



SENTENCIA nº 297/2019

En Málaga, a veinticinco de Junio de dos mil diecinueve.

Vistos por D^a Victoria Gallego Funes , Magistrada del Juzgado de lo Social nº Seis de Málaga, los precedentes **autos número 920/2018** seguidos a instancia de [REDACTED] (DNI nº [REDACTED]) representada por Letrado Sr. Ramos Muñoz de Toro, frente a la entidad **BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L.** (B29831112), representada por Graduado Social [REDACTED]; **NEVENTOS MALAGA, S.L.** (B92636968) , representada por [REDACTED] **CLECE, S.A.** (A- 80364243) representada por Letrado Sr. Martínez Torres y **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado por Letrada Sra. Sr. Perniá Pallares sobre **DESPIDO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 29/09/2018 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se señaló día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio para el día 17/12/2018, que fue suspendido por falta de citación de una de las codemandadas; siendo señalado nuevamente para el 04/06/2019, al que comparecieron las partes en la forma indicada en el encabezamiento . En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda. Por su parte, las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones esgrimidas de contrario, en los términos que constan en la





videograbacion. 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 y habiendo sido impugnada por la parte actora por falsedad determinados documentos, se confirió a la parte actora plazo para acreditar ante este Juzgado la formulación de querella.

En conclusiones las partes sostuvieron sus respectivas pretensiones interesando de este Juzgado el dictado de una Sentencia de conformidad con sus pedimentos formulados.

TERCERO.- Transcurridos 8 dias sin justificar la interposición de querella , por providencia de 08/06/2019 se alza la suspensión del procedimiento, n quedando los autos pendientes de dictar sentencia mediante providencia de fecha 21/06/2019..

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para la entidad BCM Gestión de servicios SL como técnico de apoyo/ administrativo , con antigüedad reconocida desde 01/03/2017 y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 1.108,74 euros, prestando servicios en el Area de Participación Ciudadana y Voluntariado del Ayuntamiento de Málaga, siendo la relación laboral de carácter indefinido.

(documentos nums 1, 4,5 y 8 de BCM)

SEGUNDO.- En fecha 11/06/2018 por el Juzgado de lo Social nº 5 de esta ciudad , autos 116/2018 se dicta sentencia en procedimiento sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por la que se desestima la demanda formulada por la actora frente al Ayuntamiento de Málaga y la entidad BCM Gestión de Servicios , S.L. . en cuyos hechos probados se establece:

“1. [REDACTED] con documento nacional de identidad número [REDACTED] viene prestando servicios de apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del área de participación ciudadana , inmigración y cooperación al desarrollo con la categoría reconocida de auxiliar administrativo percibiendo un salario de 1.108,36 .





“2.- Que por el Ayuntamiento de Málaga se ha ido adjudicando a diversas empresas el “ servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del área de participación ciudadana , inmigración y cooperación al desarrollo a distintas empresas : BCM Gestión de Servicios S.L, Neventos Málaga S.L (Expediente 112/09), contrato firmado el 17 de agosto de 2010 ,a CLECE S.A (expediente 91/12) y mediante contrato de fecha 4 de septiembre de 2015 (expediente 75/015) a BCM Gestión de Servicios S.L por un plazo de duración de dos años que ha sido prorrogado .

3.- La actora ha suscrito contratos temporales con dichas empresas: el 1 de marzo de 2007 con BCM causando baja el 16 de agosto de 2010 . El 17 de agosto de 2010 con Neventos Málaga S.L con baja el 16 de agosto de 2013 . El 17 de agosto de 2013 con CLECE S.A con baja el 16 de agosto de 2015 y el último con fecha 5 de septiembre de 2015 con BCM Gestión de Servicios S.L con la categoría de auxiliar administrativo de participación , con una jornada de 40 horas semanales , siendo el objeto “ SERVICIO DE APOYO TÉCNICO EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO DE ESTA ÁREA. ÁREA DE PARTICIPACIÓN AYTO MÁLAGA. En el contrato se expresó “Como quiera que la Empresa ha resultado adjudicataria por parte del Excmo Ayuntamiento de Málaga., de la ejecución del SERVICIO DE APOYO TÉCNICO EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, INMIGRACIÓN Y COOPERACION AL DESARROLLO DE ESTA ÁREA. ÁREA DE PARTICIPACIÓN AYTO MÁLAGA .

Según N°EXTE 75/15, la prestación laboral del trabajador/a se realizará para desarrollar y/o ejecutar tales actividades desempeñando la categoría profesional que se indica en el contrato de trabajo. La realización de los trabajos aludidos se extenderá por igual espacio de tiempo que el de la duración o vigencia del contrato de servicios.

4.- Las funciones que ha realizado la actora entre otras son en materia de Registro de Asociaciones: atender e informar a los ciudadanos (presencial y telefónicamente y a través del correo electrónico) de los trámites y documentos necesarios para la inscripción de una entidad, recepción de solicitudes, revisión de los expedientes y generación de la documentación para el registro, así como de los beneficios que dicho registro produce. Gestión de las bajas de este registro, las modificaciones de cualquier





información, el archivo físico de los expedientes y la base de datos donde se almacenan todos estos registros. Emisión de certificados de actos registrales a entidades y otros organismos (internos y externos) y elaboración de listados de entidades y participación en talleres del aula de formación ciudadana .

5.- Que en las reuniones de la comisión mixta integrada por BCM Gestión de Servicios S.L y por el área de participación ciudadana del Ayuntamiento de Málaga para el seguimiento de los servicios de apoyo técnico en materia de participación ciudadana , inmigración y cooperación al desarrollo, consta en el acta nº 3/2017 de 13 de julio , con ocasión de la prórroga del contrato lo siguiente :“ toma la palabra la Directora General del área informando de las dificultades, observaciones y nuevas directrices que en materia de contratación van surgiendo en el día a día respecto a las prestaciones de servicios, así como específicamente para la continuidad de este servicio en su prórroga donde, siguiendo las indicaciones técnicas y jurídicas realizadas al respecto en la Junta de Gobierno Local, será necesario realizar ajustes en la gestión del mismo, sobre todo en cuanto a funciones y ubicación del personal que presta el servicio, pues la indicaciones que se nos han realizado van en la línea de que la prestación sea en las dependencias de la empresa y que las funciones a realizar por parte del personal de la misma no sean administrativas por ser éstas propias de las realizadas por el personal municipal, asimismo los recursos materiales necesarios para la prestación del servicio deben ser puestos a disposición por la adjudicataria.

Se plantea la necesidad de que el personal esté correctamente identificado (cosa que ya se cumple) y un posible cambio de ubicación a las instalaciones de la empresa, si bien se estudia y considera al no tratarse de un contrato nuevo sino de una prórroga la opción de prestarse el servicio desde espacios y despachos diversos, en otra planta del módulo, Asimismo, todo ello conllevará un cambio de funciones en algunos casos centrándose sobre todo en las relaciones de fomento y atención a las asociaciones.

También se comenta por parte de la empresa que se va a asignar al personal un correo electrónico corporativo y que actualmente no es posible dotarlos de equipos informáticos, ya que no estaba previsto en el pliego y supone un coste importante no asumible en el momento actual al tratarse de una prórroga. Igualmente se insiste en que todas las relaciones y directrices al personal se realizan a través de la empresa BCM, como hasta ahora se ha venido haciendo siendo la coordinadora la que comunica todas las incidencias al área para su conocimiento. Dado que la prórroga





se inicia en septiembre, se plantea por parte de la Dirección del Área, asistir a la reunión que la empresa establezca con sus trabajadores en dicha fecha, para informar oficialmente de las modificaciones que deban realizarse.” Con fecha 27 de octubre de 2017 (nº 4/2017) se tomó la decisión de “ modificación , actualización y adecuación de tareas y funciones de los trabajadores de la empresa BCM , que actualmente están desarrollando el servicio “, acordándose “ que se va a realizar, por parte del Área, un documento con las nuevas necesidades y por lo tanto adaptar el plan de trabajo a desarrollar del personal de apoyo, que se enviará a BCM antes del próximo 30 de noviembre. BCM comunicaría este cambio de tareas a su personal asignado para este servicio en una reunión que mantendrá más adelante”.

6.-La actora junto con otros compañeros presentaron el 3 de noviembre de 2017 reclamación previa ante el Ayuntamiento solicitando se reconozca el carácter laboral indefinido de la relación laboral .

Con posterioridad presentaron demanda contra el Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L, Neventos Málaga y Clece SA , en la que se alega que había existido una cesión ilegal de trabajadores solicitando se reconozca el carácter laboral indefinido de la relación laboral con el Ayuntamiento de Málaga ,dicha demanda fue admitida a trámite por decreto de fecha 22 de enero de 2018 del Juzgado de lo Social nº 10 de esta ciudad .

7.- La actora sigue realizando las mismas funciones en los talleres de formación ciudadana y en cuanto al registro municipal de asociaciones y entidades las asociaciones han de registrarse telemáticamente ante dicho registro , tramitándose un expediente digital que es gestionado por funcionarios públicos ,la actora desde finales de 2017 y primeros de 2018 sigue apoyando en funciones de atención, información y asesoramiento sobre asociacionismo, constitución de asociaciones y gestiones a realizar ante el registro, mantenimiento y actualización de la base de datos Access del RMAE y comprobación de sus datos mediante llamadas telefónicas a las asociaciones y entidades, revisión de la documentación que deben poseer las entidades para asesorar adecuadamente a las mismas. Información al usuario sobre entidades inscritas, datos públicos de las mismas, listados, etc, mantenimiento continuo, actualización y ordenación del archivo físico de los expedientes del RMAE de acuerdo a la Base de Datos que lo gestiona.

A raíz de la campaña puesta en marcha sobre “Actualización de datos”, “ACTUALÍZATE”, la actora realiza esta labor de difusión e información de las ventajas de tener actualizados los datos de las asociaciones y





entidades de manera presencial o telefónica además de estar difundida en la Web del ayuntamiento. Para ello debe contactar con dichas entidades personal, telefónica o telemáticamente a fin de informarles de dicha necesidad e instándoles a presentarlo en Sede Electrónica.

8.- El 22 de noviembre de 2017 se le comunicó que pasaría a desempeñar su trabajo en una Sala de la planta baja del Edificio Municipal en vez de la primera planta de dicho edificio .

9.-La actora tenía un correo electrónico autorizado desde el centro informático municipal [REDACTED] y desde enero de 2018 se le ha creado por BCM uno nuevo . “

Se da por reproducido el contenido integro de la sentencia al constar aportada por la defensa de BCM como documento nº 1.

TERCERO.- La demandante prestó servicios para las empresas codemandadas CLECE, S.A y NEVENTOS MALAGA, S.L. en en el ámbito de las contratas formalizadas por dichas empresas con la corporacion demandada identificadas con los números 112/2009 y 91/2012 , aportados por el Ayuntamiento como documentos 14 y 13 , y cuyco contenido se da por reproducido.

CUARTO.- El 04/09/2015 el Ayuntamiento y la entidad BCM Gestión de Servicios SL suscriben contrato administrativo , cuyo contenido se da por reproducido.

La actora prestaba servicios en el ámbito del contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad BCM Gestión de Servicios, S.L. nº 75/2015 suscrito el 04/09/2015 , a tenor del pliego de condiciones económicos administrativas y técnicas , prorrogado por un año desde 05/07/2017.

En fecha 22/10/2015 el Ayuntamiento comunica a la supervisora [REDACTED] (empleada de BCM) Protocolo de Actuación en el Area de participación ciudadana.

El pliego de condiciones técnicas requiere en su condición 5ª, como solvencia técnica la aportación de un equipo de 7 profesionales, que conste de un licenciado en ciencias económicas, un licenciado en derecho, un diplomado en trabajo social y tres profesionales de apoyo técnico. Deberá contar con dos ordenadores portátiles, una impresora multifunción, tres teléfonos móviles y una cámara fotográfica. En su condición 6ª exige que cuente con un coordinador del servicio actuar como interlocutora,





impartir instrucciones y entregar informe de incidencias y una comisión mixta de seguimiento para fiscalizar la ejecución del servicio, de reunión semestral, de composición bilateral, para evaluar las incidencias y fiscalizar la prestación de servicios. Las competencias de la coordinadora y comisión mixta están enumeradas en la condición 6ª, F.440 que se da por reproducida.

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

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

(documentos nums 10 a 14 del ramo de prueba de BCM y documento nº 4 del Ayuntamiento)

QUINTO.- Mediante carta datada el 17 de agosto de 2018 la entidad BCM Gestión de Servicios SL (en adelante, BCM) comunica a la demandante su despido objetivo basado en causas económicas, organizativas y productivas, que conducen a la necesidad de amortizar su puesto de trabajo dado que el 4 de septiembre de 2018 se extingue el contrato que la empresa tiene con el Exmo. Ayuntamiento de Málaga en expediente 75/2015 consistente en: Servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana inmigración y cooperación al desarrollo de esta área. Dada su finalización se indica que sus funciones en el seno de aquel contrato no se pueden amortizar en otro puesto, lo que es causa productiva y organizativa sin perjuicio de que también es económica la perder el precio de dicho contrato por 589.368,82 euros. La fecha de efectos es 4 de septiembre y se ponen a su disposición la cantidad de 8.631,79 euros. Dicha indemnización fue transferida el mismo día .

Se da por reproducido el contenido integro de la carta al haber sido aportada por la parte actora como acompañada a la demanda y documento nº 3 de BCM)





SEXTO.- Llegado el 4 de septiembre de 2018 finalizó el año de prórroga de la contrata 75/2015 como consecuencia de ello la empresa BCM Gestión de Servicios SL. se dejó de prestar servicios en la citada contrata. (no controvertido)

SEPTIMO.- La comisión mixta de seguimiento de los servicios de apoyo técnico en materia de participación ciudadana , inmigración y cooperación al desarrollo está formada por la empresa BCM y el Ayuntamiento de Málaga desde el 2015.

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

El Acta 2/2015 se informa por la empresa que los trabajadores han seguido curso de formación en prevención de riesgos, que se ha concedido a tres de ellos flexibilidad horaria, se le ha dado a los trabajadores modelo oficial de solicitud de vacaciones. Por último se adjunta por empresa protocolo de actuación en materia de horario de jornada de trabajo, días de vacaciones, antelación para pedir las y modelo para ello, igual ocurre con días propios, habla de horas de compensación y por último incidencias sobre ausencia de puesto de trabajo, su comunicación y acreditación de causa.

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

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

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

En el Acta 3/2017 se comunica por la Dirección de Área que siguiendo indicación desde la junta de gobierno local se hace preciso replantear funciones de los trabajadores de manera que no puedan realizar tareas administrativas, reservadas a personal municipal, se reubicarán en misma sede pero en otra planta distinta. Por empresa se plantea que se les dotará





de correo propio, no pudiendo hacer lo propio con equipo informático al no constar en el pliego, siguiendo BCM impartiendo directrices en material de personal.

En el Acta 4/2017, se fija definitivamente la ubicación en la planta baja del edificio de Tabacalera y se acuerda fijar las instrucciones para nuevas funciones del personal de apoyo.

(Se da por reproducido el contenido de los documentos 2 a 9 del ramo de prueba del Ayuntamiento)

OCTAVO.- La actora hace constar en su curriculum que tiene como formación COU, curso administrativo, curso empleado de oficina., nivel básico de inglés 250 ppm en ordenador y amplios conocimientos de informática.

En la mesa de la trabajadora consta su identificación y la empresa que la contrata.

(documento nº 19 y 29 del Ayuntamiento)

NOVENO.- En fecha 26/04/2018 se emite informe por la Inspección de Trabajo respecto las funciones que realiza el trabajador D. [REDACTED]

[REDACTED]
(documento nº 15 del Ayuntamiento)

DECIMO.- En el periodo comprendido entre febrero de 2013 y junio de 2016 [REDACTED] remiten correos al personal que consta en los documentos nums 16 a 19 de la parte actora, entre los que se encuentran como destinataria la actora como [REDACTED]

Tras el acta de 3/2017 la Jefa de Negociado [REDACTED] remite comunicaciones a través del correo de BCM. (documento nº 22 del Ayuntamiento)

UNCECIMO.- En febrero -marzo de 2016 la actora participa en jornadas de prevención de riesgos laborales organizada por el Ayuntamiento a través de Unipresalud.,

En 2016 la actora participó en la semana de las culturas y cooperación (documentos nums 20 a 22 de la parte actora.-)

DECIMO.- En los años 2012, 2015 y 2016 y 2017 el area de participacion ciudadana ha determinado funciones y tareas para dichas anualidades.

(documentos nums 23 a 25 de la parte actora y 10 del Ayuntamiento)





UNDECIMO.- La actora y otros 6 compañeros presentaron reclamación previa el 2 de noviembre de 2017 interesando el reconocimiento de relación laboral indefinida con el Ayuntamiento de Málaga. Posteriormente presentan demanda incoada el 22 de enero con el número de proceso 5/2018 del Juzgado de lo social nº10 de cesión ilegal pendiente de celebración.

(documentos nums 1 , 17 y 18 del Ayuntamiento)

DÉCIMOSEGUNDO.- Se intentó conciliación previa el 21 de septiembre de 2018 con el resultado de sin avenencia.

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 vertidas en la vista.

SEGUNDO.- En cuanto a la categoría y salario se ha de estar a la determinada en los hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de esta ciudad, donde consta las funciones que realizaba la demandante, sin que conste que con posterioridad a la celebración del juicio origen de la sentencia , hayan sido modificadas las funciones o salario, y ello en atención al efecto positivo de la cosa juzgada.

TERCERO.- SE alega por el Ayuntamiento la existencia de incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer de este despido.

La excepción debe ser desestimada en tanto que el hecho de ostentar la citada corporación la condición de administración pública no implica que no pueda actuar como empresario en el tráfico mercantil o que no pueda mantener relaciones de carácter laboral y en este supuesto, con independencia de lo que se resuelva sobre el fondo, el Ayuntamiento es demandado como empleador real de la actora , por lo que esta jurisdicción es competente.

CUARTO.- 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 04/09/2018 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 que BCM d 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.

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

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

En relación a la invocada vulneración de derecho de indemnidad puede traerse a colación la STS de 9 de julio de 2015 que se configura como derecho a la tutela efectiva y en concreto no obtener represalia por empleador ante ejercicio de acciones judiciales o actos preparatorios de las mismas. Dice *“sobre la llamada garantía de indemnidad, la Sala de lo Social del Tribunal, resumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha expresado que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio número 158 de la Organización*



Internacional del Trabajo , ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes . En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, 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 reclamaciones anteriores , como la la reclamación previa de 2 de noviembre de 2017, , y la existencia de un procedimiento de modificación sustancial 116/2018 del Juzgado de lo Social 5 de Málaga , lo cierto es que la entidad BCM ha acreditado la existencia de causa de extinción como es la finalización de la contrata con el Ayuntamiento de Málaga que, 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.

Como ya ha sido establecido por el Juzgado de lo Social nº 7 en sentencia de fecha 19/06/2019, , debe valorarse que en las etapas anteriores ni para Clece SA ni para Neventos Málaga SL, hubo prestación de servicio en el seno de una contrata de más de tres años.

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

El hecho de que durante el año de prórroga se anticipase la demanda de cesión ilegal, en noviembre de 2017, no enerva las consecuencias de



finalización de la contrata ni esta puede suponer una represalia a aquella demanda.

Por último debe traerse a colación la sentencia de modificación sustancial en el proceso 147/2018 del Juzgado de lo social nº5 de Málaga de 11 de junio de 2018 y donde ya se invocó la vulneración de Derecho Fundamental de indemnidad por la demandante con ocasión de aquella reclamación previa, siendo desestimada la misma.

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

En base a lo expuesto, la alegación sobre vulneración de derechos fundamentales ha de ser desestimada.

SEXTO.- En cuanto a la existencia de una cesión ilegal, las entidades Clece, S.A. y Neventos Málaga S.L. 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 BCM.

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 reivindicación (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 Neventos Málaga, 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 BCM Gestión de servicios SL, que es quien entrega carta de despido 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 que ambas partes alegan, de fecha 19/04/2017, “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 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 supuesto enjuiciado la redacción del apartado de hechos probados de la sentencia en relación con la empresa empleadora . no permite afirmar que, en realidad, la demandante prestase servicios bajo el ámbito del poder de dirección del Ayuntamiento.

Como se ha dicho, en el presente supuesto, la parte actora, que es quien tiene la carga de la prueba de alegar la existencia de cesión ilegal, no ha justificado la existencia de un fenómeno interpositorio alguno .





De todas las actas referidas en hechos probados de la comisión de seguimiento se concluye no hay cesión ilegal. Debe darse por reproducido el contenido de las citadas actas obrantes. En primer lugar la empresa BCM Gestión de Servicios SL es una empresa real. El actor depende de la coordinadora de servicios ([REDACTED]). Se desarrolla un modelo oficial de solicitud de vacaciones, concede flexibilidad horaria a los trabajadores que lo necesitan, establece un control de entrada y salida de la jornada mediante el ordenador, interesa previsión de vacaciones para cuadrar el servicio, fija cuadro de vacaciones de navidad, solicita a los encargados informen de los servicios prestados para redactar la memoria anual, da formación en materia de prevención de riesgo laboral. Recaba necesidades de formación interna de los trabajadores. Si se va a prestar servicios fuera del horario estipulado exige autorización de los responsables del área, establece un protocolo interno para solicitar vacaciones, días propios y para justificar ausencia a puesto de trabajo.

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

Es significativo que los correos electrónicos tras el acta 3/2017 sean con la coordinadora no solo para dar cuenta de vacaciones u horario sino también para encomienda y dación de cuentas de actividades desarrolladas.

Muestra de la realidad de la empresa es la interacción efectuada en el acta 3/17 en el que tras exponer el nuevo planteamiento la Dirección de Área, por la empresa sí se comunica se van a dar nuevos correos electrónicos, pero en cuanto a los equipos informáticos, justifica dicha imposibilidad en que el pliego no lo cubría y su coste es importante.

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



factor interpositorio y por ello, ninguna responsabilidad cabe atribuir al Ayuntamiento en el despido impugnado.

INTO.- En lo que se refiere al cese operado el día 04/09/2018, debe entenderse como procedente por concurrir causas organizativas consistentes en la pérdida de la contrata.

La jurisprudencia aborda la extinción de contrata como causa organizativa y de esta forma la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (Recurso: 2396/2012) en la que, analizándose la pérdida de una contrata como elemento justificativo de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se razona, con cita de las SSTs de 7 de junio de 2007 -rcud. 191/2006 -, de 31 de enero de 2008 - rcud. 1719/07 -, 12 de diciembre de 2008 - rcud. 4555/2007 - y 16 de mayo de 2011 - rcud. 2727/2010 que "... La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación" (STS de 16 de septiembre de 2009 -rcud. 2027/2008 -, reiterando doctrina anterior).

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

En el presente supuesto concurre la causa organizativa y productiva alegada, que resulta ser la pérdida de la contrata supone la amortización de los siete puestos de trabajo vinculados al expediente 75/15 del Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga

Por ello concurre causa objetiva y no habiéndose alegado ausencia de requisitos formales el cese ha de ser declarado procedente por concurrir causas de forma y fondo para ello.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

Que desestimando la demanda formulada por [REDACTED] frente a la entidad BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L.; NEVENTOS MALAGA, S.L. , CLECE, S.A. y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, sobre DESPIDO NULO Y subsidiario IMPROCEDENTE y vulneración de derechos fundamentales, debo declarar y declaro que el despido con fecha de efectos 4 de septiembre de 2018 efectuado por BCM Gestión de Servicios SL es **PROCEDENTE**, absolviendo a todas las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.

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 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."

