



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SENTENCIA nº 110 /2020

En Málaga, a veintitrés de marzo de dos mil veinte.

Vistos por D^a Victoria Gallego Funes , Magistrada del Juzgado de lo Social nº Seis de Málaga, los precedentes autos número 860/2019 seguidos a instancia de [REDACTED], [REDACTED] representada por Letrada Sra. Podadera Romero , frente a la entidad , DOC 2001 , S.L. (B29831112), representada por Letrado Social Sr. Pérez Pérez ; ANCYSA GESTION SOCIOCULTURAL , S.L. (B-29488640) (en liquidación) , representada por Letrada Sra. Guerrero Cabezas; CLECE, S.A. (A- 80364243) representada por Letrado Sr. Sánchez Ortiz y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por Letrado Sr. Fernández Martínez sobre **DESPIDO NULO** y subsidiariamente **IMPROCEDENTE**, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 17/09/2019 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 para el día 16/12/2018 que fue suspendido por la ampliación de la demanda formulada por la parte actora, siendo señalado nuevamente para el día 04/03/2020.

En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, significando que desiste de la reclamación de cantidad por diferencias salariales al estar siendo reclamadas en otro procedimiento . Por su parte, las entidades





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

demandadas se opusieron a las pretensiones esgrimidas de contrario, en los términos que constan en la videograbación. Seguidamente se confirió traslado a la parte actora para contestar a las alegaciones formuladas de contrario.

Por las partes fue propuesta y practicada prueba testifical y documental.

En conclusiones las partes sostuvieron sus respectivas pretensiones interesando de este Juzgado el dictado de una Sentencia de conformidad con sus pedimentos formulados. El Ministerio Fiscal solicita el dictado de una sentencia desestimatoria de la acción de vulneración de derechos fundamentales y nulidad del despido, por los motivos que constan en la videograbación.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado los requisitos legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para la entidad Doc 2001, S.L. con categoría de psicóloga , con antigüedad reconocida de 04/09/2017 y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.466,40 euros, mes brutos prorrateados (folios 205 a 2017)

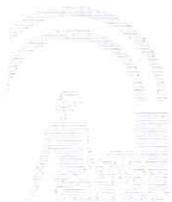
SEGUNDO.- La actora ha estado en alta en Seguridad Social en los periodos y por cuenta de las empresas que constan en folio 484.

TERCERO.- La demandante y la entidad Clece, S.A. estuvieron vinculadas por contrato de trabajo temporal con centro de trabajo sito en servicio de apoyo e integración social en Asperones prorrogado desde 05/01/2013 a 04/04/2013 .

Desde 05/04/2013 a 13/06/2014 con centro de trabajo sito en servicio de apoyo e integración social en Asperones , primero como educadora y a partir de 01/07/2013 como psicóloga.

(folios 485 a 487)

CUARTO.- En fecha 26/02/2015 , el Ayuntamiento de Málaga concertó con la entidad CLECE, S.A. contrato administrativo para el desarrollo de un proyecto de atención, promoción, y prevención de la dependencia en los diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga, , Expediente 105/2014, con duración hasta el 11/03/2017 , a tenor del pliego de condiciones económico administrativas y técnicas folios 391 a 413 .





QUINTO.- La entidad Doc 2001 resulta adjudicataria del servicio para el desarrollo de proyecto de promoción y prevención de la dependencia en los diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga a tenor del pliego de condiciones técnicas y económico administrativas del expediente 15/2017 . En dicho expediente se pacta la duración de 1 año , prorrogable por un año mas, cuyo contenido se da por reproducido (folios 137 a 155 y 422 a 441)

SEXTO.- La entidad DOC presenta proyecto de promoción y prevención de la Dependencia en el distrito de Campanillas, cuyo contenido se da por reproducido. (f 446 a 466)

SEPTIMO.- El iter contractual entre la demandante y la entidad DOC 2001, S.L. ha sido el siguiente:

- Contrato temporal eventual por circunstancias de la producción suscrito el 04/09/2017 , como psicólogo en centro de servicios sociales comunitarios de campanillas, cuyo objeto consiste en “servicio para el desarrollo de un proyecto de promoción y prevención de la dependencia en diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga suscrito entre la empresa y el Ayuntamiento de Málaga con fecha de adjudicación 20/07/2017 exp 15/2017 con duración hasta 31/08/2017 (folios 194 a 195 y 131 vto).

- Contrato temporal eventual por circunstancias de la producción suscrito el 01/09/2018 , como psicólogo en centro de servicios sociales comunitarios de campanillas, cuyo objeto consiste en “servicio para el desarrollo de un proyecto de promoción y prevención de la dependencia en diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga suscrito entre la empresa y el Ayuntamiento de Málaga con fecha de adjudicación 20/07/2017 exp 15/2017. (folios 196 a 197).

OCTAVO.- El 05/09/2017 se extiende acta de inicio de servicio, los días 10/12/2018 , 21/03/2019 se suscriben actas de seguimiento de servicio y en y 20/08/2019 se extiende acta de finalización de servicio. (folios 442 y ss)

NOVENO.- EL 07/03/2019 la demandante formula papeleta de conciliación frente a DOC 2001. S.L. sobre derechos/cantidad, señalándose el acto de conciliación para el día 22/07/2019.

En fecha 25/04/2019 se dicta decreto admitiendo a tramite la demanda formulada por la parte actora frente a DOC 2001, S.L. (en adelante DOC) y señalando el acto de juicio para el día 08/06/2020.





(folios 492 a 496)

DECIMO.- El 20/03/2019 [REDACTED] remite mail a la demandante con el siguiente tenor “ Te dejo mail que te ha creado DOC 2001, S.L. para tu puesto de trabajo . Creemos que tras los condicionantes acaecidos es más conveniente el uso corporativo de la empresa y no el genérico que usas de base del ayto, a pesar de que claramente era de uso para la empresa externa (folio 872)

UNDECIMO.- El 21/03/2019 se procede a la evaluación de las actividades del curso 2017/2018.(folios 179 a a 190)

DUODECIMO .- EL 03/04/2019 la demandante remite correo a [REDACTED] con el siguiente tenor: “ “Buenos días , después de la conversación mantenida ayer he pensado que el jueves no voy a reunirme contigo para hablar sobre mi escrito y mi decisión. Si tienes dudas o aclarar alguno asunto puedes dirigirte a mi abogada y a partir de ahora para cualquier cuestión relacionada con este asunto .

DECIMOERCERO.- El 09/04/2019 [REDACTED] remite mail a la actora anunciando visita con el Director General en relación con el seguimiento del servicio (folio 354)

El 29/04/2019 [REDACTED] remite a [REDACTED] solicitando actividades a llevar a cabo hasta final del contrato, y el 15/05/2019 el [REDACTED] contesta informando de las actividades.
(folios 459 a 463).

DECIMOCUARTO.- El día 02/05/2019 [REDACTED] remite mail con acta de reunión en la que interviene la demandante. (folio 353).

DECIMOTERCERO.- El 27/05/2019 [REDACTED] remite mail a [REDACTED] comunicando el recibido por la actora, así como la respuesta que ofrece, a través del dictado [REDACTED] (folios 472 y 473).

DECIMOCUARTO.- El salario que corresponde al puesto de psicólogo/a en el Ayuntamiento de Málaga asciende a 35.389,92 euros brutos anuales.
(folio 475)





DECIMOQUINTO.- En fecha 30/05/2019 la demandante inicia un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con diagnóstico : trastorno depresivo.(f. 505)

DECIMOSEXTO.- Mediante correo datado el 08/08/2019 [REDACTED] comunica a la actora la finalización de su contrato con fecha prevista el 31/08/2019. (folios 481 a 483)

DECIMOSEPTIMO.- El salario previsto para técnico superior del Ayuntamiento en 2019 asciende a A1 nivel 22 asciende a 36.280,48 euros brutos/año (folios 500-501)

DECIMOCTAVO.- En los periodos trabajados en la contrata suscrita entre ayuntamiento y Clece en 2015 y en 2016, la actora estuvo adscrita a UTS Campañillas en los proyectos de absentismo escolar , tratamiento familiar, grupal de mujeres, ... que consta en los folios 516 a 519.

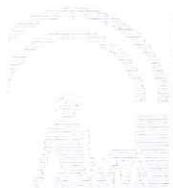
DECIMONOVENO.- La demandante disponía de certificado de acceso al sistema SIUSS-UTS válido entre 27/01/ 2016 a 27/01/2020 (f, 537).

VIGESIMO.- La demandante tenía asignada una dirección de correo electrónico identificada como [REDACTED] [REDACTED] remitió , entre marzo de 2018 a abril de 2019 , correos a las cuentas que figuran en los folios ,569 a 574 y 577 a 579. En relación con el periodo estival , la [REDACTED] comunica que el personal municipal debe enviar las propuestas de vacaciones a a Antonio, y el personal de servicios externos a sus empresas y a [REDACTED]

En el periodo comprendido entre marzo y mayo de 2019 la actora remitió a [REDACTED] las comunicaciones que constan en los folios 581 a 585 en los que figura como asunto :”Bandeja de personal.”

La actora también remitía las incidencias a su jornada , ausencias,... a la empresa empleadora. (folios 321 a 350) .

VIGESIMOPRIMERO.- A partir de marzo de 2019 la demandante utiliza dirección de correo [REDACTED]com (folio 592)





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

VIGESIMOSEGUNDO.- En enero de 2017 y septiembre de 2018 desde el Ayuntamiento se organizan diversas jornadas formativas a la s que se invita a diversos profesionales de SSCC.

La actora solicitó y fue autorizada a asistir a diversas jornadas formativas , fuera del ámbito de la dependencia, organizadas por el Ayuntamiento (folios 594 a 600 y 702 a 709.)

En mayo de 2018 la actora estaba convocada por los servicios de prevención sobre protocolo en caso de insalubridad (diógenes) (folios 601/602).

El 29/05/2018 ha intervenido en el V Encuentro de Equipos de Tratamiento Familiar de la provincia de Málaga . (f. 868 a a 871)

VIGESIMOTERCERO.- En el periodo comprendido entre 02/01/2015 y 18/01/2019 la demandante ha concertado las citas que constan en el documento nº 17y 18 (folios 606 615)

VIGESIMOCUARTO.- En 21/09/2015 , 01/06/2015, 14/01/2016 y 19/10/2016 se emite acta de revisión de reunión de coordinación EIS [REDACTED] en la que participa la demandante y [REDACTED] suscrita por ésta como trabajadora social y la actora como psicóloga de empresa externa (folios 616 a 626)

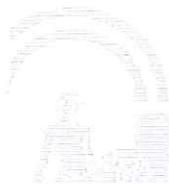
VIGESIMOQUINTO.- El 08/04/2016 se extiende acta de coordinación en la que aparecen la actora como psicóloga externa y [REDACTED] como trabajadora social.

El 19/01/2018 se extienden actas de coordinación con la trabajadora social [REDACTED], y la actora como psicóloga externa , cuyo contenido se da por reproducido. (folios 627 a 632.)

Entre el 03/10/2018 y 05/03/2019 la actora intervino en las actas de coordinación como psicóloga que constan en los folios 783 a 794

VIGESIMOSEXTO,. La demandante emite informe técnico como psicóloga de Clece en expediente de servicio de protección de menor en fecha 15/05/2015.

Igualmente ha intervenido en los protocolos de derivación realizados en el Centro Municipal de Atención a la Familia/ Servicio de Orientación y Mediación en Conflictos Familiar en 25/01/2016, 08/03/2016, 08/10/2016 28/10/2016 , 19/12/2016 y 01/02/20019





Folios 634 a 649 y 688 a 689.

VIGESIMOSEPTIMO.- La demandante figura como “Técnico Municipal “ en la hojas de compromiso de colaboración que se extienden por el Ayuntamiento de Málaga el 2 y 6 de marzo , 30 de mayo, 3 de junio 31 de octubre de 2017, 7 de junio 31 de diciembre de 2018 , 31 de mayo y 31 de julio de 2019.
(f 651 a 691) .

VIGESIMOCTAVO.- En el año 2018 la demandante ha intervenido en los acuerdos de colaboración entre servicios sociales y programa Caixa pro infancia que aparecen en los folios 796 a 799 y 823 a 838)
El 27/02/2018 la demandante emite informe cuyo contenido se da por reproducido. (folios 865 a 867)

VIGESIMONOVENO.- La demandante, al igual que sus compañeros, estaban autorizados al uso del vehículo municipal Peugeot 307 -
(folio 464)

TRIGESIMO.- La empresa DOC 2001 , .SL, asumía los gastos de las actividades realizadas en el ámbito de los programas aprobados.
(folios 467 a 469)

TRIGESIMOPRIMERO.- El día 15.03.2019 tuvo lugar una reunión en la que intervino la demandante, , [REDACTED] (directora del centro de Servicios Sociales de [REDACTED]) y otras personas, cuyo contenido consta en la transcripción que se incorpora como documento nº 43 por la parte actora.
(folios 984 a 904 y testifical [REDACTED])

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados se deducen , conforme establece el art. 97.2 de la LRJS, de la prueba obrante en autos especialmente documental y las testificales practicadas en la vista.

SEGUNDO.- En cuanto a la categoría y salario percibido , no ha sido controvertido.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

En lo que se refiere a la antigüedad, la parte actora considera que debe ser estimada la fecha de inicio de prestación de servicios en 06.11.2014 , pues entiende que ha existido unidad de vinculo , que las interrupciones no son significativas, y que en todo caso , se trata de una relación laboral indefinida discontinua.

Respecto a la unidad de vinculo, constan interrupción desde 11.03.2017 a 04.9.2017 , casi de seis meses, que se considera suficiente como para que se entienda interrumpido el vinculo laboral , sobre todo teniendo en cuenta que no se trata de una actividad cíclica , que se deba realizar durante periodos concretos y determinados que se repiten en el tiempo , pues o bien se deben realizar durante todo el años, caso de que se estime que la actora realiza una actividad propia del Ayuntamiento , ajena a la contrata, o bien si se acomoda a la misma, dependerá de que en cada momento , la corporación decida , con habilitación presupuestaria, desarrollar una serie de proyectos , que no tienen naturaleza discontinua *per se*.

Por todo ello, la antigüedad se ha de fijar en 04.09.2017.

TERCERO.- Se alega por la defensa de Clece , S.A. la excepción formal de caducidad en cuanto a la acción por despido, toda vez que su relación laboral se ha extinguido con anterioridad a la entrada de BCM.

De lo actuado resulta que la parte demandante acciona por despido contra el cese de 31/08/2019 y por lo tanto, es en relación a esa fecha desde donde debe computarse el plazo de caducidad, que no de prescripción, de veinte días que fija el art. 59 del E.T. .

El cese pues con CLECE u otra empresa distinta como Ancysa no puede ser valorado a esos efectos (caducidad) sin perjuicio de que se tenga en cuenta, como también se hace valer, en orden a su legitimación pasiva.

QUINTO.- En cuanto a la acción de vulneración de derechos fundamentales , por vulnerar el derecho de indemnidad del art. 24.2 de la CE , pues el cese es consecuencia de haber formulado demanda por derechos y reclamación de cantidad , y que el resto de sus compañeros adscritos formalmente a la contrata han continuado prestando servicios en la misma.

Es necesario poner de manifiesto que , para que pueda operar la inversión de la carga de la prueba, la parte que invoca la tutela de derechos fundamentales, debe aportar un indicio suficiente de los hechos que alega y en el presente supuesto, la parte actora no ha justificado que el resto de compañeros haya continuado prestando servicios para el ayuntamiento o haya sido contratado



con posterioridad. De la misma forma, consta acreditado que todos los trabajadores han cesado en la prestación de servicios, hayan formulado o no demanda o reclamación alguna, por lo que no se aporta indicio alguno de que el cese o extinción de la relación laboral de la actora obedezca a la reclamación formulada.

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*





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo 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 24 de julio de 2014 [ROJ: STS 3587/2014].”

En el supuesto enjuiciado pese a la realidad de la existencia de reclamación anterior, lo cierto es que la entidad DOC 2001, S.L. ha acreditado la existencia de causa de extinción como es la finalización de la contrata con el Ayuntamiento de Málaga que estaba predeterminada, y con antelación a la fecha de reclamación de la actora y, con independencia de lo que se resuelva sobre la existencia o no de despido, sí conlleva la exclusión de causa espúrea, ajena a reclamaciones formuladas por la demandante.

El hecho de que durante el año de prórroga se anticipase la demanda de cesión ilegal, no enerva las consecuencias de finalización de la contrata ni esta puede suponer una represalia a aquella demanda, más aún cuando no existe nuevo pliego que permitiera hablar de una subrogación.

En base a lo expuesto, la alegación sobre vulneración del derecho a la indemnidad ha de ser desestimada.

En lo que respecta a la situación de acoso laboral, éste se caracteriza por una situación de hostigamiento continuado y persistente, con objeto de socavar la integridad moral del trabajador, a fin de apartarlo de la relación laboral.

Consta acreditado que la papeleta de conciliación fue formulada en 7 de marzo de 2019 y la actora inició un periodo de incapacidad temporal en 30 de mayo del mismo año, por lo que en todo caso, las actuaciones denunciadas por la actora se contraen a dicho periodo.

Tampoco se aporta por la demandante indicio suficiente de existencia de acoso laboral, pues el hecho de que la empresa proporcione un mail propio para comunicarse con la empresa, o el hecho de que el coordinador Sr. Nicolas Jimenez acuda desde Sevilla a efectuar seguimiento del servicio, o la supuesta retirada de actuaciones que exceden de la contrata no se deben sino a una consecuencia lógica de evitar la realización de hechos cuya





ilegalidad ha sido denunciada por la propia trabajadora formulada por la trabajadora .

No puede sostenerse al mismo tiempo la ilegalidad de una serie de actuaciones y pretender que su supresión , al mismo tiempo, sea considerada como acoso.

No se justifica indicio alguno , por tanto, que presupongan la existencia de acoso laboral.

En cuanto a los documentos médicos, se sustentan en las declaraciones de la actora y con esto no se está diciendo que la demandante mienta y trate de reconstituir prueba.

La situación de tensión que puede crear la interposición de una demanda puede conllevar para la trabajadora una situación de estrés que la lleve a considerar la existencia de acoso , cuando en realidad no existe tal o tan solo se da una situación de conflictividad ajena a intención espúrea por parte de la empresa o de compañeros, pero que en modo alguno pueden ser calificada como acoso laboral y hostigamiento.

Por ello se ha de desestimar la nulidad del cese.

SEXTO.- En cuanto a la existencia de una cesión ilegal, las entidades Clece, S.A. y Ancysa alegan la falta de acción y de legitimación pasiva que en este supuesto, debe ser resuelto como una cuestión de fondo, pues las citadas empresas han sido traídas al procedimiento como empresarias en momentos anteriores y por contratas suscritas igualmente con el Ayuntamiento.

En este sentido, no consta que en el momento del despido, las citadas empresas fueran empresarias respecto al trabajador y los hechos que deben ser examinados son los existentes al momento de plantearse la existencia de cesión ilegal, que en el supuesto que nos ocupa en el momento del despido, en la que la empleadora llamada formal era la entidad DOC 2001, S.L.

En este sentido, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ País Vasco en fecha 18/10/2012 establece que *“ Es bien cierto que como recoge en la Instancia y alega el impugnante la reclamación del trabajador frente a la cesión y por lo tanto el ejercicio de su derecho, atendiendo a la doctrina jurisprudencial imperante, exige el trabajador ejerza tal derechos si subsiste la cesión al momento de presentar la demanda, que es la que produce los efectos de la litispendencia, y no en el juicio oral o en otro momento anterior o posterior al que han de tomarse en consideración a estos efectos (*



Sentencia del TS 7/05/2010 Rec. 3347/09 EDJ 2010/113436), por lo que si se extinguió la supuesta cesión ilegal antes de la presentación de la demanda también debe entenderse que tal derecho declarativo igualmente se extingue (Sentencias del TS 8/07/2003 Rec. 2885/02 EDJ 2003/108449, 12/02/2008 Rec. 61/07 EDJ 2008/82888, 14/09/09 EDJ 2009/229117), considerando extemporanea tal reindivificación (Sentencia del TSJ de Madrid 15/11/2002 EDJ 2002/88088 y Sentencia del TSJ de Cataluña 18/12/92 Rec. 5010/92), por cuanto aquel que no ha reclamado en su debido tiempo o ha aceptado tácitamente la situación general (Sentencia del TS 21/03/97 y Sentencia TSJ de Cataluña 18/12/92 Rec. 5010/92). Por ello, solo puede reclamarse mediante una acción declarativa cuando pese a no prestar ya servicios efectivos para la cesionaria, aquella empresa subsiste y mantiene su actividad, manteniéndose además la relación laboral en vigor con la cedente (Sentencia TSJ de Galicia 11/04/2003 EDJ 2003/97339, Sentencia TSJ de Cantabria 31/03/2004 EDJ 2004/22420), y más si en el acto de conciliación si hizo expresa reserva de acciones en tal sentido (Sentencia del TSJ de Galicia 11/04/2003).

No existe , pues relación laboral vigente con las empresas Clece , S.A. y ANCYSA , S.L., por lo que se ha de estimar su falta de legitimación pasiva de ambas entidades.

SEPTIMO.- Descartada la responsabilidad de las empresas anteriores en el despido impugnado, se ha de examinar la relación entre la empresa adjudicatarias y específicamente DOC 2001, SL, que es quien entrega carta de cese como empresaria actual y Ayuntamiento de Málaga a quien la parte actora atribuye la calificación de empresario real .

El art.43.2 ET establece 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*”.

Tal y como establece la Sentencia dictada por la Sala lo Social TSJ Andalucía /Málaga de fecha 21/12/2016, rec 1686/2016 , “ La





Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la reciente sentencia del Pleno de 26 de octubre de 2016 [ROJ: STS 4941/2016] ha analizado recientemente el tema de la cesión ilegal. y explicitado los diferentes criterios para su calificación, declarando <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...>; <que 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>; <que 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>.

Y aunque la cesión de fuerza de trabajo, que permite obtener lucro de la mano de obra sin que se integre en la actividad laboral, puede producirse tanto a través de la interposición como a través de la intermediación, termina señalando la citada sentencia que <el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores 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>.

En el presente supuesto, pese a que la entidad DOC pueda tener actividad propia y existencia real, ello no es óbice para que pueda valorarse la existencia de cesión ilegal de mano de obra.





En primer lugar, no consta la existencia de funciones inherentes a la condición de empresario a la empresa DOC con anterioridad a la presentación de la demanda por derechos por parte de la demandante. Llama la atención que desde septiembre de 2017 hasta la presentación de la papeleta de conciliación no existe constancia de ni una sola visita por parte del coordinador o superior de la actora hasta el 09.04.2019.

Tampoco existe informe de las actividades a realizar antes de la demanda por parte del Ayuntamiento a la empresa empleadora, como tampoco valoración del servicio.

Las actas de servicio se limitan a 4 en dos años, incluyendo la de inicio y final del servicio, sin contenido material alguno.

En segundo lugar, la actora ha realizado funciones que exceden, con mucho, del contenido de la contrata.

Si bien es cierto que dicha actividad era mayor en los años 2015, 2016 y 2017, ha continuado en 2018 y 2019. En este sentido, la actora ha intervenido en el año 2018 en distintas actas de coordinación que nada tienen que ver con el objeto de la contrata. (folios 783 a 794) al igual que en programas de derivación de la Caixa Pro infancia efectuadas en octubre de 2018 (folios 796 a 814) y en acuerdos de colaboración efectuados en el mismo año (folios 833 a 838). También ha intervenido en un taller de mujeres en enero de 2018, ajeno por completo al objeto de la contrata (folios 631 y 632). Realiza protocolo de derivación el 01.02.2019 (folio 649), compromiso de colaboración el 30.01.2019.... 10/10/2018 Folio 686...) También, durante 2018 ha sido convocada a la comisión de absentismo (folios 693 y 694). También ha emitido informes psicoeducativos en dirigidos a [REDACTED], sobre absentismo en febrero de 2018 (folios 866 y 867), llevan a la conclusión de que, aunque realizase actuaciones en el ámbito de la contratada, existe un número de actuaciones totalmente excluidas de dicha actividad, y que forman parte de la actividad propia del ayuntamiento en materia de servicios sociales y que eran dirigidas directamente por personal del ayuntamiento. No se entiende, si no, que la Jefa de Sección Sra. Pavón pregunte a la actora y el resto del personal de la plantilla si van a pedir permiso o no en determinadas fechas o vacaciones en navidad, semana santa o verano para, utilizando sus propias palabras, "organizarse", cuando en realidad, la actividad de la actora debería ser ajena a la organización de los servicios sociales del Ayuntamiento, ya sea en [REDACTED] o en otro núcleo. Por otra parte, resulta extraño a cualquier tipo de contrata destinada a





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cualquier actividad externalizable, que deban justificar ausencias , permisos, licencias u otras incidencias ante la administración contratante, tal y como ocurren el presente supuesto (folios

Por otra parte, la propia Sra. Pavón, en la reunión mantenida en el día 15/03/2019 se reconoce que se están realizando actividades estructurales por una empresa .

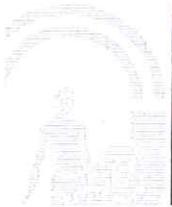
En base a lo expuesto, el cese de la actora ha de ser considerado como despido improcedente, del que deben responder solidariamente el Ayuntamiento y la entidad DOC 2001, S.L.

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

1º) Que estimando parcialmente la demanda formulada por [REDACTED] frente a la entidad , **DOC 2001 , S.L.**; y **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, debo declarar la improcedencia del despido efectuado el 31/08/2019 declarando responsables solidarias de las consecuencias del mismo a las referidas empresas, condenando al Ayuntamiento de Málaga a que a su opción, readmita a la demandante como indefinida continua con la categoría profesional de psicóloga que tenía antes de producirse ese despido y a abonarle los salarios de tramitación, a razón de un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 96,97 euros, desde el 01.09.2019 hasta la fecha de esta resolución; o, a indemnizarle con 6.400,00 euros. Del importe de los salarios de tramitación se deducirán en su caso los salarios percibidos por la demandante, en otro u otros trabajos, desde la fecha del despido hasta la de su readmisión. Dicha opción deberá ser ejercitada por escrito o comparecencia en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a esta notificación en la Secretaría del Juzgado de lo Social número seis de Málaga.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

2º) Que debo absolver a las entidades CLECE, S.A. (A- 80364243) y ANCYSA GESTION SOCIOCULTURAL , S.L. (B-29488640) (en liquidación) , de las acciones formuladas en su 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.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido dictada por la Magistrada que la suscribe 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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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."

