



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

JUZGADO DE LO SOCIAL UNO  
MALAGA

AUTOS: 912/18  
SENTENCIA: 315/20  
RECLAMACIÓN: Despido.

En la ciudad de Málaga a 9.12.20

Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez D. ANTONIO PABLO HIDALGO ARROQUIA, del Juzgado de lo Social número Uno de Málaga y su provincia, en nombre del REY, se ha dictado

**SENTENCIA**

En los presentes autos de juicio verbal seguidos entre el demandante [REDACTED] y los demandados "BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L." y OTROS en reclamación de DESPIDO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 28.9.18. se registró en la Secretaría de este Juzgado, dimanante del correspondiente turno de reparto del Juzgado Decano, la demanda presentada con fecha 26.9.18., y en la que se pretende por la parte actora reclamación por despido, y tutela de derechos fundamentales, consignando a tal objeto los hechos en que se funda dicha solicitud. Por Decreto del día 15.10.18., se acordó admitir la demanda a trámite. Por escrito de la actora se desistió de la nulidad del despido. Tras varias suspensiones se señaló la audiencia de 30.11.20., a las 11:15 horas para la celebración de los actos de conciliación y juicio en su caso, previa citación en forma de las partes. Compareció la demandante asistida por el LDO./A. D./D<sup>a</sup>. MANUEL NARVÁEZ RUIZ DEL PORTAL, "NEVENTOS MÁLAGA S.L." representada por D. JESÚS LUQUE RODRÍGUEZ, AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA representado/asistido por el LDO. D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, "BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L." representada/asistida por el GDO. D. MANUEL A. NAVARRO MALDONADO Y "CLECE S.A." representada/asistida por el LDO. D. MANUEL MARTÍNEZ TORRES. Iniciado el juicio, expusieron las partes sus respectivas alegaciones, después que la actora ratificó la demanda y modificó la demanda; se propusieron las pruebas, que, una vez que fueron declaradas pertinentes, se practicaron. Formularon las partes sus conclusiones y finalmente acordó el juzgador quedaran los autos para sentencia.



**SEGUNDO.-** En la sustanciación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones procedimentales legales, salvo los plazos para la celebración de los actos de conciliación y juicio y para dictar sentencia, y ello por causa de la acumulación de asuntos a despachar en este órgano jurisdiccional.

**TERCERO.- HECHOS PROBADOS.** Como tales se declaran.

1º.- La actora ha prestado servicios para las demandadas con antigüedad de 7.8.02., categoría profesional nominal de administrativo participación y real de Secretaria de Dirección C2, con un salario mensual último de 1.165,99 euros incluido p.p. extras y debido de 2.303,51 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias, con jornada a tiempo completo.

2º.- Mediante carta de 17.8.18., la actora fue despedida con efectos de 4.9.18. La carta consta unida a los autos y su contenido lo damos por reproducido.

A la actora se le abonó una indemnización por el despido objetivo de 12.328,13 euros

3º.- La actora estuvo de alta:

- en BCM Gestión de Servicios S.L. desde 7.8.02. a través de diversos contratos temporales como: contrato de 7.8.02. como auxiliar administrativa, para servicio de apoyo administrativo referente al programa de información, valoración y orientación que se lleve a cabo en los distintos centros expte 51/02; contrato de 11.1.03. como auxiliar administrativa, como servicio de apoyo administrativo en la actualización del programa de mejora de información según expediente de contratación con Ayuntamiento de Málaga 1708/02; contrato de 29.6.04. como administrativa, para servicios de apoyo de naturaleza administrativa relativos a la gestión de prestación de información de los Servicios Sociales Comunitarios en los Distritos Municipales; contrato de 4.10.07. como oficial administrativa, para el servicio de apoyo a los programas de formación e investigación, sensibilización y promoción del voluntariado en expdte. 291/05.
- en Neventos Málaga S.L. desde el 17.8.10., mediante contrato de obra o servicio determinado, en el grupo profesional de oficial administrativo; siendo baja el 16.8.13.
- en Clece S.A. en el periodo 17.8.13. a 16.8.15. como oficial administrativo para el servicio de apoyo en materia de participación ciudadana y voluntariado durante la vigencia del contrato entre el Ayuntamiento y Clece expdte 91/12.
- en BCM Gestión de Servicios S.L. desde el 5.9.15., como auxiliar administrativo, mediante contrato para obra o servicio determinado "servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo de esta Área de Participación Ayuntamiento de Málaga", que derivan de la ejecución del expediente 75/15 adjudicado por el Ayuntamiento a BCM Gestión de Servicios S.L."





4º.- El pliego de condiciones económico administrativas del expediente 75/15, tiene en su condición 1ª como objeto la prestación de servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo para llevar a cabo las distintas acciones y actuaciones previstas en el plan Marco de ciudadanía y convivencia vigente en cada momento en el citado área de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo. La condición 3ª establece un plazo de ejecución de dos años prorrogable por un año más por mutuo acuerdo.

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

La condición técnica 1º describe el servicio objeto de contrata, 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.

5º.- En 2015 hubo según las Actas aportadas dos reuniones de la Comisión Mixta de Seguimiento informando del nombramiento de una coordinadora del servicio, control horario, flexibilidad horaria, identificación de los trabajadores y correo electrónico de uso, entrega de un Protocolo de Actuación a todos los trabajadores con horario de servicio, vacaciones permisos,..., la realización del curso de PRL, flexibilizaciones horarias concedidas. En 2016 según las Actas aportadas hubo tres reuniones informando del cambio del contrato a indefinido, calendario vacacional del servicio y registro de entradas y salida; incorporación de una persona de apoyo a la Supervisora, calendario vacacional; calendario vacacional, recordatorio de normas de comunicación interna, formación, imagen corporativa. En 2017 hubo según las Actas aportadas cuatro reuniones informando de cambio de firmas de los correos electrónicos, elaboración de memoria anual, cambios en la gestión encaminadas a



clarificar la situación de los trabajadores en sus relaciones con BCM y Ayuntamiento; cálculo de un nuevo expediente.

6º.- Con anterioridad al expediente 75/15, hubo dos expedientes:

- 91/12 "Servicio de Apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado del Area de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo adjudicada a Clece S.A.

- 112/09 "Servicio de Apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado, necesarios para llevar a cabo las diferentes acciones y actuaciones previstas en los segundo planos estratégicos de participación ciudadana y de voluntariado, integrados en el Plan Marco de Ciudadanía y Convivencia, adjudicada a la entidad Neventos Málaga S.L.

Los expedientes 91/12 y 112/09 contenían cláusulas semejantes a las expuestas más arriba.

7º.- La actora, desde el inicio de su prestación de servicios ha actuado como [REDACTED]

[REDACTED] De estas personas recibía las instrucciones de trabajo

8º.- La actora realizó un curso intensivo de Secretariado Profesional en 2008 y otro en 2015.

Estaba integrada en el sistema informático del Ayuntamiento del Área de Participación ciudadana, con correo corporativo, nombre de usuario, acceso a carpetas del Ayuntamiento (Registro asociaciones, Participación,...), Portal Interno del Empleado... En el Directorio Telefónico figuraba como [REDACTED]

En 2015 realizó un curso de PRL del Ayuntamiento.

Las vacaciones de la actora eran gestionadas directamente por sus superiores en el Ayuntamiento. La actora se sustituía en las vacaciones con la [REDACTED] empleada municipal, con la que se ponía de acuerdo.

Siempre ha trabajado en las distintas dependencias físicas en que ha estado ubicada su Área.

Tras su baja ha sido sustituida por una funcionaria municipal

9º.- Se ha celebrado acto de conciliación sin avenencia





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La antigüedad no se ha discutido; el salario último se prueba con la nómina y la categoría nominal con la nómina y contrato; la categoría realmente desempeñada con toda la prueba documental aportada y testifical y el salario debido es el conforme con la categoría que realmente desempeñaba y sobre el que existe conformidad del Ayuntamiento; el hecho 2º ha quedado acreditado con la carta y transferencia; los hechos contenidos en el apdo. 3º con la vida laboral y contratos; los hechos contenidos en el apdo. 4º con los pliegos de condiciones económico-administrativas y pliego de condiciones técnicas y anexo; el hecho 5º con las Actas; el hecho 6º con el informe del Ayuntamiento y los pliegos y contratos; el hecho 7º con la doc.11 de la actora y la testifical; el hecho 8º con los docs. 4, 5, 8 y 10 de la actora y testifical. Desistida de la pretensión de nulidad del despido, solicita la actora la improcedencia por incumplimiento de los requisitos formales y porque ha existido una cesión ilegal en favor del Ayuntamiento y en consecuencia el despido carece de causa. Las demandadas, además de alegar alguna de ellas falta de legitimación pasiva, niegan la existencia de cesión ilegal y consideran que había causa justificada de despido objetivo. Examinadas las alegaciones realizadas procede estimar parcialmente la demanda por las razones que vamos a exponer.

Antes de entrar a conocer del fondo del asunto hemos de analizar las excepciones de falta de legitimación pasiva alegadas por Neventos y Clece porque el despido impugnado se ha producido varios años después de cesar de trabajar en esas empresas. Efectivamente debe estimarse su falta de legitimación pasiva porque se alega como motivo principal de la improcedencia la cesión ilegal y en el momento del cese no existía relación laboral entre ellas y la actora. En este sentido la sentencia del TSJA con sede en Granada de 25.1.2018. "...Por tanto, a la vista de la doctrina expuesta, el momento que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores es el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, por lo que ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal y si no concurren se daría una falta de acción que impediría la estimación de la demanda interpuesta, falta de acción o de legitimación activa que es apreciable incluso de oficio, según la STS de 2 de julio de 2010 , ya que, como explica la STSJ de Castilla La Mancha, de 26 de septiembre de 2013 en relación con esta falta de acción, "sería igualmente apreciable de oficio por esta Sala, con independencia de su alegación por la parte, o el fundamento esgrimido, al implicar el cimiento mismo del proceso y de la legitimación judicial para emitir un pronunciamiento, y por ende, es cuestión indisponible o de ius cogens". A la vista de todo lo anterior y de los hechos concurrentes en este caso, se observa que la relación laboral de la actora con CLECE finalizó el 25-6-2013, motivado por el hecho de que la empresa finalizó con la Agencia su contrato administrativo del servicio de



interpretación de lenguaje de signos para el alumnado con discapacidad en los centros docentes públicos de la Provincia de Almería. Como la demanda se interpuso el 19-4-2016, con posterioridad a que el actor finalizara la prestación de servicios para la citada empresa, hay que determinar, de acuerdo con la doctrina unificadora sentada por la citada STS de 7-5-2010, la falta de acción en materia de cesión ilegal formulada por el actor frente a CLECE, lo que se hace extensible a la empresa ANDALUCÍA ACCESIBLE A LA COMUNICACIÓN CONSULTORES SL, pues esta era la empresa para la que la actora prestaba servicios con anterioridad a CLECE, todo lo cual lleva aparejado como efecto que no pueda declararse responsabilidad alguna de las referidas empresas aunque la demanda fuera estimada...”

**SEGUNDO.-** Como tema central del pleito tenemos la existencia o no de cesión ilegal de la trabajadora. Es criterio legal y jurisprudencial en materia de cesión ilegal que sólo a través de empresas de trabajo temporal autorizadas legalmente puede efectuarse la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa (TSJ C.Valenciana 17-1-03, AS 3055; TSJ País Vasco 6-5-03, AS 2336; TSJ Madrid 6-10-03, AS 3824; TSJ Málaga 14-11-03, AS 4192; TSJ Las Palmas 28-11-03, AS 251/04). El tema se encuentra regulado en el art.43 del ET “Artículo 43. Cesión de trabajadores. 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.”. Se trata de que coincidan la relación laboral real con la formal y que el empresario efectivo asuma sus obligaciones, pues la interposición en el contrato de trabajo es un fenómeno complejo en cuya virtud el empresario real que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en dicho contrato por un empresario formal, lo que implica varios negocios jurídicos coordinados (TS 11-9-86, RJ 4953). Como señala la sentencia de 15.2.11. del TS “...Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se





reconoce en el art. 42 ET QSL 1995/13475, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 QSJ 1991/374 y 19-enero-1994 QSJ 1994/242) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). 3.- Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial... y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización « no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010) QSJ 2010/285036, la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005) QSJ 2006/345877, destaca que " con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 QSJ 2002/13505, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia ". 4.- De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.". La ilicitud puede afectar a las



Administraciones Públicas, teniendo en cuenta las múltiples contrataciones, o, por lo menos, así nominalmente calificadas, a las que habitualmente acude para el cumplimiento de sus fines; no sin reconocer que correctamente utilizadas pueden ser un medio de gestión (TSJ Cataluña 17-3-03, AS 1952).

**TERCERO.-** En este caso concreto ha quedado acreditado que la actora, desde el inicio de su prestación, con escasas interrupciones, viene trabajando en las dependencias del Ayuntamiento; con independencia de la categoría y causa temporal señaladas en los distintos contratos temporales, ha actuado como

[REDACTED]

[REDACTED] la actora de estas personas recibía las instrucciones de su trabajo; realizaba funciones estructurales, permanentes, propias de un Ayuntamiento; la actora realizó un curso intensivo de Secretariado Profesional en 2008 y otro en 2015, dados por el Ayuntamiento; estaba integrada en el sistema informático del Ayuntamiento del Área de Participación ciudadana, con correo corporativo, nombre de usuario, acceso a carpetas del Ayuntamiento (Registro asociaciones, Participación,...), Portal Interno del Empleado..., y en el Directorio Telefónico figuraba como Secretaria de Dirección; en 2015 realizó un curso de PRL del Ayuntamiento; las vacaciones de la actora eran gestionadas directamente por los superiores del Ayuntamiento y la actora se sustituía en las vacaciones con la [REDACTED] empleada municipal con la que se ponía de acuerdo; siempre ha trabajado en las distintas dependencias físicas en que ha estado ubicada su Área; tras su baja ha sido sustituida por una funcionaria municipal. De ello se deduce que los contratos que le realizaban las distintas y sucesivas contrataciones eran contratos aparentes. La actora trabajó durante 16 años para concejales y Jefes de área del Ayuntamiento, bajo su dirección y dentro del círculo de organización del mismo, que era el empleador real, con independencia de la empresa contratada. De estas circunstancias se deduce que estamos ante una cesión ilegal en favor del Ayuntamiento, siguiendo el criterio de la sentencia de la Sala de Málaga de 17.6.20. Como señala esta sentencia, el contenido de las Actas, impugnadas penalmente según se ha manifestado en juicio, "...lo que evidencia es la intención de BCM Gestión de Servicios S.L. de evitar la declaración judicial de cesión ilegal, a través de modificaciones en la tramitación de los permisos y vacaciones de la demandante o del acceso de la demandante al correo electrónico corporativo del Ayuntamiento de Málaga, y en las condiciones de prestación del servicio de la demandante...".

Si existía cesión ilegal, es evidente que el contenido de la carta de despido, reseñada en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, no respondía a la verdad y que, en consecuencia no concurrían las causas objetivas en que se basó el mismo, por más que la contrata efectivamente acabase el 4 de septiembre de 2018. En consecuencia, dicho despido debe reputarse improcedente, con las consecuencias que para el mismo se establecen en los artículos 43 y 56 del







Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En su virtud

**FALLO**

Que debemos estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de "NEVENTOS MALAGA S.L." Y "CLECE S.A."; y debemos estimar parcialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA Y BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. y declarar el despido improcedente, condenando solidariamente a los demandados a que, en el plazo de 5 días desde la notificación de esta resolución, readmitan a la trabajadora en las mismas condiciones, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta notificación de sentencia, a razón de 75,73 euros diarios; o le abonen una indemnización ascendente a 49.110,09 euros, con descuento de la cantidad percibida como indemnización por el despido objetivo, 12.328,13 euros; en caso de optar los demandados por la readmisión, la misma tendrá lugar en donde decida la demandante.

Incorpórese esta sentencia al libro correspondiente, librándose testimonio para constancia en autos. Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe recurso de Suplicación ante la Ilma. Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el que deberá anunciarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de este fallo. Y asimismo, en la diligencia de notificación, si no fuese el recurrente trabajador o demandado que tenga a su favor el beneficio de justicia gratuita, se le hará saber la obligación en caso de recurrir, de consignar las cantidades a que ha sido condenado en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, así como la cantidad de 300 euros.

Así por esta mi sentencia, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**PUBLICACION.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, celebrándose audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fé.-

