEZ MARTÍN, MAGISTRADA-JUEZ DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 4 DE MÁLAGA, los presentes autos n.º 549/2017 sobre DESPIDO y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una, como demandante, [REDACTED] [REDACTED] asistida por la Letrada Dña. María del Mar Bascañana Serrano; y, de otra, como demandada, BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L., asistida por el Graduado Social D. Manuel Antonio Navarro Maldonado, EDUCOMEX MULTISERVICIOS S.L., asistida por el Graduado Social D. Carlos de la Osa Crespo, AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, asistida por el Letrado D. Juan Manuel Fernández Martínez, ILUNIÓN CEE OUTSOURCING S.A.U., asistida por el Letrado D. Jose María Ruiz Castillo, habiendo sido citado el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y con intervención del MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de mayo de 2017 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda en virtud de Decreto de 14 de noviembre de 2017, previa opción por la actora por la acción de despido, se señaló el 10 de abril de 2018 para la celebración de los actos de conciliación y, en su caso, juicio que tuvieron lugar, finalmente, tras dos suspensiones, el 26 de septiembre de 2018 no compareciendo FOGASA. Llegada dicha fecha y fracasada la conciliación, en el acto de juicio la parte actora ratificó la demandad y la ampliación de la misma y los codemandados se opusieron a la misma por los motivos que constan en la grabación y que se dan por reproducidos y, evacuado traslado nuevamente a la parte actora, persistió en sus alegaciones. Recibido el pleito a prueba, se practicó documental y testifical y en el trámite de conclusiones las partes mantuvieron sus posiciones iniciales, informando el Ministerio Fiscal desfavorablemente sobre la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad, tras lo cual se declararon los autos conclusos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS





I.- [REDACTED] ha realizado prácticas como becaria, en base al convenio de colaboración para el desarrollo de un programa de cooperación educativa entre el Ayuntamiento de Málaga y la Universidad de Málaga del 6 de febrero al 5 de agosto de 2012 (635 horas, en el área de Personal, Organización y Calidad) y del 15 de octubre de 2012 al 14 de abril de 2013, realizando tareas de apoyo y colaboración en tratamiento técnico de los fondos; comprobación, sellado, colocación y ordenación, atención al usuario (información bibliográfica y sobre los servicios y actividades de la biblioteca), información y apoyo a las actividades de fomento de la lectura, servicio de préstamo y alta carné de socio, atención en sala, servicio de internet.

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

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

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

III.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de BCM Gestión de Servicios S.L. (CIF B92831112), con la categoría profesional de auxiliar de biblioteca, con contratos de duración determinada para obra o servicio determinado en los siguientes periodos: 20 de noviembre de 2014 a 4 de enero de 2015 (a jornada parcial, 5 horas semanales, con modificaciones de jornada posteriores a 12:30 horas semanales, a 10:00 horas semanales y a 7:30 horas semanales) y del 23 de noviembre a 31 de diciembre de 2015 (a jornada parcial, 10:00 horas semanales).

Los contratos, sus modificaciones en cuanto al coeficiente de parcialidad y retribución obran como documentos n.º 3 a 9 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. y documento n.º 5 ramo de prueba de la parte actora cuyo contenido se da por reproducido

IV.- [REDACTED] ha estado en situación de alta por cuenta de Educomex Multiservicios S.L. (CIF B91475996) con contratos de duración determinada, a





tiempo parcial, para obra o servicio determinado en los siguientes periodos:

- 18 de septiembre de 2012 al 11 de octubre de 2012 (9 horas semanales), categoría profesional controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 18 de abril al 25 de mayo de 2013 (jornada 39%).
- 23 al 27 de septiembre de 2013 (15 horas semanales), categoría profesional de controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 7 a 8 de noviembre de 2013 (15 horas semanales), categoría profesional controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 23 de diciembre de 2013 al 3 de enero de 2014 (37:50 horas semanales), categoría profesional controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 22 de enero al 5 de febrero de 2014 (15 horas semanales), categoría profesional controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 21 de marzo a 28 de mayo de 2014 (12:30 horas semanales), categoría profesional controlador de sala, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 16 de octubre a 19 de noviembre de 2014 (12:30 horas semanales), categoría profesional de controlador salas, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 18 de mayo a 13 de junio de 2015 (12:30 horas semanales), categoría profesional de controlador de salas, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 29 de junio a 24 de julio de 2015 (25 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 18 de agosto a 21 de noviembre de 2015 (25 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 30 de diciembre de 2015 a 22 de septiembre de 2016 (25 horas semanales), categoría profesional de técnico en documentación, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 17 a 21 de marzo de 2017 (2:30 horas semanales), categoría profesional técnico en documentación, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).
- 24 al 31 de marzo de 2017 (5:00 horas semanales), categoría profesional técnico en documentación, centro de trabajo biblioteca Narciso Diaz Escobar (Málaga).

Los contratos suscritos y las nóminas obran en el documento n.º 4 del ramo de prueba de Educomex Multiservicios S.L. y n.º 2 y 5 del ramo de prueba de la parte actora y su contenido se da por reproducido.

V.- El 2 de febrero de 2012 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex





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

El 4 de marzo de 2013 se aprobó la prórroga del contrato por un año (expediente 85/11 – 5) (folios 9 a 13 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

VI.- En marzo de 2014 se adjudicó el contrato menor ODC 2014/768 a Educomex Multiservicios S.L. siendo su objeto las actividades para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales mientras se adjudica el contrato expediente (15/2014). folios 14 a 24 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

VII.- El 20 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 7 de julio de 2014 (expediente 15/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de un año, expresando la cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. El pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto: Servicio para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga (expediente n.º 15/14) en su apartado décimo reitera que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen.

El apartado 9 expone que "El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 el TRLCSP". El pliego de prescripciones técnicas expresa, entre otros extremos, el objeto del contrato. (Folios 26 a 59 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).





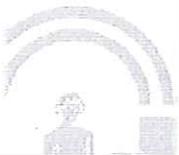
VIII.- El 12 de noviembre de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a BCM Gestión de Servicios S.L. contrato de Servicio de Actividades de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 19 de noviembre de 2014 (expediente 134/14) contrato administrativo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

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

El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la atención a los mismos, tales como: -Favorecer el acceso a la información. -Facilitar y difundir el uso de los fondos bibliográficos y audiovisuales; conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos; valorar la biblioteca como espacio compartido; facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de Internet; además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga.

El horario de apertura de la Red de Bibliotecas Municipales es de 10,00 h a 14,00 h. en horario de mañana y de 17,00 h. a 19,30 h. en horario de tarde y sábados de 9,30 h. a 14,00 h. Por lo que la realización de las actividades será dentro de este horario, siendo fijado por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (documento n.º 15 a 18 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. folios 110 a 142 del documento n.º 8 del Ayuntamiento de Málaga, cuyo contenido se da por reproducido).

IX.- Ayuntamiento de Málaga y Educomex Multiservicios S.L. firmaron contrato menor con número ODC 2015/962 para la formación de usuarios para las bibliotecas municipales mientras se adjudicaba el expediente 182/2014, aproximadamente en marzo de





2015 (folios 60 a 70 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

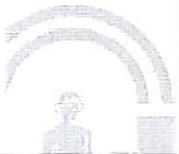
X.- El 26 de mayo de 2015 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Educomex Multiservicios S.L. contrato de Servicio de Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga, suscribiéndose el 24 de junio de 2015 (expediente 182/14) contrato administrativo para la ejecución del precitado servicio. La duración pactada fue de dos años. Recogiendo las cláusula 8 que "El personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato no tendrá vinculación laboral alguna con este Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen. A la extinción del contrato no podrá producirse, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga, siendo de aplicación, a tales efectos, los previsto en el artículo 301.4 TRLCSP"

El pliego de condiciones económico-administrativas particulares para la contratación de servicios, no sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto: Servicio para la Formación de Usuarios para las Bibliotecas Públicas Municipales de Málaga (expediente n.º 182/14) en el apartado 9 expresa que "El contratista queda obligado a aportar y adscribir los equipos personales, técnicos y materiales ofertados (...) El contratista contará con el personal necesario para la ejecución del contrato. Dicho personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo este Ayuntamiento ajeno a dichas relaciones laborales. (...) A la extinción del contrato no se producirá, en ningún caso, la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 301.4 el TRLCSP". El apartado décimo estipula que no existirá vinculación laboral alguna entre el Ayuntamiento y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato, el cual llevará a cabo exclusivamente, las tareas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, con arreglo a las instrucciones que a tales efectos reciba de la empresa adjudicataria para la que trabajen.

El pliego de prescripciones técnicas expresa que el objeto del contrato consiste en cubrir las actividades de formación de usuarios para la realización de actividades relacionadas con la atención a los mismos, tales como: -Favorecer el acceso a la información. -Facilitar y difundir el uso de los fondos bibliográficos y audiovisuales; conocer el sistema de clasificación y organización de los fondos; valorar la biblioteca como espacio compartido; facilitar herramientas de búsqueda y tipos de servicios de información de Internet; además de todas aquellas actividades relacionadas con los servicios que prestan la Red de Bibliotecas Municipales de Málaga.

El horario de apertura de la Red de Bibliotecas Municipales es de 10,00 h a 14,00 h. en horario de mañana y de 17,00 h. a 19,30 h. en horario de tarde y sábados de 9,30 h. a 14,00 h. Por lo que la realización de las actividades será dentro de este horario, siendo fijado por cada una de las bibliotecas según las instrucciones que se darán desde la Sección de Bibliotecas (folios 71 a 103 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

XI.- Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L. firmaron contrato





menor con número ODC 2350/2015, aproximadamente en octubre de 2015, siendo su objeto el servicio de apoyo a las actividades de fomento a la lectura en las Bibliotecas Municipales por un periodo de dos meses (folios 146 a 160 del documento n.º 8 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

XII.- El 14 de octubre de 2016 se adjudicó a Ilusión Cee Outsourcing S.A. la contratación del Servicio de Apoyo en la Prestación de los Servicios Y Actividades de la Red de Bibliotecas Públicas de Málaga (expediente 46/16) por un plazo de dos años, suscribiéndose el contrato administrativo el 13 de marzo de 2017.

XIII.- Educomex Multiservicios S.L. tiene su domicilio en Sevilla.

XIV.- BCM Gestión de Servicios S.L. tiene su domicilio en Málaga.

XV.- BCM Gestión de Servicios S.L. presentó ante la Agencia Tributaria modelo 190 de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF por un total anual de percepciones en el ejercicio 2014 de 4.053.871,15 euros y en el ejercicio 2015 de 4.015.695,84 euros.

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

XVII.- El 19 de noviembre de 2015 BCM Gestión de Servicios S.L. envió el correo electrónico obrante como documento n.º 3 del ramo de prueba de la parte actora.

XVIII.- Las empresas adjudicatarias han justificado al ayuntamiento que la actora ha prestado servicios en el año 2016: 233,5 horas y en el año 2017: 18 horas, conforme al detalle obrante en el documento n.º 12 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido.

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

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

XXI.- La actora prestaba servicios a tiempo parcial y durante el horario de apertura de las bibliotecas y en alguna ocasión ha estado sola y a veces ha abierto y/o cerrado la biblioteca.

XXII.- El horario de apertura de las bibliotecas municipales es de lunes a viernes de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 19:30 horas y sábados de 9:30 a 14:00 horas.

XXIII.- La jornada completa del personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga es superior a la realizada por la actora.

XXIV.- El ayuntamiento elaboraba un cuadro para cubrir las incidencias en el que





incluía a la actora.

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

XXVI.- El salario a jornada completa que corresponde a la actora si se integra en el Ayuntamiento de Málaga es de 1530,35 euros mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, correspondiendo a una jornada de cinco horas semanales un salario mensual de 191,25 euros.

XXVII.- Tras una moción presentada por el grupo [REDACTED] (documento n.º 18 del ramo de prueba de la parte actora), el 24 de noviembre de 2016 se adoptó por el Pleno del Ayuntamiento de Málaga el Acuerdo obrante en el documento n.º 10 del ramo de prueba del ayuntamiento sobre las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras externas de las Bibliotecas Municipales y respecto del cambio de adjudicataria. El tenor literal del acuerdo es el siguiente: 1.- Solicitar al equipo de gobierno a incrementar todos los recursos humanos y reforzar la plantilla de bibliotecarios/as, auxiliares y ordenanzas para las bibliotecas públicas municipales, con la correspondiente consignación presupuestaria, así como mejorar las condiciones laborales de los trabajadores en el marco de la negociación del calendario laboral. 2º.- Instar al equipo de gobierno a tomar las medidas que sean oportunas con respecto a las condiciones de trabajo y laborales de las trabajadoras y los trabajadores externos de las Bibliotecas Municipales para la mejora de las mismas, en el marco de las cláusulas sociales. 3º.- Mostrar la solidaridad del Consistorio con las trabajadoras externas y los trabajadores externos de las Bibliotecas Públicas Municipales que hasta ahora han venido desempeñando esta labor durante años, así como que por parte del equipo de gobierno se les informe y se interesen por la situación en que quedan". El contenido de la moción se expresa en el precitado documento n.º 10 y su contenido se da por reproducido.

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

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

XXX.- El 3 de de mayo de 2017 la trabajadora presentó papeleta de conciliación y el 24 de mayo de 2017 se intentó sin efecto el acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, no compareciendo .BCM Gestión de Servicios S.L. y el Ayuntamiento de Málaga (debidamente citados) ni Educomex Multiservicios S.L. (no constando en el expediente la recepción de la citación).

XXXI.- El 24 de mayo de 2017, a las 13:46 horas, se interpuso demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2) del artículo 97 del Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debe hacerse constar que el relato fáctico se ha

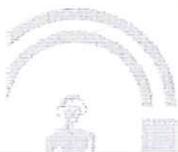




extraído del resultado del juicio así como de la documental obrante en autos y de las testificales practicadas, conforme al siguiente detalle:

- Hecho probado I: documentos n.º 1 y 2 del ramo de prueba del Ayuntamiento y n.º 4 ramo prueba parte actora.
- Hecho probado II: documentos n.º 2 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado III: documentos n.º 3 a 9 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. y documento n.º 5 ramo de prueba de la parte actora
- Hecho probado IV: documento n.º 4 del ramo de prueba de Educomex Multiservicios S.L. y n.º 2 y 5 del ramo de prueba de la parte actora
- Hecho probado V: folios 9 a 13 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento
- Hecho probado VI: folios 14 a 24 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado VII: folios 26 a 59 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado VIII: documento n.º 15 a 18 del ramo de prueba de BCM Gestión de Servicios S.L. folios 110 a 142 del documento n.º 8 del Ayuntamiento.
- Hecho probado IX: folios 60 a 70 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado X: folios 71 a 103 del documento n.º 6 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado XI: folios 146 a 160 del documento n.º 8 ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado XII: documento n.º 9 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado XIII: documentos n.º 4 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XIV: documento n.º 4 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XV: documento n.º 13 y 14 del ramo de prueba de BCM.
- Hecho probado XVI: documento n.º 12 ramo prueba BCM.
- Hecho probado XVII: documento n.º 3 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XVIII: documento n.º 12 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado XIX: testifical de [REDACTED]
- Hecho probado XX: incontrovertido.
- Hecho probado XXI: documento n.º 9 del ramo de prueba de la parte actora y testifical de [REDACTED]
- Hecho probado XXII: documentos n.º 6 y 8 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XXIII: testifical de [REDACTED]
- Hecho probado XXIV: testifical de [REDACTED] y documento n.º 6 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XXV: documentos n.º 9 del ramo de prueba de BCM y n.º 4 del ramo de prueba de Educomex Multiservicios S.L. y n.º 2 del ramo de prueba de la parte actora.
- Hecho probado XXVI: no controvertido.
- Hecho probado XXVII: documentos n.º 18 del ramo de prueba de la parte actora y n.º 10 del ramo de prueba del Ayuntamiento.
- Hecho probado XVIII a XXXI: no controvertido

SEGUNDO.- En relación con la excepción de caducidad opuesta por BCM Gestión de Servicios S.L., esgrime que ha transcurrido el plazo de 20 días para el ejercicio de la acción de despido al haber finalizado la relación laboral entre las partes el 31 de diciembre de 2015.





En el supuesto de autos la acción no se puede considerar caducada toda vez que ha sido interpuesta en el plazo de 20 días desde la finalización de la relación laboral. Habiendo esgrimido la parte actora cesión ilegal entre las empresas codemandadas, el plazo ha de empezar a computarse el 31 de marzo de 2017 y no el 31 de diciembre de 2015, independientemente de que quede o no acreditada la existencia de cesión ilegal. En esta línea, ha de apuntarse que la impugnación de un despido o resolución de contrato temporal ha de efectuarse a través de la figura de la caducidad no de la prescripción (artículo 59.3 ET), razón por la cual esta excepción, alegada también por BCM Gestión de Servicios S.L. por ha de ser desestimada.

Falta de legitimación pasiva invocada por BCM Gestión de Servicios S.L. y Ayuntamiento de Málaga por no ser empleadoras de la actora.

La legitimación "ad causam" se define como la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado, implicando la falta de legitimación pasiva o falta de acción que el actor carece de título o de derecho de pedir, al menos frente a ese demandado concreto.

En el supuesto de autos, la excepción no puede prosperar ya que la llamada al procedimiento de estos codemandados está amparada por la pretensión de declaración de cesión ilegal. Cuestión distinta es que existiendo dicha legitimación, la demanda prospere o no.

Indefensión. Expone BCM Gestión de Servicios S.L. que se le causa indefensión ya que la demanda no concreta por qué le demanda.

La indefensión no es una excepción procesal en sí misma, sin perjuicio de que el motivo esgrimido sea objeto de valoración al examinar el fondo del asunto, no pudiéndose obviar que es obligación de la parte actora consignar en demanda *la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos, que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas* (artículo 80.1 c) LRJS).

Falta de legitimación pasiva de Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., ha de ser estimada no sólo porque no es necesaria para la válida constitución de la litis visto el objeto y el suplico de la demanda sino también porque, a mayor abundamiento, la actora solicitó en el acto de juicio la estimación de esta excepción respecto de esta codemandada.

TERCERO.- Invoca la parte actora vulneración de la garantía de indemnidad por parte del Ayuntamiento de Málaga por considerar que éste ha cesado a la actora por las reclamaciones del colectivo de trabajadores dirigidas contra el Ayuntamiento y por tener conocimiento de la posibilidad de ejercitar posibles acciones en defensa de sus derechos laborales.

La vulneración de derechos fundamentales alegada implica traer a colación el artículo 181.2 LRJS, incumbiendo a la trabajadora aportar un indicio razonable de que la actuación empresarial lesiona su derecho fundamental, verificado lo cual, se produce una inversión de la carga de la prueba correspondiendo a la parte demandada proporcionar una justificación





objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido. Verificado lo anterior y sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada, doctrina constitucional (SSTS de 14 de Abril de 2011, 22 de Diciembre y 28 de Enero de 2009, entre otras).

La garantía de indemnidad es explicada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Octubre de 2008 en los siguientes términos "Invocada por la demandante de amparo la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la denominada "garantía de indemnidad". 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 que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el 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 la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril , FJ 2 ;87/2004, de 10 de mayo, FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 ; y 144/2005, de 6 de junio , FJ 3)." La determinación acerca de si se ha infringido la garantía de indemnidad requiere una conducta previa del trabajador y después una represalia empresarial.

La valoración de la prueba practicada impide apreciar la existencia de indicios sólidos de la vulneración pretendida toda vez que:

a) no consta acreditado que el Ayuntamiento de Málaga cesara verbalmente a la trabajadora el 31 de marzo de 2017 como se afirma en el hecho probado sexto de la demanda.

b) El último contrato administrativo adjudicado a Educomex Multiservicios S.L. (firmado el 24 de junio de 2015) tenía un periodo limitado de vigencia (dos años), habiendo sido adjudicado el servicio a Ilunion Cee Outsourcing S.A.(expediente 46/2016) e iniciando ésta la prestación del servicio el 20 de marzo de 2017. La adjudicación responde a un expediente de contratación en el que Ilunión Cee Outsourcing S.A. presentó la mejor oferta (más baja) entre varias empresas

c) No se ha probado que la actora o el colectivo en el que se integra comunicara al





Ayuntamiento demandado antes del 31 de marzo de 2017 voluntad o intención de ejercitar acción legal contra la corporación local ni que la actora fuera promotora de iniciativa en tal sentido.

d) El acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016 no contiene reclamación al Ayuntamiento sobre cesión ilegal o fraude de ley en la contratación ni de la moción planteada se infiere tal contenido.

Consecuentemente con lo expuesto, y debiéndose resaltar que el contrato entre Educomex Multiservicios S.L. y la actora finalizó dentro del espacio temporal de duración de la adjudicación a Educomex Multiservicios S.L. y que la actora fue contratada nuevamente por Educomex Multiservicios S.L. tras el pleno del Ayuntamiento de 24 de noviembre de 2016, no se aprecian indicios de entidad relevante para la inversión de la carga de la prueba, no pudiéndose afirmarse que el cese del contrato de la actora fuera motivado por una voluntad exteriorizada de ejercer acciones contra el Ayuntamiento de Málaga sino por la adjudicación del servicio a otra empresa adjudicataria.

CUARTO.- El examen de la existencia o no de cesión ilegal nos conduce al artículo 43 ET que establece que *1.- 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. 2.- 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 primer lugar, BCM Gestión de Servicios S.L. se opone a la pretensión de cesión ilegal argumentando que la relación laboral entre la actora y esta empresa finalizó el 31 de diciembre de 2015.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 14 de enero de 2016 declara "TERCERO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, motivo de recurso que no puede prosperar, pues como declarábamos en nuestra sentencia dictada en el recurso nº 2860/14, ejercida una acción declarativa de cesión ilegal, para que pueda declararse la existencia de cesión ilegal es necesario que la cesión exista en el momento de la interposición de la demanda (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2.010 (RJ 2607), 29 de octubre de 2.012 (RJ 1566) y 30 de septiembre de 2.014 (RJ 5574)), luego si a la fecha de la demanda la actora ya había pasado a depender de la empresa originaria "Radio Televisión Los Barrios S.L." el día 29 de junio de 2.011, desde esa fecha no subsistía la cesión de modo que no cabe el ejercicio de la acción de fijeza, aunque la cesión haya sido ilegal, una vez concluida esta. Si sumamos que la empresa mantenía actividad según se infiere del ERE administrativo que se cita en el recurso, ninguna infracción jurídica se ha producido.





En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 29 octubre 2012 (RJ 2013\1566), en la que se declara que: "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión" ; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986 (RJ 1986, 4953)). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2.003 (RJ 2003, 6412) -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 (RJ 2008, 3026) -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 (RJ 2009, 5533) -rcud. 4232/08 - entre otras).

En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se producen los efectos de la litispendencia."

Consecuencia de la doctrina jurisprudencial expuesta es que la demanda ha de ser desestimada respecto de BCM Gestión de Servicios S.L. toda vez que la relación laboral entre la actora y esta empresa finalizó el 31 de diciembre de 2015, habiéndose interpuesto la demanda el 24 de mayo de 2017.

Sentado lo anterior, procede examinar si concurrió cesión ilegal entre Educomex Multiservicios S.L. y el Ayuntamiento de Málaga, pretensión a la que se opone el Ayuntamiento demandado. habiendo esgrimido en juicio Educomex Multiservicios S.L. que las instrucciones provenían del Ayuntamiento y que éste intentaba establecer qué trabajadores debían prestar servicios.

La jurisprudencia señala en el ámbito de descentralización de funciones por la administración pública que la descentralización productiva se puede manifestar a través de muy variadas formulas jurídicas, las cuales, por lo demás, no siempre están reguladas en un mismo sector del ordenamiento jurídico. Entre todos los instrumentos que permiten llevar a cabo el objetivo descentralizador destaca por su importancia cuantitativa el de las contrata y subcontratas de obras o servicios, entendidas como la operación mediante la cual una empresa (llamada principal o comitente) encarga a otra (denominada contratista) que ejecute una parte de la producción o determinados servicios de conformidad con ciertas instrucciones o directrices establecidas o señaladas previamente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2011 resume los requisitos reproduciendo los previos argumentos de STS 17 de diciembre de 2009 y expresa que "(...) la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad 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 tradicionalmente 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 (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

3.- 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 las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala 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 ésta» y la sentencia de 19-enero-1994 establece 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 reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia".

4.- De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la 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. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

5.- El error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del art. 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y 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.

6.- La finalidad que persigue el art. 43 ET 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 por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.”

En esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas sentencias de 19 de enero de 1994 (recurso 3400/1992) y 12 de diciembre de 1997 (recurso 3153/1996), ha fijado como línea de distinción entre la contrata y la cesión ilegal no tanto el hecho de que la empresa cedente existiera realmente «sino si actuaba como verdadero empresario», analizando en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a disposición de la cesionaria, señalando que aun cuando «nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, 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 configuran su estructura empresarial» , añadiendo que «el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio» .

Al hilo de lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016 expresa “(...)2. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas “cesiones indirectas” que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

3. En el caso que ahora resolvemos, esta Sala entiende, pese a la indudable





complejidad del asunto, que concurre cesión ilegal porque se dan al menos dos de las circunstancias que al efecto contempla el art. 43.2 ET, a saber, por un lado, que el objeto del contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas implicadas no entraña más que una mera puesta a disposición de la actora y, por otro, que no consta que la cedente contara con cualquiera de los medios necesarios (de hecho no consta que contara con ninguno) para desarrollar la actividad, que se realizaba no sólo en exclusiva con los medios materiales de la Confederación sino incluso en sus propios locales.

Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que -insistimos- todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. La contratista, aunque, según también ponen de relieve los hechos probados, ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados.

Ni siquiera contraría la anterior conclusión el hecho cierto de que "por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CHT) el puesto de trabajo de la actora, y ésta les entregaba los justificantes médicos" (h. p. 4º) porque, con no constar en qué pudiera haber consistido materialmente ese control y esa supervisión, lo que ya de por sí asemeja la función inspectora a la de la propia demandante, en realidad, esas mismas labores aparentemente inspectoras podrían haber incurrido igualmente en el fenómeno interpositorio al no respaldar una actividad empresarial propia y distinta de la cesión de mano de obra."

Aplicando la jurisprudencia expuesta al caso de autos, el examen de la prueba practicada acredita que existía una justificación técnica y material para la prestación de los servicios por la empresa adjudicataria Educomex Multiservicios S.L., que dicha adjudicación se esta sujeta a un pliego de prescripciones técnicas y administrativas, que la prestación a realizar por la adjudicataria tenía un objeto determinado, no siendo esta prestación el núcleo esencial de las funciones desarrolladas por el Ayuntamiento de Málaga, que la actora percibía sus retribuciones de la empresa adjudicataria y que la actora prestaba servicios a tiempo parcial y dentro del horario de apertura de la biblioteca, supuesto que no concurría en el caso funcionarios municipales.

Por otro lado, la prueba también revela que la actora desarrollaba su labor en las bibliotecas públicas municipales de la ciudad de Málaga y empleaba para ello el material existentes en dichas instalaciones, que el Ayuntamiento realizaba un cuadrante en el que incluía a la actora junto con los funcionarios destinados en las bibliotecas para la cobertura de las incidencias y lo comunicaba a los actores, que cotejaba las horas realizadas por la actora y que Educomex Multiservicios S.L. no ejercía un poder de dirección sobre los trabajadores. En





efecto, la prueba practicada no acredita que Educomex Multiservicios S.L. supervisara la actividad de la actora, realizara visitas a los centros de trabajo, mantuviera comunicación con la trabajadora o le diera instrucciones.

Consecuentemente con la jurisprudencia expuesta y ante la ausencia del ejercicio por Educomex Multiservicios S.L. de facultades de dirección, control y supervisión de la trabajadora, ha de ser apreciada la existencia de cesión ilegal.

QUINTO.- En la acción por despido la carga de la prueba se distribuye entre el trabajador y el empresario correspondiendo al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral, con sus elementos integradores, antigüedad, categoría y salario, el hecho del despido, la fecha del despido y la de producción de efectos del mismo, debiendo la empresa probar la veracidad de los hechos reflejados en la carta de despido como justificativos del mismo.

En relación con la jornada, el informe de vida laboral y los contratos suscritos reflejan que todos los contratos han sido a tiempo parcial. En concreto, el último de ellos de 5 horas semanales. No ha acreditado la parte actora la realidad de una jornada completa sin que el testigo por ella propuesta afirmara dicha circunstancia, sosteniendo [REDACTED] que la jornada era parcial.

La categoría profesional, visto el último contrato celebrado, era de técnico en documentación, expresando [REDACTED] la actora no desarrolló funciones equiparables a la de técnico de biblioteca ya que no desempeñaba tareas relacionadas con la planificación, calidad, informes, mantenimiento o adquisición de colecciones, sino que eran de apoyo, en cuyo caso, pudiera equipararse a la categoría profesional de técnico auxiliar de biblioteca, categoría profesional a la que corresponde un nivel 17, C1.

Salario. Partiendo de la jornada parcial del último contrato (5 horas semanales) y de la categoría profesional (técnico auxiliar de biblioteca, nivel 17), el salario de la actora ha de ascender a 191,25 euros mensuales incluida parte proporcional de pagas extraordinarias (6,37 euros diarios). En este sentido, ha de indicarse que el salario a jornada completa propuesto por la trabajadora (1530,35 euros) no fue impugnado por los codemandados.

Antigüedad. No puede acogerse la sostenida por la parte actora toda vez que entre algunos contratos existen espacios temporales (varios de seis meses, otro de cinco meses) que son relevantes a los efectos apreciar la ruptura de la unidad esencial del vínculo, constituyendo interrupciones significativas atendiendo no sólo a la distancia entre contratos y periodicidad de los mismos sino a la duración media de los contratos y a la prestación de servicios para terceras empresas en los periodos intermedios. En consecuencia, la antigüedad ha de quedar fijada el 17 de marzo de 2017.

Sentado lo anterior, la existencia de cesión ilegal determina fraude en la contratación y que la relación se transforme en indefinida no fija. No habiendo finalizado la misma con las formalidades y por alguna de las causas exigidas en la LRJS, el despido de la actora ha de ser calificado como improcedente.

Los efectos de la improcedencia del despido se contienen en los artículos 56 ET y 110.1 LRJS, en la redacción dada por los artículos 18.7, y 23.1 de la Ley 3/2012, de 6 de





julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, LRML) –vista la fecha en la que aconteció del despido–: bien, la condena a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia; bien, el abono de una indemnización que, al haberse formalizado el contrato de la trabajadora con posterioridad a la entrada en vigor de dicho LRML, se calculará, a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

En la demanda la parte actora ha optado por la readmisión en el Ayuntamiento de Málaga.

SEXTO.- En cuanto a la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, ha de estarse a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual, en supuestos como el presente, deberá condenarse explícitamente a este organismo de garantía, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por la condena que se imponga a la empresa, como expresión del efecto preclusivo derivado de su llamada al proceso (Sentencia de 14 de Octubre de 2.005, recaída en recursos de casación para unificación de doctrina).

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

FALLO

Que DESESTIMANDO las excepciones de caducidad, prescripción y falta de legitimación pasiva alegadas por BCM Gestión de Servicios S.L., DESESTIMANDO la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ayuntamiento de Málaga y ESTIMANDO la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por Ilunion CEE Outsourcing S.A.U., y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por [REDACTED] contra BCM Gestión de Servicios S.L., Educomex Multiservicios S.L., Ayuntamiento de Málaga, Ilunion CEE Outsourcing S.A.U. y Fondo de Garantía Salarial, SE ACUERDA:

1.- Declarar improcedente el despido de la parte actora.

2.- Condenar solidariamente a Educomex Multiservicios S.L y al Ayuntamiento de Málaga a readmitir a la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación a razón de seis euros con treinta y siete céntimos de euro diarios (6,37 €) desde el 31 de marzo de 2017 hasta la notificación de esta Sentencia a las empresas demandadas, habiendo optado la actora por la incorporación como personal laboral indefinido no fijo en el Ayuntamiento de Málaga, o a indemnizarle de forma solidaria en la cantidad de diecisiete euros con cincuenta y dos céntimos de euro (17,52 €).

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este





Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En caso de optarse por la indemnización, se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha del despido.

3.- Absolver a Educomex Multiservicios S.L. y al Ayuntamiento de Málaga de las restantes pretensiones ejercitadas en demanda.

4.- Absolver a BCM Gestión de Servicios S.L., e Ilunion CEE Outsourcing S.A.U. de todas las pretensiones ejercitadas en la demanda.

5.- Condenar al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por los pronunciamientos anteriores.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias del Juzgado dejando testimonio en autos.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 190 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así, por esta Sentencia lo pronuncia, manda y firma Dña. Lidia Bermúdez Martín, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social n.º 4 de Málaga.

PUBLICACIÓN.- *Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada- Juez que la ha dictado constituida en audiencia pública, en el día de la fecha. Doy fe.*

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."





DECLARATION OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES

I, the President of the United States, do hereby certify that the following is a true and correct copy of the original as the same appears in the records of the Department of State.

Witness my hand and the seal of the Department of State at Washington, this _____ day of _____, 19____.

Secretary of State

President of the United States

[Signature]

[Signature]

[Signature]

[Signature]

[Signature]