



## SENTENCIA Nº 82/21

En la ciudad de Málaga a 18 de Febrero de 2021 .

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. D. Rocio Anguita Mandly , Magistrado Juez del Juzgado de lo Social nº 9 de esta ciudad y su provincia, vistos los autos seguidos a instancia de [REDACTED] contra Ayuntamiento de Málaga , DOC 2001 SL , BCM Gestión de Servicios SL , Clece SA, Mas Animación y Comunicación SL , SPM Gestion de Servicios SL sobre DESPIDO bajo el nº 533/20.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Que la demanda iniciadora de los presentes autos fue presentada en el Juzgado Decano con fecha 23-6-20 siendo turnada a este Juzgado el día 24-6-20 que por decreto se tuvo por admitida a trámite la demanda ordenándose citar a las partes al acto del juicio para el día 20-10-20 y suspendido se celebro el 12-2-21.

**SEGUNDO:** Que emplazadas las partes correctamente a juicio tuvo lugar éste en la sala del juzgado el día y hora fijado, compareciendo la parte actora que tras ratificarse en la demanda solicitó que se dictara sentencia conforme al súplico de la misma previo recibimiento del pleito a prueba, compareciendo la demandada que compareció que se opuso a las pretensiones de la demandante por las causas que constan en el acta del juicio solicitado, tras el recibimiento del pleito a prueba, que se dictara sentencia en la que se le absolviera de las pretensiones de la demandante.

**TERCERO:** Que recibido el pleito a prueba se practicaron por su orden las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos; tras lo cual las partes concluyeron en defensa de sus pretensiones y declarándose en dicho acto del juicio conclusivo para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO:** Que [REDACTED] mayor de edad , ha venido prestando servicios en el Ayuntamiento de Málaga , desde el día 4-8-11, ostentando la categoría profesional de tecnico medio diplomado trabajador social y percibiendo un salario mensual de 1294,20 € incluida prorrata de pagas extraordinarias.

**SEGUNDO:** Que el actor ha firmado los siguientes contratos : por cuenta de Clece SA 4-8-11 a 28-8-11 interinidad a tiempo parcial 62,50 % , 19-9-11 a 31-10-11 interinidad a tiempo parcial 87,50 % , BCM Gestión de Servicios SL de 21-11-11- a 19-1-12 obra o servicio determinado a tiempo parcial 87 % , SPM Gestión de Servicios SL de 17-4-12 a 23-4-12 obra o servicio a tiempo completo, Mas Animación y Comunicación SL 23-4-12 a 16-7-12 eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo, Clece SA del 8-10-12 a 7-4-13 eventual a tiempo completo, 8-4-13 a 4-10-13 obra o servicio a tiempo completo , 7-10-13 a 6-12-13 eventual a tiempo completo, 7-12-13 a 31-12-13 eventual a tiempo completo, 30-1-14 a 19-1-16 obra o servicio a tiempo parcial 97,50 % , 1-3-16 a 16-3-16 eventual a tiempo completo , 17-3-16 a 31-3-16 obra o servicio a tiempo completo , 18-4-16 a 14-4-18 obra o servicio a tiempo completo, DOC 2001 SL suborgacion desde Clece SA 10-5-18 a 9-5-20 obra o servicio determinado a tiempo completo a tiempo completo ( causa como trabajador social en la puesta en marcha del servicio de apoyo a los cuidadores y familiares de personas dependientes de la ciudad de Málaga correspondiente al contrato firmado entre el Ayuntamiento de Málaga y DOC expediente



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

183), contrato indefinido de 1-4-19 centro de trabajo servicio interdisciplinar de apoyo a cuidadores familiares de personas dependientes de la ciudad de Málaga .

**TERCERO:** Que el salario conforme al convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga es de 87,67 € diarios .

**CUARTO:** Que la empresa DOC 2001 SL reconoce al actor en nomina una antigüedad de 30-1-14 , categoría trabajador social. .

**QUINTO:** Que el centro de trabajo en el que el actor prestaba servicios era el [REDACTED] del Ayuntamiento de Málaga. .

**SEXTO:** Que el actor no ha ostentado durante el último año la condición de representante de los trabajadores y se encuentra afiliado a sindicato CNT.

**SEPTIMO:** Que el día 23-6-20 se presento demanda de conciliación ante el CMAC .

**OCTAVO:** Que el día 1-5-20 la empresa DOC 2001 SL comunico al actor comunicación de finalizacion de la relación laboral con fecha 9-5-20, folio 240, alegando que el contrato con el Ayuntamiento de Málaga esta a punto de finalizar , que el Ayuntamiento no ha indicado fórmula mediante la que los servicios de la plantilla adscrita al contrato viene desarrollando los últimos años continuara desarrollándose , que darán traslado al Ayuntamiento de Málaga con detalle de las condiciones laborales de la plantilla afecta al servicio , para que pueda operarse la subrogación por la entidad que continúe prestando el servicio o por el propio Ayuntamiento de Málaga . .

**NOVENO.-** Que el 12-4-18 con motivo del concurso para la licitación del servicio apoyo cuidadores Málaga, la nueva adjudicataria ha sido DOC 2001 , Clece comunica que ha remitido documentación a la nueva adjudicataria del servicio con el objeto de que sea subrogado por DOC 2001 SL , folio 241, que el 14-4-18 terminara la relacion con Clece SA siendo subrogado por DOC 2001 SL .

**DECIMO.-** Que DOC 2001 SL ha sido adjudicataria de diversos contratos con el Ayuntamiento de Málaga , el Ayuntamiento de Sevilla, folios 118 a 185.

**DECIMO PRIMERO .-** Que el pliego de condiciones tecnicas que ha de regir en la contratación de un servicio interdisciplinar de apoyo a cuidadores familiares de personas dependientes de la ciudad de Málaga , obra folios 185 a 191 ,

**DECIMO SEGUNDO.-** Pliego de condiciones económicos-administrativas particulares para la contratación de servicios no sujeto a regulacion armonizada por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicacion : Servicio interdisciplinar de apoyo a cuidadores familiares de personas dependientes de la ciudad de Málaga, folios 192 a 211.

**DECIMO TERCERO.-** Que consta contrato de 21-11-11 con BCM Gestión de Servicios SL , por obra o servicio determinado a tiempo parcial 35 horas, servicio de preparación y ejecución de programas de promoción social dirigido a menores y jóvenes residentes en las barridadas la Corta y Monte Pavero del Distrito Bailen Miraflores , según OC 2864/2011 , establecida entre BCM Gestión de Servicios SL y el Ayuntamiento de Málaga. Folios 220 y 221 en el que constan las funciones a desarrollar por el actor.

**DECIMO CUARTO.-** Que el actor comparte despacho con personal de Ayuntamiento de Málaga , tiene teléfono y ordenador del Ayuntamiento de Málaga.

**DECIMO QUINTO.-** Que el actor tiene como usuario de correo [REDACTED] figura como coordinador servicio ayuda a domicilio del [REDACTED]

**DECIMO SEXTO.-** Que constan las hojas de atención del actor desde 30-4-12 al 1-5-20 , folios 267 a 370 .

**DECIMO SEPTIMO.-** Que constan correos electrónicos sobre protocolos de prestación de servicios, información proyecto de reagrupacion familiar, novedades solicitud del programa de solidaridad , distribución



de horas SAD dependencia , convocatoria de ayudas a procedimientos de desahucios, reunión dependencia junta, nota informativa dependencia y cambios en modelos de dependencia, PEACAP, resoluciones de SAD dependencia, estudio pobreza infantil en Málaga, folios 373 a 418.

**DECIMO OCTAVO.-** Que constan correos al actor para subsanación de errores , cambios cuadrante , cobertura de bajas para atender a usuarios ,cuadrantes el servicio, comunicación sobre medidas preventivas por coronavirus, folios 419 a 438.

**DECIMO NOVENO.-** Que las funciones desarrolladas por el actor han sido las relativas a coordinar el servicio de ayuda a domicilio, altas y bajas en el sistema SAD, comunicación de altas y bajas en el sistema de la dependencia de la Junta de Andalucía , coordinar tareas y actuaciones de las auxiliares de ayuda a domicilio , gestiones relativas a usuarios, atención al público en el centro y domicilio , funciones relativas a ayuda a domicilio de dependencia ...

**VIGÉSIMO.-** Que la demanda se interpuso el 23-6-20

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El actor impugna la decisión de la empresa DOC 2001 SL de dar por extinguida la relación laboral con efectos de 9-5-20 , alegando que se trata de despido y que ha existido cesión ilegal de trabajadores y el verdadero empleador es el Ayuntamiento de Málaga.

Los hechos probados resultan de la documental y testifical .

En relación a la antigüedad , el actor tiene reconocida en nomina antigüedad de 30-1-14, se aporta la vida laboral resultando la prestación de servicios desde el 4-8-11 , sin interrupciones significativas.

**SEGUNDO:** Por las empresas Clece y BCM Gestión de Servicios se opone la falta de acción en base a que no eran las empleadoras a la fecha de la extinción de la relación laboral ni a la fecha de la demanda en que se solicita la cesión ilegal , BCM Gestión de Servicios alega además la falta de legitimación pasiva.

Las citadas empresas han sido traídas al procedimiento como empresarias en momentos anteriores y por contratas suscritas con el Ayuntamiento de Málaga.

No consta que las citadas empresas, en el momento del despido, fueran empleadoras del actor, y los hechos que deben examinarse son los existentes al momento de plantearse la existencia de la cesión ilegal y las relativas a la extinción de la relación laboral , siendo la empleadora DOC 2001SL .

En el supuesto de autos la acción que se ejercita es de despido, no existía relación laboral vigente con Clece SA ni con BAC Gestión de Servicios SL , por lo que se estima la falta de acción frente a las mismas.

Por Clece SA se opone la caducidad de la acción de despido de fecha 9-5-20 siendo la demanda de conciliación ante el CMAC de 23-6-20, los plazos procesales quedaron suspendidos por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 463/20 por el que se declara el Estado de Alarma de fecha 14-3-20, hasta el 4-6-20, por lo que desde esa fecha al 23-6-20 transcurrieron 12 días hábiles, la demanda es de 23-6-20 , por lo que se desestima la caducidad de la acción.

**TERCERO:** Descartada la responsabilidad de las empresas anteriores en el despido impugnado, se ha de examinar la relación entre la empresa adjudicatarias y específicamente DOC 2001 SL , que es quien entrega la comunicación de extinción al actor 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>.

Si bien resulta probado que DOC 2001 SL es una empresa real y con actividad , ello no impide la valoración de que pueda existir cesión ilegal de trabajadores.

No se prueba la existencia de funciones inherentes a la condición de empresario por parte de DOC 2001 SL , no consta la transmisión de ordenes , concesión de permisos o vacaciones, entrega de material , empleando el actor en el desarrollo de su trabajo ordenador y teléfono del Ayuntamiento de Málaga , compartiendo despacho con una trabajadora del Ayuntamiento , no constan actas de servicio , control horario , de la testifical resulta que las funciones del actor exceden de las que figuran ene le pliego, tenía el mismo horario que los trabajados del Ayuntamiento , se coordinaba con la testigo , trabajadora del Ayuntamiento para las vacaciones y cuando ella estuvo de baja por incapacidad temporal la sustituyo .

Es por ello , que se estima que en este caso ha existido una cesión ilegal de trabajadores, siendo el verdadero empresario el Ayuntamiento de Malaga.

Por tanto, en el supuesto de autos se ha procedido a la extinción del contrato indefinido del actor por parte de DOC 2001 SL , alegando la finalizacion del contrato con el Ayuntamiento de Málaga , siendo el actor indefinido no es valida causa de extinción del contrato la alegada , debiendo haber acudido en todo caso al despido por causas objetivas, por lo que la extinción del contrato debe ser considerada como despido que ha de ser calificado como improcedente , ademas estimada la cesión ilegal de trabajadores respecto del Ayuntamiento de Málaga la responsabilidad es solidaria de ambos .



FALLO

Que desestimo la caducidad de la acción de despido y estimo en parte la demanda de despido formulada por [REDACTED] contra Ayuntamiento de Málaga , DOC 2001 SL , BCM Gestión de Servicios SL , Clece SA, Mas Animación y Comunicación SL , SPM Gestión de Servicios SL, declarando la improcedencia del despido del actor condenando solidariamente a la empresa DOC 2001 SL y al Ayuntamiento de Málaga a que a opción de las mismas que deberán ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia readmitan , en la empresa por la que opte el actor al haberse estimado la cesión ilegal de trabajadores, al actor y en caso de que sea readmitido por el Ayuntamiento de Málaga como trabajador indefinido no fijo, con abono de los salarios de tramitación desde el despido a la notificación de la sentencia a razón de 87,67 € diarios o le abonen una indemnización de 26.169,50 €. Absolviendo a BCM Gestión de Servicios SL , Clece SA, Mas Animación y Comunicación SL , SPM Gestión de Servicios SL.

Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente y líbrese testimonio de la misma para su constancia en autos y notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas, advirtiéndoles que contra la misma cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia, anunciándolo ante este Juzgado de lo Social nº 5 de los de Málaga en los CINCO DIAS siguientes a la notificación de esta sentencia, debiendo consignar, caso de que el recurrente sea el demandado y no cuente con el beneficio de justicia gratuita, conforme establecen los arts. 229 y 230 de la L.R.J.S la cantidad a que se le condena en la cuenta con [REDACTED], en concepto [REDACTED] que este Juzgado tiene abierta en el Banco [REDACTED] y además deberá depositar la cantidad de 300 euros..

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

