



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN
MALAGA

N.I.G.: 2906744420190011968

Negociado: JL

Recurso: Recursos de Suplicación 995/2020

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 10 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 941/2019

Recurrente:

Representante: FRANCISCO JESUS SOLANO MORENO

Recurrido: ANCYSA GESTION SOCIO CULTURAL, S.L., CLECE, S.A., AYUNTAMIENTO DE MALAGA, MINISTERIO FISCAL, D.O.C. 2001, S.L., RMS GESTION DE SERVICIOS MALAGA, S.L., FOGASA y B.C.M. GESTION DE SERVICIOS, S.L.

Representante: MANUEL MARTINEZ TORRES, MANUEL PEREZ PEREZ y EDUARDO VEREDA TOLEDOS. J. AYUNT. MALAGA, LETRADO DE FOGASA - MALAGA y FRANCISCO J PEREZ MERIDA

Sentencia Nº 1780/20

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO

En la ciudad de Málaga, a veintiocho de octubre de dos mil veinte.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número diez de Málaga, de 19 de marzo de 2020, en el que han intervenido como recurrente [REDACTED] dirigido técnicamente por el graduado social don Francisco Jesús Solano Moreno, y como recurridos BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L., dirigida técnicamente por el graduado social don Francisco Javier Pérez Mérida, AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, dirigido técnicamente por la letrada doña María Luisa Pernía Pallarés, DOC 2001 S.L., dirigida técnicamente por el letrado don Manuel Pérez Pérez, BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L., dirigida técnicamente por el graduado social don Francisco Javier Pérez Mérida, RMS GESTIÓN DE SERVICIOS MÁLAGA S.L., dirigida técnicamente por el letrado don Eduardo Vereda Toledo, CLECE S.A., dirigida técnicamente por el letrado don Manuel Martínez Torres, y ANYCSA GESTIÓN SOCIOCULTURAL S.L.

Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 27 de septiembre de 2019 [REDACTED] presentó demanda contra Ayuntamiento de Málaga, DOC 2001 S.L., BCM Gestión de Servicios S.L.,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

RMS Gestión de Servicios Málaga S.L., Clece S.A. y Anycsa Gestión Sociocultural S.L., en la que suplicaba que su cese fuese declarado despedido nulo o, subsidiariamente, improcedente, condenando a las demandadas a las consecuencias legales de esa declaración y, en concreto, a su readmisión en la empresa que elija

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número diez de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 941-19, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 8 de noviembre de 2019, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 10 de marzo de 2020.

TERCERO: El 19 de marzo de 2020 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Que desestimando la demanda por despido formulada por [REDACTED] contra las empresas DOC 2001 S.L., BCM Gestión de Servicios S.L., RMS Gestión de Servicios S.L., Clece S.A., Anycsa Gestión Sociocultural S.L. y contra el Ayuntamiento de Málaga, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

1º [REDACTED] con DNI [REDACTED] ha prestado servicios por cuenta de la empresa BCM Gestión de Servicios S.L. desde el 28 de junio de 2010 hasta el 7 de mayo de 2012, con la categoría profesional de monitor sociocultural, en virtud de 6 contratos de trabajo temporales para obra o servicio a tiempo parcial (40%), en los que en la causa se hizo referencia a las funciones de monitor para la Junta de Distrito de Campanillas del Ayuntamiento de Málaga en la prestación de servicios destinados a la ejecución de actividades socioculturales, deportivas y multitaller [REDACTED] en el Distrito de Campanillas, según adjudicación del Excmo. Ayto. De Málaga a BCM, haciéndose referencia a las ODC 2771/2010, 3363/2010, 1746/2010 y 4109/2010 y al Expte 128/10 -folios 268 a 299-.

2º Prestó servicios por cuenta de RMS Gestión de Servicios Málaga, S.L. desde el 1 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2013, con la categoría profesional de animador social, en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio a tiempo parcial (50%), en el que se hizo constar como causa "Hasta la finalización o disminución de los trabajos propios de animador social para ODC 1018/12 Servicio de dinamización sociolaboral y ejecución de talleres artesanales para jóvenes de [REDACTED] en el Distrito de Campanillas" -folios 257 a 260-. Prestó servicios por cuenta de RMS Gestión de Servicios Málaga S.L. desde el 6 de febrero de 2013 hasta el 5 de octubre de 2013, con la categoría profesional de animador social, en virtud de un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (50%), en el que se hizo constar como causa "ODC 123/2013 Servicio de dinamización sociolaboral y ejecución de talleres artesanales para jóvenes [REDACTED] en el Distrito de Campanillas"-folios 261 y 262-. Prestó servicios por cuenta de RMS Gestión de Servicios Málaga, S.L. desde el 17 de octubre de 2013 hasta el 2 de febrero de 2014, con la categoría profesional de animador social, en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio a tiempo parcial (50%), en el que se hizo constar como causa "Hasta la finalización o disminución de los trabajos propios de animador social para el servicio contratado a la empresa ODC 2319/2013



denominada "Servicio de promoción sociolaboral en el Distrito de Campanillas dentro del Proyecto Alternativas para ganarte la vida" -folios 263 a 265-. Prestó servicios por cuenta de RMS Gestión de Servicios Málaga S.L. desde el 7 de julio de 2014 hasta el 25 de agosto de 2014, con la categoría profesional de maestro en pedagogía, en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio a tiempo completo, en el que se hizo constar como causa "Este contrato se formaliza como consecuencia de la concesión de la ODC nº 1695/2014, del servicio menor para actuaciones de carácter socioeducativas en la [REDACTED] en el Distrito de Campanillas (Málaga)"-folios 266 y 267-.

3º Ha prestado servicios por cuenta de Clece, S.A. desde el 5 de febrero de 2014 hasta el 4 de julio de 2014 con la categoría profesional de técnico medio, en virtud de un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (87,50%), en el que se hizo constar como causa "Servicio de apoyo a adolescentes y sus familias residentes en la barriada Las Castañetas a través de actuaciones de refuerzo educativo y prevención de conflictos como técnico medio durante la vigencia del contrato menor entre Clece y el Ayuntamiento de Málaga (ODC nº 237/2014)" -folios 242 y 243-. Prestó servicios por cuenta de Clece, S.A. desde el 6 de abril de 2015 hasta el 11 de marzo de 2017 con la categoría profesional de técnico medio, en virtud de un contrato para obra o servicio a tiempo parcial (97,5%), en el que se hizo constar como causa "apoyo y asistencia a la gestión económica y académica, en funciones como técnico medio en la puesta en marcha del servicio para el desarrollo de un proyecto de atención, promoción y prevención de la dependencia en los diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga correspondiente al contrato número de expediente 105/2014 firmado entre el Ayuntamiento de Málaga y la empresa Clece desde el 6 de abril de 2015 y hasta la finalización de dicho contrato" -folios 244 a 246-.

4º Ha prestado servicios por cuenta de Anycsa Gestión Sociocultural, S.L. desde el 29 de septiembre de 2014 hasta el 5 de noviembre de 2014 con la categoría profesional de instructor, en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado en el que se hizo constar en la cláusula adicional "Atención, promoción y prevención de la dependencia en los núcleos diseminados del Distrito de Campanillas ODC 2448/14 (Área de Bienestar Social del Ayuntamiento de Málaga)" -folios 247 a 251-. Prestó servicios por cuenta de Anycsa Gestión Sociocultural, S.L. desde el 6 de noviembre de 2014 hasta el 5 de abril de 2015 con la categoría profesional de instructor, en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado en el que se hizo constar en la cláusula adicional "Actuaciones de carácter social y educativas en la [REDACTED] del Distrito de Campanillas ODC 85/14. Horario: el horario se establece por las mañanas, no obstante y debido a que muchos de los programas educativos tienen un horario flexible, el tiempo de trabajo se adaptará a dichos programas" -folios 252 a 256-.

5º Ha prestado servicios por cuenta de DOC 2001, S.L. desde el 4 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2018, en virtud de un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo en el que se indicó como centro de trabajo '[REDACTED]', como causa "educador en centro [REDACTED]" y como cláusula adicional "El trabajador se contrata para prestar servicios con carácter temporal (402) con motivo del contrato de "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 20/07/17, exp 15/17” -folios 236 a 238, 681 y 682-. Ha prestado servicios por cuenta de DOC 2001, S.L. desde el 1 de septiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019 en virtud de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio a tiempo completo, en el que se hizo constar como centro de trabajo “Centro servicios sociales comunitarios de Campanillas”, como causa “educador social en c de servicios sociales comunitarios de Campanillas expte 15/17” y como cláusula adicional “El trabajador se contrata para prestar servicios con carácter temporal (401) con motivo del contrato de “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 20/07/17, exp 15/17” -folios 239 a 241, 683 y 684-.

6º Las anteriores empresas han sido las adjudicatarias de diferentes proyectos del Ayuntamiento de Málaga en el Área de Servicios Sociales y el actor fue dedicado a la ejecución de los correspondientes contratos administrativos. Al término de la relación laboral ostentaba la categoría profesional de educador social y percibía un salario diario bruto de 35,33 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

7º Los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas para la contratación del servicio para el desarrollo de un proyecto de promoción y prevención de la dependencia en diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga (Expte 15/17) obran a los folios 138 a 183, 621 a 643 y 944 a 963 y su contenido se da por reproducido.

8º La empresa DOC 2001, S.L. es adjudicataria de contratos del Área Social del Ayuntamiento de Málaga y del Ayuntamiento de Sevilla -folios 589 a 620-.

9º El expediente 15/17 relativo a la contratación del servicio de desarrollo de un proyecto de promoción y prevención de la dependencia en diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga fue adjudicado a la empresa DOC 2001, S.L. mediante Decreto de 12 de julio de 2017; el contrato administrativo se suscribió el 18 de agosto de 2017; el 14 de agosto de 2018 de suscribió una prórroga; en fecha 26 de julio de 2017 se emitió informe de regularización económica; el 31 de agosto de 2019 la empresa emitió la última factura -folios 938 a 943-.

10º El 5 de septiembre de 2017 se extendió acta de inicio del servicio; los días 10 de diciembre de 2018 y 21 de marzo de 2019 se extendieron sendas actas de seguimiento del servicio; el 20 de agosto de 2019 se extendió acta de finalización del servicio -folios 964 a 967-. El servicio ha finalizado y no ha vuelto a ser contratado.

11º En el plan de contratación de 2020 del Ayuntamiento de Málaga se prevé la contratación del “Servicio de apoyo, asesoramiento y orientación destinado a familias en conflictos, derivadas de los servicios sociales comunitarios y de atención psicológica dirigida a menores en su primera infancia y a sus familias en situación de riesgo social, de la ciudad de Málaga” por importe de 262.000 € -folios 184 a 218-.

12º En fecha 13 de mayo de 2019 el trabajador presentó demanda frente al Ayuntamiento de Málaga y a la empresa DOC 2001, S.L. en reclamación de cantidad; el procedimiento



correspondió al Juzgado de lo Social nº 4, con el número de autos 475/2019, habiéndose señalado para la celebración de los actos de conciliación y juicio el 21 de septiembre de 2020 -folios 220 a 235-. El 14 de octubre de 2019 presentó demanda frente al Ayuntamiento de Málaga y a la empresa DOC 2001, S.L. en reclamación de cantidad; el procedimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 3, con el número de autos 982/2019, habiéndose señalado para la celebración de los actos de conciliación y juicio el 19 de enero de 2021 -folios 564 a 575-.

13º La programación 2018/2019 de la actividad del actor en los Servicios Sociales Comunitarios de Campanillas obra a los folios 300 a 344 de las actuaciones.

14º Las funciones de los Servicios Sociales comunitarios obran a los folios 345 a 348.

15º En el curso 2015/2016 y 2016/2017, cuando prestaba servicios por cuenta de Clece, S.A, realizó, en el IES Campanillas, en el IES Torre del Prado, IES M^a Victoria Atencia y en el CEIP Intelhorce, las actividades que constan en el informe obrante a los folios 354 a 357 y 359, 360.

16º El 21 de febrero de 2017 en el IES Campanillas asistió, en nombre de los Servicios Sociales, a una reunión con alumnos y militares para dar a conocer la salida profesional de las fuerzas armadas -folio358-.

17º Entre los meses de octubre de 2016 y marzo de 2017 y entre octubre de 2017 y junio de 2018 ha impartido dos talleres de una hora semanal, destinados a fomentar las habilidades sociales y las técnicas de estudio en el marco de la prevención escolar y preparación para el cambio desde primaria a secundaria en el CEIP Intelhorce y en el CEIP Cupiana de Las Castañetas -folios 361 y 362-.

18º En los cursos 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019 impartió un taller de desarrollo personal en el IES Torre del Prado de Campanillas; en el curso 2018/2019 impartió un taller de desarrollo personal en el IES M^a Victoria Atencia -folios 363 a 365, 370 y 371-

19º Entre el 2 de mayo de 2019 y el 10 de junio de 2019 el actor y el gerente de la empresa [REDACTED] se intercambiaron los correos electrónicos que obran a los folios 372 a 467. El actor utiliza una cuenta de correo de gmail.

20º En septiembre y octubre de 2018 el actor intercambió correos electrónicos con [REDACTED] folios 468 a 472-.

21º A los folios 476 y 492 obran boletines informativos del Área de Gobierno de derechos sociales del Ayuntamiento de Málaga.

22º En fecha 20 de marzo de 2019 por la empresa DOC 2001, S.L. se enviaron a los responsables del Ayuntamiento de Málaga proyectos del Área de Derechos Sociales: "Somos agentes de cambio", "Minipandi en la cocina", "Colaboración vecinal comunitaria", "Promoción y prevención de la dependencia en el distrito de Campanillas" -folios 644 a 666-.



23º El Ayuntamiento, a través de la Jefa de Sección de los Servicios Sociales de Campanillas, solicitó a la empresa DOC 2001, S.L. el desarrollo de la ODC "Servicio para el desarrollo de un proyecto de promoción y prevención de la dependencia en los diferentes núcleos diseminados de la ciudad de Málaga" -folios 667 y 668-.

24º En fecha 22 de marzo de 2019 por la empresa DOC 2001, S.L. se envió a los responsables del Ayuntamiento de Málaga la evaluación de las actividades y talleres del curso 2017/2018 y 2018/2019 -folios 669 a 678-.

25º El 15 de mayo de 2019 por la responsable de Servicios Sociales de Campanillas se solicitó a la empresa DOC 2001, S.L. la memoria de determinadas actividades desarrolladas en el curso -folios 679, 680 y 981-; el 26 de abril de 2019 solicitó reunión al responsable de la empresa para diseñar las actividades hasta el fin del contrato; el 29 de abril de 2019 solicitó las actuaciones a llevar a cabo hasta la finalización del contrato -folios 980 y 981-.

26º El actor estaba autorizado por la empresa para el uso del vehículo municipal destinado al centro de Servicios Sociales de Campanillas en su jornada laboral -folio 733, 986 y 987-.

27º La empresa facilitó al trabajador acreditación donde figura el logotipo de la empresa, su nombre, puesto desempeñado, centro de trabajo y nº expediente -folio 738-.

28º En fecha 13 de mayo de 2019 la empresa envió al trabajador instrucciones para realizar el registro diario de jornada -folios 744 a 756-.

29º En fecha 14 de septiembre de 2017 la empresa DOC 2001 S.L. le facilitó una cuenta de correo electrónico -757 a 763-.

30º En la puerta del despacho de los trabajadores de la empresa DOC 2001, S.L. en el centro de trabajo había un cartel que indicaba "Personal de empresa DOC" -folio 764-.

31º En fechas 2 de octubre de 2017 y 20 de noviembre de 2017 el actor solicitó a la empresa un día de asuntos propios y vacaciones, respectivamente -folios 765 y 766-.

32º En fecha 3 de noviembre de 2017 por el Ayuntamiento se remitió al responsable de la empresa la relación de material que necesitaba para las actividades proyectadas en el distrito de Campanillas -folio 834 a 836-.

33º En fecha 14 de junio de 2018 el trabajador envió correo electrónico a la empresa solicitando el pago de kilometraje -folio 837 a 839-.

34º Los ticket de venta y facturas de determinados gastos generados a la empresa DOC 2001, S.L. en la prestación de los servicios correspondientes al expediente 15/2017 obran a los folios 840 a 889.

35º En fechas 12 de abril de 2019 y 29 de mayo de 2019 el responsable del Ayuntamiento y el responsable de la empresa se intercambiaron los correos obrantes a los folios 988 a 992.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

36º Mediante correo electrónico de 7 de mayo de 2019 la empresa envió instrucciones al actor y a otros compañeros -folios 891 a 894 y 982 a 985-.

37º Mediante correo electrónico de 8 de agosto de 2019 la empresa comunicó al trabajador el fin del servicio y la extinción del contrato temporal; en la misma fecha realizó la misma comunicación a todos los trabajadores destinados en el mismo servicio (7 incluido el actor) -folios 895 a 907-.

38º No ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.

39º La papeleta de conciliación se presentó ante el órgano administrativo el 27 de septiembre de 2019; el acto se celebró el 10 de octubre de 2019 con el resultado de sin avenencia. La demanda se presentó el 27 de septiembre de 2019.

QUINTO: El 11 de mayo de 2020 el demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por los demandados, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 14 de septiembre de 2020 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 28 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El demandante ha prestado servicios, como educador social, para DOC 2001 S.L. n el marco de un contrato concertado por esta empresa con Ayuntamiento de Málaga. En la demanda se sostiene que ha existido cesión ilegal de dicha empresa y de todas las anteriores adjudicatarias en la prestación del servicio, y que el cese del demandante al terminar ese contrato es constitutivo de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dichas declaraciones. La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda y ha declarado ajustado a derecho el cese del demandante. En el recurso de suplicación se solicita la nulidad de actuaciones, y su reposición al momento de la indebida denegación de la prueba de grabación propuesta, o subsidiariamente, la declaración de que el cese es constitutivo de despido improcedente, manifestando su opción por ser readmitido en Ayuntamiento de Málaga, con reconocimiento de la categoría profesional de técnico medio educador, de una antigüedad de 28 de junio de 2010 y de un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 85,51 euros.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución, 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional, al entender que la prueba de grabación propuesta en el acto del juicio debió haber sido admitida, ya que resultaba relevante para el fallo de la sentencia, habiendo formulado la oportuna protesta contra dicha inadmisión. Resalta que dicha grabación se produjo en una reunión de empresa, a la que fueron citados todos los trabajadores de la misma, y que en esa reunión se trataron



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

las denuncias por cesión ilegal del demandante y de otra trabajadora, de donde se deduce que la conversación grabada no vulnera el derecho a la intimidad de los allí presentes, antes al contrario, esa grabación se hizo con el propósito de presentarla como prueba en juicio. Pone de manifiesto que esa misma prueba sí ha sido admitida en el juicio del procedimiento 860/2019 del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, en el que recayó sentencia declarando la existencia de cesión ilegal de la compañera del demandante.

DOC 2001 S.L. impugna este primer motivo del recurso de suplicación alegando que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario de aplicación restrictiva; y que en la sentencia se denegó la práctica de la prueba de grabación al no haber sido citadas las personas que participaban en la conversación y no poder ser sometido a contradicción el contenido de la misma, que la forma de aportación de la prueba colocaba a las demandadas en situación de indefensión y que, en último caso, dicha prueba carece de trascendencia para la resolución de la acción ejercitada en la demanda, remitiéndose al contenido de la sentencia de esta Sala de 19 de enero de 2012.

Ayuntamiento de Málaga impugna este primer motivo del recurso de suplicación alegando que las conversaciones objeto de la prueba de grabación no fueron previamente transcritas, y que en ellas participaban personas que no fueron llamadas como testigos, con lo que se privó a las partes demandadas de la contradicción a la que tenían derecho.

El artículo 87.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece: "El Juez o Tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y determinará la naturaleza y clase de medio de prueba de cada una de ellas según lo previsto en el artículo 299 de la LEC y en la presente Ley". Por su parte, el artículo 90.1 de la LRJS dispone que las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba. En definitiva, si bien las partes pueden proponer todos y cada uno de los medios de prueba que se encuentren regulados en la Ley, el órgano judicial ha de resolver si las pruebas propuestas son o no pertinentes y, en este último supuesto acordará su inadmisión.

La prueba propuesta por el demandante y que se inadmitió consistía en una grabación de sonido en la que se contenían manifestaciones del demandante y de otras personas que no son parte en el procedimiento y que no habían sido citadas como testigos.

Es correcta la inadmisión de dicha prueba, ya que el proponente de la misma debió haber propuesto, además, la comparecencia como testigos de las personas que intervenían en la conversación grabada, a fin de que, tras ser debidamente identificadas las citadas personas, procedieran a deponer como testigos en la forma establecida en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con los artículos 360 a 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, no se puede practicar una prueba en forma diferente a la legamente establecida y, por ello, no cabe practicar una prueba testifical a través de un audio que contiene declaraciones de una determinada persona, sin cumplir las exigencias legales respecto a la práctica de dicha prueba testifical.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

La Sala, pues, con base en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020 [ROJ.STS 202/2020] desestima el motivo de suplicación formulado al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

TERCERO: Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el demandante solicita:

-La adición al hecho probado sexto de lo siguiente: <...El salario que corresponde al puesto de técnico medio educador en el Ayuntamiento de Málaga asciende a 31.210,18 euros brutos anuales>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 522 y 538 de las actuaciones.

-La adición al hecho probado vigésimo de lo siguiente: <...y extensión telefónica del Ayuntamiento 26894 -folio 395->. Basa su pretensión en el contenido de los folios 391, 395 y 472 a 474 de las actuaciones.

-La adición al hecho probado vigésimo cuarto de lo siguiente: <...donde se recoge que el actor no formó parte en ninguna de las actividades de apoyo a la dependencia y talleres de prevención para lo cual fue contratado>. Basa su pretensión en el contenido de los artículos 669 a 678 de las actuaciones.

-La adición al hecho probado trigésimo de lo siguiente: <...donde se compartía despacho con el personal del Ayuntamiento de Málaga -folios 366 a 369->.

-La adición al hecho probado trigésimo sexto de lo siguiente: <...no constando que con anterioridad se hubieran emitido ningunas instrucciones al efecto>. Basa su pretensión en el contenido de los artículos 891 a 894 y 982 a 985 de las actuaciones.

BCM Gestión de Servicios S.L. impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que las adiciones propuestas adolecen de los mínimos requisitos formales exigidos, lo que debe dar lugar a su desestimación.

DOC 2001 S.L. impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que las adiciones propuestas adolecen del cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia, ya que su contenido no se deduce de manera palmaria de los documentos en que se basan.

Ayuntamiento de Málaga impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que la adición propuesta al hecho probado sexto debe ser desestimada, ya que no era personal laboral del Ayuntamiento; que la adición propuesta al hecho probado vigésimo debe ser desestimada por ser intrascendente para la modificación del fallo de la sentencia, sin perjuicio de poner de manifiesto la confusa adición propuesta, a la luz del contenido del hecho probado décimo noveno y del tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida; que la adición propuesta al hecho probado vigésimo cuarto debe ser desestimada ya que se pretende incluir una valoración subjetiva que no se desprende de los documentos en que se funda; que la adición propuesta al hecho probado trigésimo debe ser desestimada porque sería contradictoria con la propia redacción del mismo; y que la adición propuesta al hecho probado trigésimo sexto debe ser desestimada porque se trata de una valoración subjetiva del demandante.



La adición propuesta al hecho probado sexto debe ser desestimada ya que su contenido se basa en una norma jurídica, sin perjuicio de que esa norma jurídica pueda ser tenida en cuenta en la fundamentación jurídica de la sentencia para razonar la estimación o desestimación de la acción ejercitada en la demanda.

La adición propuesta al hecho probado vigésimo debe ser desestimada ya que en la relación de correos electrónicos que figura en los folios 391 y 395 no aparece membrete o firma algunos; y que el correo remitido por el demandante a [REDACTED] el 5 de marzo de 2020 (folios 472 a 474) no avala la redacción alternativa propuesta y, en cualquier caso, es muy posterior al cese impugnado en la demanda.

La adición propuesta al hecho probado vigésimo cuarto debe ser desestimada ya que el correo electrónico remitido por [REDACTED] el 22 de marzo de 2019 (folios 669 a 678) al que se acompaña la Evaluación de las actividades de apoyo a la dependencia y talleres de prevención no avalan la misma, pues de dicha Evaluación no se desprende que la misma afectase a la totalidad de las actividades derivadas del contrato suscrito entre DOC 2011 S.L. y Ayuntamiento de Málaga.

La adición propuesta al hecho probado trigésimo debe ser desestimada porque las cuatro fotografías que figuran en los folios 366 a 369 no avalan la misma.

La adición propuesta al hecho probado trigésimo sexto debe ser desestimada porque los correos electrónicos remitidos por [REDACTED] a, entre otros, el demandante el 7 de mayo de 2019 (folios 891 a 894 y 982 a 985) no avalan, en absoluto su contenido que, además, encierra un hecho negativo.

CUARTO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 963/2016, de 8 de noviembre, y la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2016 -recurso 1686/2016-, ya que, aunque DOC 2001 S.L. tuviese actividad propia, todos sus medios se encuentran en la provincia de Sevilla, siendo la primer visita girada por el gerente de la misma el 10 de abril de 2019, no constando instrucciones del Ayuntamiento a dicha empresa antes de la presentación de la demanda, habiéndose levantado tan solo cuatro actas, incluidas las de inicio y final, a lo largo de dos años, tal y como se desprende del hecho probado décimo. Por otro lado, el demandante nunca ha realizado las funciones que fueron objeto de la contrata, y además no resulta lógico el control ejercido por el Ayuntamiento sobre ausencias, permisos, licencias u otras incidencias. Todo ello debe llevar a la declaración de que el cese del demandante es un despido improcedente, debiendo entenderse como fecha de antigüedad del demandante la de 28 de junio de 2010.

DOC 2001 S.L. impugna este motivo del recurso de suplicación remitiéndose a los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en los que se aprecia descentralización productiva y no cesión ilegal, habiendo procedido la empresa a un correcto seguimiento del desarrollo del contrato y al desarrollo de las funciones inherentes a su condición de empresa, teniendo recursos en Málaga aunque su domicilio social se encuentre en Sevilla





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Ayuntamiento de Málaga impugna este motivo del recurso de suplicación alegando que el recurso desconoce el contenido del detallado apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, que ha dado lugar a un minucioso razonamiento jurídico, en concreto, a la desestimación de la existencia de cesión ilegal, en el tercer fundamento de derecho. Cita en apoyo de dicha tesis las sentencias de esta Sala 1855/2017, de 8 de noviembre, 1955/2017, de 22 de noviembre, la de 5 de diciembre de 2018 -recurso 1105/2018- y 799/2020, de 3 de junio.

QUINTO: Tal y como se razona en la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2016 [ROJ: STSJ AND 1686/2016], citada en el recurso de suplicación, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia del Pleno de 26 de octubre de 2016 [ROJ: STS 4941/2016] ha analizado 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 supuesto objeto del presente recurso de suplicación, debe partirse de los siguientes presupuestos fácticos:

1.- El demandante ha sido contratado por DOC 2001 S.L. desde el 4 de septiembre de 2017 como educador social, en el marco del contrato "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 el Ayuntamiento y dicha empresa, prestación de servicios



que se prolongó hasta el 8 de agosto de 2019, fecha en la que percibía un salario diario incluida prorata de pagas extraordinarias, de 35,33 euros –hechos probados quinto, sexto, séptimo, décimo tercero, vigésimo segundo, vigésimo tercero y trigésimo séptimo-.

2.- Entre las funciones de los servicios sociales comunitarios del Ayuntamiento de Málaga no se encuentran los que fueron objeto del contrato suscrito entre Ayuntamiento de Málaga y DOC 2001 S.L. -hechos probados séptimo y décimo cuarto-.

3.- DOC 2001 S.L. tiene actividad y estructura propias, siendo la adjudicataria de diversos proyectos en las Áreas de Servicios Sociales de los Ayuntamientos de Málaga y Sevilla, y en la ejecución del contrato firmado con el Ayuntamiento de Málaga se han extendido actas de seguimiento del servicio, existiendo desde el inicio del contrato una programación de actividades a realizar, de las que fue informado el demandante -hechos probados octavo, décimo, décimo tercero, vigésimo segundo y vigésimo tercero-.

4.- DOC 2001 S.L. facilitó al demandante su correspondiente acreditación y le dio instrucciones acerca del horario a realizar y su correspondiente registro, recibía las solicitudes de vacaciones y permisos y decidía sobre los mismos, le proporcionaba el material necesario para su trabajo y le abonaba el kilometraje acreditado en sus desplazamientos; en la puerta del despacho en que prestaba servicios había un cartel indicador en el que se reflejaba que se trataba de personal de la misma -hechos probados vigésimo sexto, vigésimo octavo, trigésimo, trigésimo segundo, trigésimo tercero, trigésimo cuarto-.

5.- El demandante no disponía de cuenta de correo electrónico del Ayuntamiento de Málaga -hecho probado vigésimo noveno-

Pues bien, la Sala entiende, en base a los anteriores datos, que el demandante no fue objeto de cesión ilegal por parte de DOC 2001 S.L. a Ayuntamiento de Málaga, confirmando la decisión de la sentencia recurrida

En todo caso, el motivo de suplicación se basa en presupuestos fácticos que no aparecen reflejados en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, a saber, la inexistencia de funciones inherentes a la condición de empresaria de DOC 2001 S.L., la falta de visitas anteriores al 10 de abril de 2019 por parte del gerente de dicha empresa, inexistencia de informe de las actividades a realizar por dicha empresa así como inexistencia de valoración de las mismas, en ambos casos anteriores a la presentación de la demanda, falta de contenido material en las cuatro actas de seguimiento extendidas, y no realización por el demandante de función alguna que fuese objeto del contrato celebrado entre DOC 2001 S.L. y Ayuntamiento de Málaga

Por otra parte, en el recurso no se combate la decisión de la sentencia recurrida de entender caducada la acción para exigir la existencia de cesión ilegal del demandante respecto del resto de empresas codemandadas, con lo que debe desestimarse de plano la pretensión del demandante de que se le reconozca una antigüedad de 28 de junio de 2010, pretensión explicitada en los cuatro últimos párrafos del motivo de suplicación formulado al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Los anteriores razonamientos conducen a la desestimación del recurso de suplicación y a la confirmación de la sentencia recurrida.

FALLO

I.- Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número diez de Málaga, de 19 de marzo de 2020, dictada en el procedimiento 941-19.

II.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Librese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"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."



