



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA
Avenida Manuel Agustín Heredia nº 16 2ª planta

N.I.G.: 2906734420211000031

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 793/2021

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MÁLAGA

Procedimiento origen: Despidos 860/2019

Recurrente: [REDACTED] y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

Representante: IRENE PODADERA ROMEROS, J. AYUNT. MÁLAGA

Recurrido: CLECE S.A., DOC 2001 S.L., ANCYSA GESTION SOCIOCULTURAL S.L. y MINISTERIO FISCAL

Representante: FRANCISCO SANCHEZ ORTIZ, MANUEL PEREZ PEREZ y INMACULADA GUERRERO CABEZAS

Sentencia Nº 1002/2021

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,
ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ**

En la ciudad de Málaga a nueve de junio de dos mil veintiuno.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por [REDACTED] y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MÁLAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Itma Sr. /Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, CLECE S.A., DOC 2001 S.L., ANCYSA GESTION SOCIOCULTURAL S.L. y MINISTERIO FISCAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 23/03/2020 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



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 201 7)

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 [REDACTED], 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 Campañillas, 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 [REDACTED] 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 31/08/201 7 (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 [REDACTED] 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.

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 2017/201 8. (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).

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 [REDACTED] 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 tenia asignada una dirección de correo electrónico identificada como



[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 , [REDACTED] comunica que el personal municipal debe enviar las propuestas de vacaciones a a [REDACTED] 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] (folio 592)

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

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])

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante y demandada (AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA), recurso que formalizaron, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La demandante ejercitó en la demanda originadora del presente proceso acción de despido y que se declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre el Ayuntamiento de Málaga y la empresa demandada, que obtuvo suerte favorable parcial en la instancia al declarar la sentencia recaída la existencia de cesión ilegal de trabajadores, si bien declarando el despido improcedente con las consecuencias derivadas fijando la indemnización por despido en 6.400 €, pero no despido nulo por las razones que expone.

SEGUNDO: Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta, formula el Ayuntamiento de Málaga Recurso de Suplicación, articulando un motivo dirigido a la revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un motivo de censura jurídica por el cauce del párrafo c) del art. 193 de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe los arts. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores y doctrina judicial que cita, realizando diversas alegaciones y solicitando la absolución del Ayuntamiento de Málaga al afirmar que no existe cesión ilegal de mano de obra sino contrata lícita entre ambas demandadas al amparo de dicha norma.

Asimismo, formula la parte actora Recurso de Suplicación, articulando un motivo dirigido a la revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un motivo de censura jurídica por el cauce del párrafo c) del art. 193 de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe el art. 26.1, 53.4, 56.1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores y 14, 15 y 24.1 de la Constitución española, realizando diversas alegaciones y solicitando que se declare el despido nulo con las consecuencias derivadas atendiendo a un salario regulador del despido de 99,39 € diarios e indemnización por despido de 6.560,31 €.

TERCERO: En el primer motivo del Recurso de Suplicación que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente Ayuntamiento de Málaga la modificación de los hechos probados



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

10, 14, 15, 19, 22 y 29, y la adición de un nuevo hecho probado, con la redacción respectiva, que se dan por reproducidas, y en base a la documental que cita, de forma que recoja:

1.- en el hecho probado 10, "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)

La dirección de correo electrónico que usaba la [REDACTED] era la genérica [REDACTED] y, según consta en la búsqueda de usuarios del directorio del Centro Municipal de Informática, la misma corresponde a "usuario personal externo" (folio 466)"

2.- en el hecho probado 14, "Con fecha 14/06/2018 se remite mail proponiendo reunión entre los trabajadores y el coordinador de la empresa DOC 2001, S.L. [REDACTED] para tratar diversas cuestiones de índole laboral: horas extras, presupuesto de materiales, kilometraje, remisión de datos de permisos y vacaciones, ... (folios 468 y 469)

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

3.- en el hecho probado 15, "En fecha 30/05/2019 la demandante inicia un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con diagnóstico: trastorno depresivo. (f.505), constando la comunicación por ésta de la baja y sucesivos partes de confirmación a la empresa DOC 2001, S.L. (folios 309 a 321), circunstancias que consta reflejada en sus nóminas de los meses de junio, julio y agosto de 2019 (folios 204 a 206).

Igualmente constan varias comunicaciones efectuadas por la [REDACTED] a la empresa DOC 2001, S.L. en relación a otras ausencias previas con motivo de su asistencia a consultas médicas (folios 279 y siguientes)"

4.- en el hecho probado 19, "La demandante disponía de certificado personal de acceso al sistema SIUSS-UTS válido entre 27/01/2016 a 27/01/2020, Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía y el Gobierno de España"

5.- en el hecho probado 22, "En enero de 2017 y septiembre de 2018 desde el Ayuntamiento se organizan diversas jornadas formativas a las que se invita a diversos profesionales de SSCC, no exclusivamente personal municipal, entre los que se encuentra la [REDACTED]

El 29/05/2018 ha intervenido en el V Encuentro de Equipos de Tratamiento Familiar de la provincia de Málaga (f. 868 a 87).

La actora ponía en conocimiento de la empresa DOC 2001 S.L. su asistencia a las actividades formativas a las que acudía (folios 280, 281, 285, 292 y 296)"

6.- y en el hecho probado 29, "La demandante, al igual que sus compañeros, estaban autorizados al uso del vehículo municipal Peugeot 307 -(folio 464), previa autorización expresa de la empresa DOC 2001, S.L. (folio 465)"

7.- y en el nuevo hecho probado, "La empresa facilitó a la trabajadora acreditación donde figura el logotipo de la empresa, su nombre, puesto desempeñado, centro de trabajo y nº expediente, y 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" (folios 224 y siguientes)"-

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien



corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Asimismo, se ha declarado que no puede pretenderse que el Tribunal Superior entre a efectuar una nueva valoración de la globalidad y conjunto de la prueba practicada, pues el juicio valorativo sobre la globalidad y conjunto de la prueba practicada corresponde en exclusiva al Tribunal "a quo", puesto que así le viene atribuido por Ley, y, en última instancia, en caso de duda acerca de las conclusiones fácticas que han de extraerse en el examen y valoración de un documento, como también pretende la parte recurrente, en la medida en que de su lectura puedan sacarse conclusiones contradictorias o incompatibles entre sí, debe prevalecer la conclusión fáctica sentada por el juzgador en virtud de la naturaleza excepcional del propio recurso que impide la valoración "ex novo" por el Tribunal Superior de la globalidad y conjunto de la prueba.

Y la revisión pretendida por la parte recurrente Ayuntamiento de Málaga no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia a los fines del fallo como se verá, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante.



Ello es así, pues no existe documento que evidencie el error del juzgador de manera clara y directa y patente y sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables como las que realiza la parte recurrente, siendo así además que en todos los casos los documentos invocados fueron tenidos en cuenta y valorados por la magistrada de instancia que llegó a la conclusión fáctica que ahora se impugna, como fruto de la valoración de la prueba practicada en uso de la facultad concedida en base al principio de inmediación sin que el recurrente logre demostrar por prueba hábil el error del juzgador.

En definitiva, no cabe por lo dicho anteriormente sobreponerse a la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo que no queda desvirtuada por las alegaciones que la parte recurrente realiza, que pretende con sus alegaciones una construcción de los hechos probados y una valoración de la prueba practicada subjetiva del impugnante que no se sobrepone a la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo, al no evidenciarse por medio probatorio hábil y eficaz en esta vía error en dicha la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

CUARTO: Impugna la parte recurrente la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga la declaración de la existencia de cesión ilegal de mano de obra, solicitando la absolución de la demanda contra la misma interpuesta, y por ello la cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en dicho Recurso de Suplicación se centra en determinar si existe o no la cesión ilegal de mano de obra discutida, que mantiene la parte actora y declara la sentencia recurrida, y niega la parte recurrente Ayuntamiento de Málaga.

Sobre el tema litigioso de la cesión ilegal de trabajadores ya se ha pronunciado la Sala en reiteradas sentencias, y así, entre otras, en la Sentencias dictadas en Recurso de Suplicación nº 892/15, 1136/17, 2115/17 y 628/18 y 1861/19.

En relación con dicha figura de la cesión ilegal de trabajadores, el precepto que se invoca como infringido art. 43 del del Estatuto de los Trabajadores dispone que "1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. 4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

La doctrina unificada del TS ha examinado los límites de las facultades empresariales de producción por medio de la contrata y los rasgos diferenciales entre la actuación lícita y la ilegal, cuyas conclusiones deben ser aplicadas a los hechos que se declararon probados en el presente



litigio para determinar si en el supuesto de Autos se produjo una lícita contrata o se acudió al mecanismo interpositorio con los efectos de la cesión ilegal.

Así el TS, entre otras, en la Sentencia de 17 diciembre 2001 RJ 2002\3026, en RCUD núm. 244/2001 ha declarado que „Respecto al límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que, como declaró la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\8531) (Recurso 3724/1993), «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET (RCL 1980\607; ApNDL 3006) cuando se refiere a la contratación o subcontratación para „la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa“, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa. Acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora, es la contrata a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que impone al empresario principal unas obligaciones respecto a personas con las que no ha contratado, estableciendo un régimen de excepción al mandato del art. 1257 del Código Civil, que limita a las partes la eficacia de los contratos. Mas siendo una importante excepción del sistema civil de contratación, no se precisa que deba entenderse por «contrata», término que no corresponde a ninguna de las categorías tradicionales en el ámbito del Derecho privado, lo que dificulta la calificación. La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los arts. 1588 y 1583 del Código Civil realizados a través de una empresa. Por otra parte el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la cesión de mano de obra, con la salvedad de la contratación a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Pero ninguno de los dos preceptos estatutarios fijan los límites entre una y otra institución: lícita contrata de obras y servicios, frente a ilegal cesión temporal de trabajadores. Y esta línea divisoria ha ido siendo precisada, en cada caso, por una doctrina jurisprudencial, fruto de una larga evolución que ha ido cercenando las conductas abusivas. En una primera fase se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente. En este sentido se pronunciaron, entre las más recientes, las sentencias de 17 julio 1993 (RJ 1993\5688) y 18 de marzo de 1994 (RJ 1994\2548). La de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\7586), apreció la existencia de una contrata (no cesión ilegal) por concurrir datos que acreditan la realidad y funcionamiento de una empresa y no la mera apariencia de un contratista, pues se acreditó que éste «tiene patrimonio propio, domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios, y que incluso en el ejercicio de su actividad mercantil presta servicios de forma regular a otras empresas distintas». Mas, a partir de la sentencia de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352), se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues, como resolvió la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315), «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial». La Sentencia de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5688) señalaba que «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina



con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» y concluía en aquel caso que quién en principio aparecía como empresario de las actoras en aquel proceso, en realidad no ostenta tal condición, pues no le pertenecían los medios materiales que integraban la explotación, incluidos sus aparatos y accesorios, sino que además carecía por completo de facultades de decisión y disposición sobre ellos. Por otra parte el contratista no asumía riesgo alguno propio del carácter de empresario. Sus ingresos consistían en una cantidad fija mensual, sin estar expuesto a disminuciones o aumentos sustanciales de la misma. En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2001 (Recurso 2142/2000). Ciertamente es que, en empresas de actividad simple esta puesta a disposición de organización de elementos personales y materiales queda reducida a mínimas aportaciones, como ocurre en las empresas de limpieza y vigilancia, aceptándose que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza“.

En resumen como se ha dicho, y declaran, entre otras, las Sentencias de la Sala dictadas en Recurso de Suplicación nº 1396/03, 221/2004 y 363/2006, conforme a la jurisprudencia citada, para apreciar una cesión de trabajadores frente a la modalidad de contratación de obras y servicios prevista en el art. 42 ET o su equivalente administrativo como en definitiva aduce la recurrente, es preciso que se evidencie que la aplicación de este tipo contractual encubre en realidad un negocio puramente interpositorio, para lo que se precisa el casuístico y exhaustivo examen de las condiciones en que la contrata se realiza, así señalaba la STS 17 enero 1991 que la prohibición que establece el art. 43 ET en ocasiones se pretende eliminar con la celebración simulada de contrata o subcontratas, lo cual obliga a profundizar sobre las condiciones reales bajo las que éstas se celebran y esencialmente en las que se desarrollan, a fin de obtener conclusión en cada caso respecto a si existe lícito negocio jurídico o cesión prohibida, todo lo cual exige analizar las circunstancias concretas de cada caso.

Y así en el caso que se analiza en la Sentencia dictada en Recurso de Suplicación nº 363/2006, se concluye por la Sala que “Sentado lo anterior, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso que se reflejan en el relato de hechos probados, del que se concluye como razona la Juzgadora de instancia que pese a la existencia sucesivos contratos temporales y en el ordinal décimo que durante toda la relación laboral desde el año 2000 el actor no ha realizado apenas funciones de animador sociocultural sino de administrativo teniendo su mesa ubicada junto al despacho de la Directora del Distrito este realizando funciones similares a las de la secretaria que es funcionaria de ayuntamiento, realizando partes de averías, de inundaciones, relación con la policía local, con la Mutua Fremap, atención al concejal del distrito, redacción de escritos que firmaba la directora así como solicitaba a la misma las vacaciones que ésta le comunicaba a la empresa, que tenía los mismos horarios que los funcionarios, que recibía ordenes de los jefes de personal del Ayuntamiento de Málaga, que el Ayuntamiento proporcionaba los medios materiales de trabajo al actor, no puede concluirse como pretende el Ayuntamiento de Málaga recurrente que por aquella se haya hecho indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 43 ET y no aplicación de su precedente pues existió una cesión ilegal de mano de obra a diferencia de otros casos como el de la Sentencia de la Sala nº 274/2006 de 26-1-06 en Recurso de Suplicación nº 2217/2005 en el que se deducía una dependencia organizativa de la empresa contratista y no como en éste en el que de dicho relato de probados intacto obtenido por la valoración por la magistrada de instancia de la prueba practicada se deduce que dicha dependencia e integración organizativa y jerárquica se producía con el Ayuntamiento de Málaga a través de los respectivos jefes y Directora de la Junta de Distrito que decidían las condiciones de trabajo,



horario, vacaciones, funciones y otras del demandante, lo que aboca al fracaso de este motivo y del Recurso de Suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga recurrente”.

QUINTO: Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, la Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación debe llegarse a igual solución, y debe afirmarse que existe la cesión ilegal de mano de obra pretendida por la parte demandante y declarada en la sentencia recurrida respecto de la parte recurrente la empresa demandada el Ayuntamiento de Málaga, pues no otra cosa debe concluirse dadas las circunstancias fácticas intactas que se exponen en los hechos probados y Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida.

Así se concluye por la magistrada de instancia en los Fundamentos de derecho, de forma no desvirtuada por la parte recurrente, y con base a todas las circunstancias expuestas en los hechos probados 18 a 31, sobre la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y dado que la demandante ha intervenido en jornadas formativas, fuera del ámbito de la dependencia, organizadas por el Ayuntamiento, actas de coordinación, protocolos de derivación, acuerdos de colaboración entre servicios sociales y programa Caixa pro infancia, taller de mujeres, comisión de absentismo, excluidas de la contrata, y que forman parte de la actividad propia del Ayuntamiento de Málaga en materia de servicios sociales y dirigidas por personal del Ayuntamiento de Málaga, siguiendo la sentencia recurrida con ello el criterio expuesto en sentencias de esta Sala.

Sentado lo anterior, a la vista de tales circunstancias concurrentes en el presente caso que se reflejan en el relato de hechos probados y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, no puede concluirse como pretende la parte recurrente que por la magistrada de instancia se haya hecho indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 43 Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al concurrir los requisitos expuestos y exigidos para su apreciación, al tratarse de supuesto en el que la trabajadora estaba inmersa en el ámbito de dirección y organización del Ayuntamiento de Málaga recurrente como se deduce de los hechos probados.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso del Ayuntamiento de Málaga con confirmación de la sentencia en este punto, pues la Sala entiende que es acertada la solución adoptada por la sentencia recurrida, y se acomoda a las normas reguladoras y a la doctrina judicial que cita, y ser ajustada a dichas normas y doctrina judicial que cita, la declaración de cesión ilegal de mano de obra, y, en consecuencia, debe desestimarse el Recurso de Suplicación del Ayuntamiento de Málaga y confirmarse la sentencia que declara la cesión ilegal de mano de obra, si bien debe recordarse, como la Sala ha declarado reiteradamente, que, en su caso, la parte actora es trabajador indefinido no fijo del Ayuntamiento de Málaga en los términos expuestos en la sentencia recurrida, por virtud de la cesión ilegal de mano de obra declarada, y por ello con el contenido propio de tal cualidad de indefinido no fijo, es decir, como declaran las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1111/2014, 1033/2016 y 1325/2016. 1562/16 y 290/2018, y como respecto de todos los trabajadores indefinidos no fijos del Sector público, hasta *la obligada provisión legal y regular de la plaza mediante la convocatoria de los correspondientes concursos públicos de selección*



regidos por los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, o hasta que concorra otra causa de extinción y no siendo suficiente ya la simple amortización de la plaza como declara la STS de 24/06/2014 en RCUD 217/2013 2013 y de 12/05/2015 en RCUD 1080/2014, en criterio al que se acomoda este Magistrado ponente no obstante el Voto particular formulado en el Fundamento de derecho 5 de la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1136/17 Roj: STSJ AND 10253/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:10253.

SEXTO: El criterio del vencimiento previsto en el art. 235.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, impone la condena en costas a la empresa recurrente Ayuntamiento de Málaga que no goza del beneficio de justicia gratuita.

SÉPTIMO: Igual suerte desfavorable merece el motivo de censura jurídica del Recurso de Suplicación de la parte actora, reclamando la declaración de despido nulo con las consecuencias derivadas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad.

Tal cuestión ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en las sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 1434/10, 678/11, 1469/13, 260/14, 2087/16, 2289/17 y 2267/19, con razonamientos de aplicación al presente caso y que se dan por reproducidos, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

Y, en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación, los indicios alegados expuestos en los hechos probados han sido desvirtuados al estar motivada la decisión impugnada en la extinción de la contrata, como se declara, para caso similar, con razonamientos de aplicación al presente caso, en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1582/17 y 546/2021 al razonar que “con aplicación de los expresados preceptos y doctrina judicial, y, del examen de las alegaciones y circunstancias fácticas concurrentes expuestas en los hechos probados intactos al fracasar la revisión de los hechos probados interesada, la Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación concurre la situación objetiva exigida legalmente acreditada, pues, constando como hechos probados como en los Fundamentos de derecho, que “resulta probada la extinción del contrato que mantenía CEMOSA con la Empresa Municipal de Iniciativas y Actividades Empresa de Empresariales de Málaga SA , en concreto el contrato de servicio de asistencia técnica para trabajos auxiliares de diseño gráfico y gestión de archivo de oficina para la coordinación de infraestructuras básicas del Ayuntamiento de Malaga, en el que el actor ha venido prestando servicios , y no acreditada circunstancia excepcional , como ha resuelto el TS en la sentencia citada , justifica la extinción del contrato por causas objetivas”, y con ello como se afirma en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida la pérdida de la contrata por parte de la empresa Cemoso, como para caso similar se declara en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2.556/08 y 266/15, pues, como en aquella sentencia de la Sala se dijo para caso similar y como se declara en STS citada en la sentencia recurrida de 1-2-17, siendo cierta y constando como hecho probado intacto por inatacado la existencia de la pérdida de un cliente importante para la empresa demandada dicha situación es suficiente para justificar la decisión extintiva por causa objetiva acordada al haberse producido el citado desajuste entre el volumen de actividad y el personal contratado.” , a lo que se une como declara la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 491/15 que no existe relación de causalidad, o como declara la sentencia de la Sala, entre



otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 969/18 que no existe conexión temporal con la decisión de despedir.

Por todo ello, no puede calificarse como nulo el despido acordado por la empresa como pretende la parte actora recurrente pues tal efecto de nulidad sólo puede declararse y está reservado para los supuestos específicamente establecidos por el legislador en el párrafo 5º del art. 55 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuando el despido "tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador" y no puede extenderse al caso del cese analizado ni puede entenderse que este cese pueda incluirse dentro de los indicados supuestos, y al no tratarse tampoco de alguno de los casos contemplados y adicionados por la Ley 39/99 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ni existir una vulneración del derecho a la indemnidad ni indicios de vulneración de derechos fundamentales, por lo que la pretensión de nulidad del despido no puede ser acogida al no aparecer vulnerados derechos fundamentales ni venir determinada la decisión de la empresa por el designio de conculcar dichos derechos, siendo para ello insuficientes las afirmaciones y alegaciones de la parte actora y recurrente, por lo que no puede declararse la nulidad del despido pedida.

Por ello, procede desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO: Sin embargo, la pretensión deducida por la parte recurrente de mayor salario regulador del despido e indemnización por despido debe alcanzar éxito, pues la parte actora aportó al acto del juicio como prueba documental las tablas salariales para 2019, y por ello se encuentra incorporada al objeto del juicio la determinación del salario regulador del despido, apareciendo como tal el salario previsto para técnico superior del Ayuntamiento en 2019, categoría Al nivel 22, asciende a 36.280,48 euros brutos/año, y de 99,39 € diarios, estando recogido además en el hecho probado 17 de la sentencia recurrida, y tal salario regulador del despido dividido entre 365 arroja el resultado postulado de de 99,39 € diarios.

Y efectuado el cálculo de la indemnización por despido, con arreglo a la hoja del CGPJ, arroja el resultado siguiente:

Fecha de inicio: 04/09/2017

Fecha de finalización: 31/08/2019

Número de días: 727

Número de meses: 24

Salario bruto: Anual

Importe: 36280,48

Salario diario: 99,40

Indemnización por despido - Salario diario x meses x 2,75= 6560,31.



En consecuencia, y por ello, procede estimar parcialmente el Recurso de Suplicación de la demandante en el único sentido de que declaramos que el salario regulador del despido asciende a Salario diario de 99,39, y la indemnización por despido a 6560,31, manteniendo la sentencia en el resto de sus pronunciamientos

NOVENO: Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, y debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por la demandante [REDACTED] contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº SEIS de MÁLAGA de fecha 23/03/2020, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, CLECE S.A., DOC 2001 S.L., ANCYSA GESTIÓN SOCIOCULTURAL S.L. y MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO, y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia recurrida en el único sentido de que declaramos que el salario regulador del despido asciende a Salario diario de 99,39, y la indemnización por despido a 6.560,31, manteniendo la sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Se condena a la empresa recurrente el Ayuntamiento de Málaga al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales del Letrado o Graduado social colegiado de la parte impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 1200 euros, y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Así por esta nuestra sentencia 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."