



### SENTENCIA 180

En la Ciudad de Málaga, 19 de Junio de 2019.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Social número Siete de Málaga, DON Gonzalo Alonso Sierra los precedentes autos número 900/2018 seguidos a instancia de [REDACTED] frente a **BCM Gestión de Servicios SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, Clece SA y Neventos Málaga SL** sobre **DESPIDO**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 28 de septiembre de 2018 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se señaló día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio los cuales tuvieron lugar en el día y hora señalados. En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda. Por su parte, las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones esgrimidas de contrario, en los términos que constan en el acta extendida al efecto. En conclusiones las partes sostuvieron sus respectivas pretensiones interesando de este Juzgado el dictado de una Sentencia de conformidad con sus pedimentos.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** [REDACTED] trabaja para BCM Gestión de servicios SL como técnico de apoyo percibiendo un salario de 1.214,83 euros, siendo contratado el 5 de septiembre de 2015 para el expediente 75/15 del Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga, si bien desde el uno de julio de 2004 trabaja en el Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga.

**SEGUNDO.-** El 17 de agosto de 2018 BCM Gestión de Servicios SL entrega carta de despido objetivo que por su extensión se da por reproducida y que obra en F.538 a 540.





En dicha carta se funda el despido en causas económicas, organizativas y productivas, que conducen a la necesidad de amortizar su puesto de trabajo dado que el 4 de septiembre de 2018 se extingue el contrato que la empresa tiene con el Exmo. Ayuntamiento de Málaga en expediente 75/2015 consistente en: Servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana inmigración y cooperación al desarrollo de esta área. Dada su finalización se indica que sus funciones en el seno de aquel contrato no se pueden amortizar en otro puesto, lo que es causa productiva y organizativa sin perjuicio de que también es económica la perder el precio de dicho contrato por 589.368,82 euros. La fecha de efectos es 4 de septiembre y se ponen a su disposición la cantidad de 11.494,44 euros.

La indemnización fue transferida el mismo 17 de agosto de 2018, se calcula a sobre un salario de 1.214,83 euros y una antigüedad de uno de julio de 2004.

Consta la carta en F.538 a 540 que se da por reproducida y la entrega de indemnización en F.385.

**TERCERO.-** Llegado el 4 de septiembre de 2018 finalizó el año de prórroga de la contrata 75/2015 como consecuencia de ello se dejó de prestar servicios en la citada contrata y la empresa BCM Gestión de Servicios SL despidió por causas organizativas al actor así como al resto de seis compañeros que habían sido contratado en el seno de dicho expediente. No se ha convocado aún nuevo pliego de condiciones, y las funciones del actor concretamente no han sido prestadas por ninguna empresa.

**CUARTO.-** En vida laboral, consta como autónomo desde el 1 de julio de 2004 al 31 de enero de 2007, para BCM Gestión de servicios desde el 22 de enero de 2007 al 16 de agosto de 2010. Posteriormente para Neventos Málaga SL desde el 17 de agosto de 2010 al 16 de agosto de 2013. Para Clece SA desde el 17 de agosto de 2013 al 16 de agosto de 2015 y para BCM Gestión de servicios SI desde el 5 de septiembre de 2015 al 4 de agosto de 2018.

**QUINTO.-** El actor llevaba desde el uno de julio de 2004 prestando servicios en el Área de Participación ciudadana. Emitía para ello facturas primero al Área de bienestar social y posteriormente al Área de Participación y Relaciones ciudadanas.

**SEXTO.-** Posteriormente desde el 22 de enero de 2007 al 16 de agosto de 2010 trabajó en el mismo Área pero haciéndolo para la empresa BCM Gestión de Servicios SL.

En dicha etapa el mismo en una ocasión se efectuó una auditoría interna en el Área de Participación ciudadana siendo informado todo los trabajadores por la Jefa de servicios. Entre los trabajadores informados se





encontraba el actor que tenía adjudicado el correo corporativo [REDACTED]. Dicho nombre de usuario [REDACTED] en vez de nombre y apellidos se adjudica por el Cemi a quien sin ser trabajador municipal sí desempeña función en sede municipal.

**SÉPTIMO.-** El actor posteriormente desde el 17 de agosto de 2010 empezó a trabajar para Neventos Málaga SL en el seno del expediente administrativo 112/2009 en el que la citada sociedad resultó adjudicataria del servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado, necesarios para llevar a cabo diferentes acciones y actuaciones previstas en los segundos planes estratégicos de participación ciudadana y voluntariado, integrados en el plan marco de Ciudadanía y convivencia del área de participación ciudadana, e in migración y cooperación al desarrollo.

Una vez adjudicado el servicio el responsable de la empresa fue informado de que el actor ya estaba prestando servicios en el Ayuntamiento proponiéndole su contratación, sin llegar a imponérselo. Por ello optó por su contratación.

El actor fue contratado con contrato temporal de obra o servicio el 17 de agosto de 2010, cuyo objeto es el expediente 112/2009. Su salario es de 1108,33 euros, antigüedad fecha de contrato hasta el 16 de agosto de 2013.

En aquella época ya constaba que el CEMI asigna al actor con un usuario de [REDACTED] y estación [REDACTED] en el año 2012.

**OCTAVO.-** El 17 de agosto de 2013 el actor pasó a trabajar para la empresa CLECE SA, con misma categoría y salario. Con contrato de obra o servicios y su objeto el apoyo en materia de participación ciudadana y voluntariado durante la vigencia del contrato entre CLECE y Ayuntamiento de Málaga correspondiente al expediente 91/2012. La relación finaliza el 16 de agosto de 2015. Su función es similar a la de la anterior contrata.

En dicha época cuando se cuadran las vacaciones en el año 2015 en el área de participación ciudadana, la Jefa de servicio remite correo a todas las personas que trabajaban en el Área, incluido el actor.

**NOVENO.-** El 5 de septiembre de 2015 el actor es contratado por BCM Gestión de servicios SL, con contrato de obra o servicios, salario 1197,50 euros y categoría técnico de apoyo de participación. Sus funciones son las mismas que venía desarrollando. El contrato tiene una cláusula que vincula su objeto al servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo de esta área en el expediente 75/2015, describiéndose sus funciones tanto de asociaciones y diseño gráfico como tareas de diseño gráfico. Su duración prevista es desde el 5 de septiembre de 2015 al 4 de septiembre de 2017. Consta dicha cláusula en el f.394.

El 1 de junio de 2016 se convierte el contrato en indefinido.

Su salario en 2017 y 2018 es 1.214,83 euros.





**DÉCIMO.-** El pliego de condiciones económico administrativas del expediente 75/2015, tiene en su condición 1ª como objeto la prestación de servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo para llevar a cabo las distintas acciones y actuaciones previstas en el plan Marco de ciudadanía y convivencia vigente en cada momento en el citado área de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo. La condición 3ª establece un plazo de ejecución de dos años prorrogable por un año más por mutuo acuerdo.

El pliego de condiciones técnicas requiere en su condición 5ª, como solvencia técnica la aportación de un equipo de 7 profesionales, que conste de un licenciado en ciencias económicas, un licenciado en derecho, un diplomado en trabajo social y tres profesionales de apoyo técnico. Deberá contar con dos ordenadores portátiles, una impresora multifunción, tres teléfonos móviles y una cámara fotográfica. En su condición 6ª exige que cuente con un coordinador del servicio actuar como interlocutora, impartir instrucciones y entregar informe de incidencias y una comisión mixta de seguimiento para fiscalizar la ejecución del servicio, de reunión semestral, de composición bilateral, para evaluar las incidencias y fiscalizar la prestación de servicios. Las competencias de la coordinadora y comisión mixta están enumeradas en la condición 6ª, F.440 que se da por reproducida.

La condición técnica 1º describe el servicio objeto de contrata , f 290 reverso, apoyo a registro de asociaciones, a la difusión de acciones y actuaciones, a campañas mediáticas de asociaciones, a utilización interactiva de tecnologías de la información y la comunicación, a apoyo a la realización de jornadas, cursos y actividades formativas, a estudios de materia de Participación, Inmigración y Cooperación al desarrollo facilitar desarrollo de entidades que desarrollen acciones voluntarias en el ámbito local, seguimiento de actividades subvencionadas y apoyo en promoción social. etc

El 11 de julio de 2017 se firma anexo al contrato por el que se prorroga desde el 5 septiembre de 2017 por un año la contrata.

**UNDÉCIMO.-** La comisión mixta desde el 2015 se reúne dos veces al año.

En el acta 1/2015 se adjudica la coordinación del servicio a [REDACTED] [REDACTED] Igualmente por la empresa se informa del control horario por correo electrónico, que se efectuará oferta de flexibilidad horaria, que quien quiera trabajar fuera de jornada ordinaria debe mandar parte de trabajo con conformidad del área, y que se dota correo electrónico genérico y placas identificativas para colocar en las mesas.

El Acta 2/2015 se informa por la empresa que los trabajadores han seguido curso de formación en prevención de riesgos, que se ha concedido a tres de ellos flexibilidad horaria, se le ha dado a los trabajadores modelo oficial de solicitud de vacaciones. Por último se adjunta por empresa protocolo de actuación en materia de horario de jornada de trabajo, días de vacaciones,





antelación para pedir las y modelo para ello, igual ocurre con días propios, habla de horas de compensación y por último incidencias sobre ausencia de puesto de trabajo, su comunicación y acreditación de causa.

En el Acta 1/2016 se comunica el cambio de contratos de trabajo a indefinida. La empresa solicita previsión de vacaciones para favorecer calendario vacacional, se mantiene control electrónico de entrada y salida a puesto de trabajo.

En el Acta 3/2016 se informa del calendario de vacaciones de navidad, se anuncia próximo cambio de imagen corporativa y se recabará de trabajadores por empresa las necesidades de formación interna.

En el Acta 1/2017 se anuncia se va a dotar de un correo electrónico para adaptarla a la imagen corporativa nueva de la empresa BCM, y que empresa recabará del personal encargado información para elaborar memoria anual sobre fines desarrolladas.

En el Acta 3/2017 se comunica por la Dirección de Área que siguiendo indicación desde la junta de gobierno local se hace preciso replantear funciones de los trabajadores de manera que no puedan realizar tareas administrativas, reservadas a personal municipal, se reubicarán en misma sede pero en otra planta distinta. Por empresa se plantea que se les dotará de correo propio, no pudiendo hacer lo propio con equipo informático al no constar en el pliego, siguiendo BCM impartiendo directrices en material de personal.

En el Acta 4/2017, se fija definitivamente la ubicación en la planta baja del edificio de Tabacalera y se acuerda fijar las instrucciones para nuevas funciones del personal de apoyo. Constan dichas instrucciones en f.262 a 266 que por su extensión se da por reproducida.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** El actor hace constar en su curriculum que tiene como formación cursos de fotografía y revelado en blanco y negro por Ayto. de Alhaurín el Grande, y de diseño gráfico y maquetación por [REDACTED] así como y un máster de diseño gráfico y multimedia por EADE Málaga.

Las funciones que realiza el actor en informe que emite la propia empresa BCM Gestión de servicios a la Inspección de Trabajo e incorpora ésta en su informe de 26 de abril de 2018, f.346, son: se centran en diseño gráfico, difusión y divulgación de actividades en las redes sociales lo que conlleva facebook y twitter, confecciona material publicitario de aula de formación ciudadana, semana de la cultura y cooperación, demanda de la participación y voluntariado, voluntariado de soporte vital básico, del día de cooperante, de la semana europea de democracia local, banco del tiempo, gala del día del voluntariado, exposiciones y concierto del centro de estudios hispano marroquí.

Hasta el año 2017 también forma parte de la Plataforma Málaga Contesta si bien se decidió en ese año suprimir su intervención. Ello dio lugar a proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo con sentencia firme desestimatoria de 18 de mayo de 2018.





**DÉCIMO TERCERO.-** El actor cruza distintos correos electrónicos sobre cometidos de sus funciones (diseños, cartelería) con personal del Ayuntamiento antes de julio de 2017, f. 651 haciéndolo con el correo corporativo.

Tras el acta 3/17 y durante la fase de prórroga utiliza correo de empresa bcm, interaccionando con ( ) su coordinadora y haciéndolo desde el correo ( ) f. 493 y ss.

Por otro lado desde el acta 3/12017 de 17 de julio el actor junto al resto de personal de BCM sigue trabajando en el edificio municipal de Tabacalera pero ha pasado de la planta primera a la planta baja. Según recoge el citado acta es fruto de necesidad de dotar de diferente de ubicación y signos distintos el personal municipal del de las empresa que prestan servicios en dicho centro de trabajo. Y dado que ya estaba en fase de prórroga se estimó diferente el cambio de la planta primera a la planta baja del edificio de Tabacalera.

Usa en su mesa de trabajo distintivo de la empresa contratista BCM gestión de servicios.

La empresa tiene un manual de bienvenida en el que consta los 7 trabajadores: dos licenciados en economía sres ( ) uno de derecho ( ) un diplomado en trabajo social ( ) y tres técnicos de apoyo: el actor y los ( ) En dicho manual se describe las funciones del técnico de apoyo en asociaciones y diseño gráfico: apoyo a elaborar y organizar campañas mediáticas de asociaciones y entidades, apoyo en difusión de acciones y actuaciones, diseño de campaña de voluntariado maquetación y diseño de publicaciones municipales, presentación multimedias, mantenimiento de página web, fotografías.

**DÉCIMO CUARTO.-** El actor junto con los 6 excompañeros que habían sido contratados con ocasión del expediente 75/2015, presentaron reclamación previa el 2 de noviembre de 2017 interesando el reconocimiento de relación laboral indefinida con el Ayuntamiento de Málaga. Posteriormente presentan demanda incoada el 22 de enero con el número de proceso 5/2018 del Juzgado de lo social nº10 de cesión ilegal pendiente de celebración.

**DÉCIMO QUINTO.-** Igualmente presentó demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo con ocasión de cambios de funciones por dejar de atender la plataforma Málaga Contesta recayendo proceso 147/2018 del Juzgado de lo social nº2 de Málaga, que dicta sentencia el 18 de mayo de 2018 apreciándola excepción de falta de legitimación pasiva del Excmo. Ayuntamiento de Málaga desestimando la existencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo así como de vulneración de derecho fundamental de indemnidad. Consta la sentencia en F.507 a 517.

**DÉCIMO SEXTO. -** Se intentó conciliación previa ante el Cmac el 21 de septiembre de 2018 con el resultado de sin avenencia.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La narración fáctica anterior, conforme al artículo 97.2 de la LRJS, se extrae de la prueba obrante en autos especialmente documental y las testificales vertidas en la vista.

Por el actor se concreta en el acto de juicio acción en  
a) la declaración de nulidad del despido imputable al Ayuntamiento de Málaga con vulneración de derecho fundamentales imputables a Ayuntamiento de Málaga o  
b) subsidiariamente a declaración de nulidad del despido imputable con vulneración de derecho fundamentales imputables BCM Gestión de Servicios SL y BCM Gestión de servicios SL. c) Caso de no apreciarse la nulidad del despido la declaración de improcedencia del mismos con condena al Ayuntamiento de Málaga o d) subsidiariamente a BCM Gestión de servicios SL. Respecto de Clece SA y Neventos Málaga SL son traídas a pleito para constituir la litis.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo se cuestiona las condiciones profesionales del trabajador categoría, antigüedad y salario.

En cuanto a la categoría y salario se fija en derechos probados primero el de técnico de apoyo y salario de 1214,83 euros. El actor postula un salario de 3.364,36 euros acorde como señala el Ayuntamiento a un salario de titulado universitario grado A1. No puede acogerse el salario interesado en demanda. El contrato de trabajo del actor fija una categoría y salario de técnico de apoyo y 1214,83 euros. Y es al actor a quien incumbe la carga de probar condiciones distintas a las fijadas en contrato. Tanto la categoría como el salario fijado por BCM es similar al de las contrata previas. El currículum del actor presentado por el Ayuntamiento, f,362, no recoge formación que diera pie a la categoría interesada hablándose de dos cursos de fotografía y revelado en blanco y negro por Ayto. de Alhaurín el Grande, y de diseño gráfico y maquetación por [REDACTED] así como y un máster de diseño gráfico y multimedia por EADE Málaga. Pero además lo determinante en el reconocimiento de la categoría no es la formación del trabajador sino la efectiva función desarrollada. Y en este caso atención de redes sociales, diseño gráfico de distintas campañas, preparación de cartelería etc.. son inherentes a la función de técnico de apoyo y por tanto a las condiciones laborales reconocidas por BCM Gestión de servicios SL.

En cuanto a la antigüedad sí se debe acoger la antigüedad interesada por la actora de 1 de julio de 2014. Es significativo y concluyente que la empleadora calculase la indemnización de despido objetivo de acuerdo con dicha antigüedad. La mayoría de testificales recuerdan aproximadamente que en esa fecha prestaba servicios el actor en dicho área municipal. Por último se aportan las facturas que el actor pasaba al Ayuntamiento, f. 591 y ss, lo que evidencia que en esa fecha ya prestaba servicios en aquel área.





**TERCERO.- En cuanto a la acción de vulneración de derechos fundamentales por vulnerar el derecho de indemnidad del art. 24.2 de la CE.**

El art. 96.1 de la LRJS conlleva una inversión de la carga de la prueba al señalar que "en aquellos casos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial, o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

No obstante para que pueda existir dicha inversión jurisprudencialmente se exige que previamente se justifiquen indicios de tal vulneración.

En relación a la invocada vulneración de derecho de indemnidad puede traerse a colación la STS de 9 de julio de 2015 que se configura como derecho a la tutela efectiva y en concreto no obtener represalia por empleador ante ejercicio de acciones judiciales o actos preparatorios de las mismas. Dice *"sobre la llamada garantía de indemnidad, la Sala de lo Social del Tribunal, resumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha expresado que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también 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. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes. En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, re trayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección*





*jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 [ROJ: STS 3587/2014]). Por otro lado, debe dejarse constancia del régimen probatorio específico previsto para los procesos de tutela, contenido en el artículo 181.2 de la LRJS, precepto según el cual una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, demostración que, como se ha razonado anteriormente, no se ha producido. En interpretación aplicativa de dicho precepto (o del análogo art. 179.2 de la ahora derogada Ley de Procedimiento Laboral, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha venido declarando que la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Por esta razón, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada 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 para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria. La ausencia de prueba -continúa expresando dicha Sala- trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental. En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 [ROJ: STS 3587/2014]."*

**2.- En este caso no existe vulneración de derecho de indemnidad. Ello en base a los siguientes argumentos:**





a.- Se invoca por el actor que el despido es represalia a la demanda de cesión ilegal que dio lugar al proceso 5/2018 del Juzgado de lo Social 10 de Málaga, precedida por la reclamación previa de 2 de noviembre de 2017, f.543, así como de informe de Inspección de Trabajo de 26 de abril de 2018 en el marco del proceso de modificación sustancial 147/2018 del Juzgado de lo Social 2 de Málaga, f346.

b.- Sin embargo, debe valorarse que las etapas anteriores ni para Clece SA ni para Neventos Málaga SL, hubo prestación de servicio en el seno de una contrata de más de tres años.

c.- El pliego de prescripciones ya en el 2015 fijaba como duración de la contrata dos años más una prórroga de común acuerdo. Así se hizo valer dicha prórroga el 11 julio de 2017, f. 447.

d.- Que durante el año de prórroga se anticipase la demanda de cesión ilegal, en noviembre de 2017, no enerva las consecuencias de finalización de la contrata ni esta puede suponer una represalia a aquella demanda.

e.- Por último debe traerse a colación la sentencia de modificación sustancial en el proceso 147/2018 del Juzgado de lo social nº2 de Málaga de 18 de mayo de 2018 y donde ya se invocó la vulneración de Derecho Fundamental de indemnidad por el actor con ocasión de aquella demanda en relación a cambio de funciones en ejecución de lo dispuesto en el Acta 3/2017 de la comisión mixta, f.545. Aunque en aquella sentencia se valora la supresión de sus funciones durante su ausencia de la Plataforma Málaga Contesta, por lo que no existe plena identidad con el caso de auto donde la vindicación invocada es la misma (reclamación previa de 2 de noviembre de 2017) pero en relación a un despido de septiembre de 2018.

f.- Por otro lado que la extinción de dicha contrata vaya acompañado del despido es consecuencia del vencimiento de la contrata en la fecha que estaba prevista desde su origen. Más aún cuando no existe nuevo pliego que permitiera hablar de una subrogación. No puede ser represalia a la demanda presentada la finalización de la contrata pues como indica el Ministerio Fiscal dicha finalización estaba fijada desde antes, de hecho desde el inicio de la contrata.

g.- Igualmente y con la matización de ser distinto objeto se aporta sentencia de este juzgado en modificación sustancial de otro compañero de la misma contrata en f 523 cuyo FD 6º descarta igualmente tal vulneración al tratarse de cambio operado a raíz de actualización de la prestación de servicios a la nueva ley de contratos del sector publico y derivado de una acta 3/17 anterior temporalmente a la reclamación de noviembre. Dicha sentencia no despliega efectos de cosa juzgada por ser de otro compañero, pero sí puede traerse a colación los argumentos en ella razonados la secuencia cronológica: ya desde julio de 2017 se prorroga un año más la contrata y se sabe que la misma finalizará en septiembre de 2018. Por ello la reclamación previa de noviembre es en ese año de prórroga sabiendo que finalizaría la contrata en septiembre.



3.- En cuanto al importe indemnizatorio reclamado, se fija en 25.000 euros. La desestimación del despido nulo lleva consigo la de la petición accesoria de vulneración de derechos fundamentales, no obstante lo cual a mayor abundamiento la cantidad interesada aunque a efectos argumentativos se hubiere considerado que concurría dicha vulneración sería excesiva. La jurisprudencia niega la automática traslación de las cuantías de la LISOS a dicha indemnización. Así la STSJ Andalucía sede Málaga de 5 de julio de 2017 rec 882/2017 descarta la aplicación automática de las cantidades de la LISOS con cita jurisprudencial sobre la base de que *"la LISOS tipifica las conductas merecedoras de sanción en el ámbito social y regula las correspondientes sanciones pecuniarias. Pero en la presente litis no se está enjuiciando una sanción administrativa. Por consiguiente, la aplicación de las cuantías sancionadoras de la LISOS a la determinación de la indemnización reparadora del daño moral causado por una conducta vulneradora de un derecho fundamental, solo puede realizarse invocando la aplicación analógica de las normas prevista en el art. 4.1 del Código Civil . Y la aplicación analógica de una norma a un supuesto diferente requiere que haya identidad de razón entre ambos supuestos, so pena de incurrir en una aplicación arbitraria de normas. A juicio de esta Sala, no existe "eadem ratio" entre la sanción prevista para una infracción administrativa, que en principio atiende a la gravedad de su antijuridicidad, y el cálculo de la indemnización por daños morales derivados de la violación de un derecho fundamental. Una conducta tipificada por la LISOS como una infracción leve puede causar un daño moral gravísimo a un trabajador y al revés: otra conducta tipificada como falta muy grave puede causar un daño moral menor, porque se trata de cuestiones ontológicamente distintas"*.

En este caso teniendo en cuenta la indemnización abonada por despido objetivo debe entenderse proporcional a ella, una indemnización del 50% del despido objetivo lo que haría 5.750 euros. Razonamiento éste que se efectúa en aras a dar respuesta a todas las cuestiones planteadas y que carece de eficacia práctica dado que al desestimarse el despido nulo también debe hacerse lo propio con la indemnización por vulneración de derecho fundamental.

**CUARTO.- En cuanto a la existencia de una cesión ilegal** entre las empresas adjudicatarias y específicamente BCM Gestión de servicios SL, que es quien entrega carta de despido como empresaria formal y Ayuntamiento de Málaga como empresaria real debe atenderse a la disposición legal y jurisprudencial sobre la materia. Se excepciona por las demandadas que el suplico no se refiere a acción de cesión, pero la actora entiende que aunque ello es así, sí se puede a los efectos de efectuar la imputación a una u otra empresa las consecuencias del despido. Debe desestimarse dicha excepción, en la medida que se acciona por despido, y parte esencial de la acción entablada es determinar a cual de las dos demandadas se debe imputar ( Ayuntamiento de Málaga o BCM gestión de servicios sl; pues no se interesa acción frente a Clece SA ni Neventos Málaga





SL). Y dicha imputación lo es por invocación del art. 43 del ET que debe valorarse.

1-. 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.*

" Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011 ], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica 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, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse lacesión. 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 de febrero de 1989 señalaba ya 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 de enero de 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.(7) 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. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 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. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta 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 " ( STS 11/7/2012, R. 1591/11 )."*

En desarrollo de la anterior jurisprudencia puede traerse a colación la STSJ Andalucía sede Málaga de 9 de mayo de 2018 rec 324/2018. La misma aborda caso de otros trabajador de otra contrata varios años antes en el que se analiza la relación entre el mismo ayuntamiento y misma empresa en relación a otra contrata para descartar la existencia de cesión ilegal. Así dice *"junto a lo citado, cabe recordar que doctrinal y jurisprudencialmente, bajo el concepto común de cesión ilegal de trabajadores que describe el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , se regulan en realidad fenómenos distintos, y a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre: 1.- cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, pero pretenden eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y 2.- las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento (así sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997 ). Por lo que atañe a ésta última, la más reciente doctrina jurisprudencial en relación con los supuestos de subcontratación entre empresas ciertamente no exige para que haya cesión ilegal de trabajadores que la subcontratada sea una empresa ficticia y puramente aparente, pues el hecho de que pueda contar con elementos productivos e*





*infraestructura empresarial propia no es suficiente por sí solo para negar la posible existencia de la misma. Como resuelve en tal sentido ya la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994, la circunstancia de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto y en la ejecución de los servicios contratados con 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 necesaria para el desarrollo de tal servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa principal.*

*Por ello, si bien la distinción es más clara en el supuesto de que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente y su objeto no sea otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios, cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial ( sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 ), o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra ( sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1989 ), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante ( sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997 ).*

*Dicho lo anterior, y del mismo modo que ya resolvimos en nuestra anterior sentencia de 21.03.2018, en el caso que ahora nos ocupa constan sobrados indicios de los que extraer que la empresa contratista BCM puso efectivamente en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para el Ayuntamiento de Málaga, no limitándose simplemente por ello a esa mera aportación de mano de obra. Del contenido de la sentencia recurrida pocas dudas podemos albergar en relación a que existía en autos una justificación técnica de la contrata y una autonomía de su objeto, lo que avalaba el que se hubiera acudido a fórmulas de subcontratación para la realización del servicio, perfectamente lícitas y legítimas -incluso habituales- en los tiempos presentes; y junto a ello, consta probado que era la contratista BCM la que real y efectivamente aportaba medios de producción propios para realizar la actividad contratada -la que además descansaba en gran medida en la mano de obra-, manteniendo en todo momento los poderes empresariales de dirección, control y disciplinarios frente a sus empleados, lo que aleja tal situación de la proscrita cesión ilegal de trabajadores prevista en el artículo 43 que se denunció como vulnerado."*

**3.- En este caso debe concluirse que en atención a la anterior jurisprudencia debe entenderse que no concurre prueba de la existencia de un**



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

3.1.- En primer lugar sí existe plenos efectos de cosa juzgada con la sentencia dictada para el trabajador en el proceso de modificación sustancial finalizado por sentencia del Juzgado de lo social nº2 de Málaga. Se razona en el fundamento de derecho primero de la sentencia y da respuesta a la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por el Ayuntamiento de Málaga. Y siendo las mismas partes, la misma excepción y el mismo fundamento jurídica, sí existe o no cesión ilegal y si el Ayuntamiento es o no empleador, los efectos de cosa juzgada de aquella sentencia, deben concurrir sobre el presente caso al existir identidad subjetiva y objetiva con lo allí resuelto, en cuanto a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva y absolución del Ayuntamiento, f 509 y 516.

3. 2.- El actor efectúa especial hincapié en que dado que a efectos de antigüedad se ha tomado en consideración el primer período de 2004 a 2007 donde el actor trabajaba como autónomo formamente para el Ayuntamiento debe ser ello, según se alega, un indicio de que hay cesión ilegal en las posteriores contrata. Pero no puede acogerse tal interpretación. No se trata de valorar la antigüedad ni siquiera la naturaleza indefinida de la relación que como mejora en el año 2016, BCM Gestión de servicios ya le reconoció. Se trata de valorar si hay cesión ilegal para BCM Gestión de servicios. Y lo cierto es que las condiciones en las que prestaba servicios originariamente y en la última contrata varían sustancialmente. Ello es así porque el actor de facto lo que ha sido objeto es de sucesivas subrogaciones aunque no reconocidas como tales. En interrogatorio de parte el representante de Neventos Málaga SL, vídeo 3 min 10, explica el inicio del fenómeno surogatorio. Fue adjudicataria de una contrata y una vez designada le comentan que ya había personas prestando esos servicios por proponen emplear a las mismas, si bien no se lo impusieron. Optó por contratarlas y es el inicio de una secuencia de subrogaciones voluntarias de trabajadores, vinculadas a dicha contrata. Pero mientras en el 2004 trabajaba directamente para el Ayuntamiento desde 2010 lo hace para las empresas adjudicatarias y una vez que pasa a trabajar en ellas debe analizarse si concurren los elementos de una cesión ilegal o no.

3. 3.- De todas las actas referidas en hechos probados de la comisión de seguimiento se concluye no hay cesión ilegal. Debe darse por reproducido el contenido de las citadas actas obrantes en f.245 y ss, y cuyo contenido es resumido en hecho probado undécimo de esta sentencia. En primer lugar la empresa BCM Gestión de Servicios SL es una empresa real. El actor depende de la coordinadora de servicios [REDACTED]. Se desarrolla un modelo oficial de solicitud de vacaciones, concede flexibilidad horaria a los trabajadores que lo necesitan, establece un control de entrada y salida de la jornada mediante el ordenador, interesa previsión de vacaciones para cuadrar el servicio, fija cuadro de vacaciones de navidad, solicita a los encargados informes de los servicios prestados para redactar la memoria anual, da formación en materia de prevención de riesgo laboral. Recaba necesidades de formación interna de los trabajadores. Si se va a prestar servicios fuera del horario





estipulado exige autorización de los responsables del área, establece un protocolo interno para solicitar vacaciones, días propios y para justificar ausencia a puesto de trabajo.

3. 4.- A raíz del acta 3/2017 ya sea con ocasión de la nueva ley de contratos del sector público ya lo sea por voluntad de delimitar la autonomía de la contrata se acuerda que todos los trabajadores tengan un cartel de BCM en su mesa, (ya se tenía antes). El correo electrónico que se fijaba antes como pc creativo siendo indicativo pc de que la persona no empleada municipal es sustituido y pasa a utilizarse uno de bcm.es Los trabajadores de BCM son reubicados en la planta baja para que queden físicamente delimitados los mismos del resto de empleados públicos. Se prohíbe cualquier intervención de trabajadores de BCM en la tramitación de expedientes al entenderse que es inherente a empleado municipal,

3.5.- Es significativo que los correos electrónicos tras el acta 3/2017 sean con la coordinadora no solo para dar cuenta de vacaciones u horario sino también para encomienda y dación de cuentas de actividades desarrolladas ( muestra de cooperación, internacional y migraciones, cartel de día internacional de eliminación de discriminación racial), f.493 a 500.

3.6.- Igualmente hay que decir que la empresa aporta 3 portátiles, impresora, y cámara, aunque es cierto que tales medios se interesaban también en las anteriores contrata. Muestra de la realidad de la empresa es la interacción efectuada en el acta 3/17 en el que tras exponer el nuevo planteamiento la Dirección de Área, por la empresa sí se comunica se van a dar nuevos correos electrónicos, pero en cuanto a los equipos informáticos, justifica dicha imposibilidad en que el pliego no lo cubría y su coste es importante.

Con ello queda acreditado la existencia de una realidad empresarial cierta e independiente del Ayuntamiento, con autonomía y organización propia con control del tiempo de trabajo, aportación de medios de producción propios y control de los servicios prestados y por tanto despliegue de facultades efectivas de dirección tratándose de una válida contratación administrativa y no un mero factor interpositorio.

**QUINTO.-** No existiendo cesión ilegal, resta por determinar si la **calificación jurídica del despido**. Dicho despido debe entenderse como procedente por concurrir causas organizativas consistentes en la pérdida de la contrata.

La jurisprudencia aborda la extinción de contrata como causa organizativa salvo prueba en contra y destaca la STS 1 de febrero de 2017 rec. 1595/2015 que después de resumir la anterior jurisprudencia sobre la materia concluye en su FD 3º *“La cuestión que resuelve la sentencia de contraste es la de determinar si la reducción de una contrata justifica la amortización de los puestos de trabajo*





sobrantes y el despido de los trabajadores afectados, y ha sido resuelta de manera unánime en múltiples sentencias de la Sala entre las que podemos citar -además de la referencial -, las de 14 de junio de 1996, rec.3099/1995 ; 7 de junio de 2007, rec.191/2006 ; 12 de diciembre de 2008, rec.4555/2007 ; 16 de septiembre de 2009, rec.2027/2008 ; 8 de julio de 2011, rec.3159/10 ; 31 de enero de 2013, rec.709/2012 ; 24 de abril de 2013, rec. 2396/2012 . Así como las más recientes de 30 de junio de 2015, rec.2769/2014 , y 3 de mayo de 2016, rec.3040/2014 , que diferenciamos porque fueron ya dictadas tras la reforma de los arts. 51 y 52 ET operada por RDL 3/2012 de 10 febrero 2012 y posteriormente ratificada en la Ley 3/2012 de 6 julio 2012.

2.- En todas ellas se mencionan los pilares sobre los que tal doctrina descansa, que pasamos a resumir:

"...la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación " ( STS de 16 de septiembre de 2009 -rcud. 2027/2008 -, reiterando doctrina anterior) .

Por consiguiente, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (ya se sostuvo así en la STS 14 de junio de 1996 -rcud. 3099/1995 -).

Se ha añadido que el art. 52 c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa; incluso hemos dicho que ésta no está obligada a destinar al trabajador a otro puesto vacante (aspectos ambos reiterados en la STS de 7 de junio de 2007 -rcud. 191/2006 -)

[...] Es cierto que la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo.

Recordemos que el texto del art. 51.1 ET -al que se remite el art. 52 c) ET -vigente en la fecha del despido establecía, tras definir que se entendía por causas técnicas, organizativas y de producción e imponer a la empresa la carga de acreditar la concurrencia de la causa, que la empresa debería "justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir la evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su





posición competitividad en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".

De ahí que, en relación con las causas organizativas o de producción, hayamos negado el efecto extintivo en el supuesto enjuiciado en la STS de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 3876/2009), dictada por el Pleno de esta Sala, porque se daba la circunstancia de que la necesidad de amortizar puesto de trabajo que se presume insita en la decisión extintiva se veía desvirtuada por el dato de que la empresa cubría a la vez otros puestos vacantes o de nueva creación, lo que excluía la razonabilidad de la medida.

No concurriendo circunstancias de esa o análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas, habrá que partir de la afirmación de que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso del volumen de actividad".

3. - Como singularmente destaca nuestra precitada sentencia de 30 de junio de 2015, es verdad "que alguna resolución de esta Sala puede haber introducido alguna "reticencia o reserva" (así se califica un determinado párrafo de la STS 16-9-2009, R. 2027/08) respecto a la jurisprudencia clásica, y es cierto también que, aunque no se haya vuelto a expresar en ninguna otra ocasión por nuestra Sala dicha "reticencia o reserva", la STS, de Pleno, del 29-11-2010 (R. 3159/10), en un supuesto ciertamente singular, en el que una empresa con más de 15.000 trabajadores, que en el período próximo al despido de uno de ellos, había suscrito, al menos, 81 contrataciones nuevas, varias de ellas en el propio centro de trabajo de la Estación Central de Ferrocarriles de Barcelona en el que trabajaba el despedido, declaró la improcedencia de ese despido".

"Pero, pese a todo ello, la posterior STS de 8-7-2011 (R. 3159/10) niega con suficiente claridad que la doctrina de la citada STS de 29-11-2010 haya significado rectificación de nuestra tesis clásica --que reitera--, conforme a la cual, **en términos generales, la válida extinción de la contrata constituye causa suficiente que permite el despido objetivo e indemnizado de los trabajadores que en ella prestaban sus servicios**".

"La STS 26-4-2013 (R. 2396) corrobora implícitamente la excepcionalidad de nuestro precedente de 29-11-2010 porque, como vimos, reitera la tesis tradicional, "inicial y general".

4. - De lo que se desprende que la inveterada doctrina de esta Sala en la materia sienta como criterio general que la reducción del volumen de una determinada contrata de servicios supone una dificultad que impide el buen funcionamiento de la empresa, y constituye por ello causa organizativa y productiva que permite acudir al mecanismo del despido objetivo para superar esa situación de exceso de plantilla que se presenta en aquel concreto espacio o sector de la actividad empresarial.

En el bien entendido que habrá supuestos en los que "la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo" (STS 26 de abril de 2013, rcud. 2396/2012), tal y como así resuelve la citada STS 29 de





noviembre de 2010, rcud. 3876/09 , en un caso en el que concurría la excepcional circunstancia de que se trataba de una empresa de más de 15.000 trabajadores que había llegado a realizar un total de 81 nuevas contrataciones en periodos de tiempo próximos al despido objetivo, lo que evidenciaba la existencia de puestos vacantes en otras unidades productivas y centros de trabajo en los que podría haberse recolocado a los trabajadores cuyos contratos se extinguen.

Pero "no concurriendo circunstancias de esa o análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas", ( STS 26 de abril de 2013, rcud. 2396/2012 ) debe admitirse como presupuesto inicial que la pérdida de uno de los clientes o la reducción de alguna de las contrataciones supone un descenso del volumen de la actividad empresarial que, como regla general, justifica que la empresa pueda recurrir a la extinción objetiva de los contratos de trabajo que resulten excedentes y acordes con esa minoración de su actividad que resulta consecuencia indisociable de la disminución de la contrata.

5. - Llegados a este punto debemos hacer una matización que resultará determinante para analizar la concurrencia de contradicción.

Recordemos que la sentencia recurrida conoce y analiza aquella doctrina general de esta Sala que acabamos de resumir, aunque sin embargo concluye que no es de aplicación en este caso por entender que la empresa está obligada a probar algo más que el solo hecho de la reducción de la contrata y debe acreditar la concurrencia de causas productivas y organizativas demostrativas de las dificultades que impidan su buen funcionamiento, siquiera sea en referencia al espacio o sector concreto de su actividad al que se circunscribe.

Pero esta aseveración no se apoya en ningún dato concreto que pudiese avalarla, con lo que en realidad constituye un razonamiento jurídico y no la constatación o el reflejo de unos hechos o elementos objetivos que pudieran poner de relieve la inexistencia de contradicción respecto a la sentencia referencial.

No hay constancia ni alusión alguna a las singulares condiciones de la empresa de las que se desprenda que la reducción de la contrata no tiene que suponer un excedente de plantilla, porque pueda recolocar sin excesivas dificultades a los trabajadores afectados por la reducción del volumen de su actividad en modo análogo al supuesto de las tantas veces citada STS 29 de noviembre de 2010, rcud. 3876/09 .

De haber identificado la sentencia recurrida los elementos de juicio de los que se desprende tal razonamiento cabría entender que no hay contradicción con la sentencia de esta Sala que se invoca de contraste, en la medida que esos elementos diferenciales pudieran justificar la distinta solución aplicada en este caso.

Pero al no constar ningún dato de hecho que permita alcanzar ese distinto resultado, se incurre sin duda en manifiesta contradicción con la sentencia referencial que como doctrina establece justamente lo contrario, esto es, que la reducción de la contrata comporta un excedente de plantilla que justifica





*el despido objetivo cuando no concurren circunstancias excepcionales que demuestren que la empresa puede recolocar a los trabajadores afectados."*

2.- Tal es el caso de autos. En este caso concurre causas objetivas.

No queda acreditado la económica pues aunque la pérdida de la contrata suponga la del precio de la misma la causa no consta una situación económica negativa de toda la empresa.

Pero sí queda acreditado que concurre la causa organizativa y productiva. La pérdida de la contrata supone la amortización de los siete puestos de trabajo vinculados al expediente 75/15 del Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga. No cabe, de hecho no se invoca, plantear la posibilidad de plantear una nueva subrogación a nueva contrata porque no existe nueva adjudicación a fecha de extinción de la contrata. Tampoco la subrogación al Ayuntamiento pues no queda acreditado que el núcleo de los servicios desarrollados por el actor sean directamente ejecutados por el Ayuntamiento ni tampoco que hubiera sucesión de plantillas al no hacerse cargo de ningún trabajador ( min 32/33 de vídeo 3 testifical de la jefa de servicio [REDACTED] declara que el núcleo de las funciones son diseño y publicidad ha dejado de hacerse, las redes sociales lo lleva Mas Cerca y resto de funciones son residuales, y que ninguno de los trabajadores de la contrata han continuado trabajando min39) . En cuanto al empleo del actor en tareas ajenas a la contrata tampoco queda ello acreditado ( [REDACTED] señala que las funciones desarrolladas son las del pliego, que no se desarrollaban por ningún empleado público municipal min 22 de vídeo 3). Ello a la luz de las funciones descritas por empresa a Inspección de Trabajo y la descripción del servicio efectuada en el reverso del f 290 y que enumeradas son: apoyo a registro de asociaciones, a la difusión de acciones y actuaciones, a campañas mediáticas de asociaciones, a utilización interactiva de tecnologías de la información y la comunicación, a apoyo a la realización de jornadas, cursos y actividades formativas, a estudios de materia de Participación, Inmigración y Cooperación al desarrollo facilitar desarrollo de entidades que desarrollen acciones voluntarias en el ámbito local, seguimiento de actividades subvencionadas y apoyo en promoción social. Etc.

Amortizado el puesto de trabajo tampoco existe posibilidad de reubicación al no existir prueba de que exista otro puesto al margen de la contrata con el perfil profesional del actor como técnico de apoyo para diseño gráfico. Extinguida la contrata existe un sobredimensionamiento de la plantilla, que constituye causa organizativa, así como una ausencia de volumen de producción que a su vez constituye causa productiva. No existe prueba de puesto de trabajo vacante en el que poder reubicar al actor como técnico de apoyo, para diseño gráfico al margen de la extinta contrata. Por ello dicha amortización del puesto conlleva necesariamente su despido objetivo por causa organizativa y productiva.

Por ello concurre causa objetiva y habiéndose entregado la indemnización de acuerdo al salario y antigüedad que corresponde debe declararse el despido procedente. Por otro lado a 39,93 euros diarios (1214.83 x 12 /365) x 20/12 de





indemnización x 171 meses, resultan 11.334,52 euros . Cantidad algo inferior a la fijada por la empresa f.386 de 11.494,44 euros. Por ello el despido debe ser declarado procedente por concurrir causas de forma y fondo para ello.

**SEXTO.-** Contra esta resolución cabe interponer recurso de suplicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 de la LRJS, de lo que se advertirá a las partes.

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

### FALLO

1.- Que debo **DESESTIMAR** y **DESESTIMO** la demanda presentada por [REDACTED] frente a **BCM Gestión de Servicios SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, Clece SA y Neventos Málaga SL,** y estimando la falta de legitimación pasiva invocada por Ayuntamiento de Málaga debo declarar y declaro que el despido con fecha de efectos 4 de septiembre de 2018 efectuado por BCM Gestión de Servicios SL es **PROCEDENTE**, absolviendo a todas las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.

2.- Que debo desestimar y desestimo la demanda de vulneración de derechos fundamentales presentados por [REDACTED] frente a **BCM Gestión de Servicios SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA,** absolviendo a las mismas de los pedimentos efectuados en contra.

Notifíquese esta resolución a las partes advirtiéndoles que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de suplicación en el plazo de cinco días desde el siguiente a su notificación.





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**PUBLICACIÓN.**- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado de Administración de Justicia doy fe, en Málaga.

*"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."*