



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN 29001 Málaga
AVDA. MANUEL AGUSTIN HEREDIA Nº 16 -2º

N.I.G.: 2906744S20170001726

Negociado: UT

Recurso: Recursos de Suplicación 1860/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despido Objetivo individual 174/2017

Recurrente:

Representante: BENJAMIN CASTILLO CENTENO

Recurrido: CENTRO ESTUDIOS MATERIALES CONTROL OBRA S.A. CEMOSA, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, EMPRESA MUNICIPAL INICIATIVAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES MALAGA S.A. PROMALAGA y MINISTERIO FISCAL

Representante: FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ-BURGOS RAMIREZ y LUZ DE LA ALEGRIA MOLINA JIMENEZS.J.AYUNT. MALAGA

Sentencia número 78/2018

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. ERNESTO UTRERA MARTÍN
ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

SENTENCIA

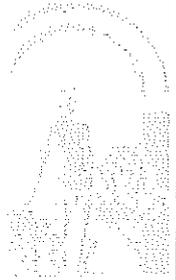
En la ciudad de Málaga, a diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta esta sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número siete de Málaga, de 3 de julio de 2017, en el que ha intervenido como parte recurrente [redacted] representada y dirigida técnicamente por el letrado don Benjamín Castillo Centeno. Y como partes recurridas, CENTRO DE ESTUDIOS MATERIALES Y CONTROL DE OBRA, S.A., por el letrado don Javier Fernández-Burgos Ramírez; EMPRESA MUNICIPAL DE INICIATIVAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE MÁLAGA, S.A., por la letrada doña Luz de la Alegría Molina Jiménez; y EL EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, por el letrado don Juan Manuel Fernández Martínez.

Ha sido ponente Ernesto Utrera Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de febrero de 2017, [redacted] presentó demanda contra Centro de Estudios Materiales y de Control de Obra, S.A. [en adelante, CEMOSA], Empresa Municipal de Iniciativas y Actividades Empresariales de Málaga, S.A. [en adelante, PROMÁLAGA], y el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga [en adelante, el



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	1/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



Ayuntamiento], en la que suplicaba que se declarase nula o, *subsidiariamente*, improcedente la decisión de extinguir su contrato por causas productivas y organizativas, con los efectos inherentes a tales calificaciones, y con responsabilidad solidaria de todos los codemandados.

SEGUNDO.- La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número siete de Málaga, en el que se incoó el proceso por despido objetivo individual correspondiente con el número 174/2017, y en el que, una vez admitida a trámite por decreto de 22 de febrero de 2017, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 3 de mayo de ese año.

TERCERO.- El 3 de julio 2017, se dictó sentencia, cuyo fallo era del tenor siguiente:

Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda presentada por [REDACTED] frente a Centro de Estudios Materiales y Control de Obra SA (Cemosa), Empresa Municipal de Iniciativas y Actividades Empresariales de Málaga SA (Promálaga), y Ayuntamiento de Málaga declarando que el despido con fecha de efectos 31 de diciembre de 2016 es PROCEDENTE, absolviendo a las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.

2.- Que debo desestimar y desestimo la demanda de reconocimiento de cesión ilegal de trabajadores absolviendo a las demandadas de los pronunciamientos efectuados en su contra.

CUARTO.- En dicha resolución se declararon probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- [REDACTED] trabaja como [REDACTED] para Centros de Estudios Materiales y control de obra SA (CEMOSA), desde el 15 de abril de 2002, con un salario a efectos de despido de 1512,37 brutos mensuales (f.527).

SEGUNDO.- CEMOSA entrega el 22 de marzo de 2016 carta de despido a la actora que por su extensión se da por reproducida y obra en los folios 23 y 24 de las actuaciones que se dan por reproducidas.

En resumen expone procede despido objetivo por causas organizativas y productivas. Alega en concreto que estando destinada la actora con soporte en el contrato de asistencia técnica para trabajos auxiliares de diseño gráfico y gestión de archivo de la oficina para la coordinación de infraestructuras básicas del Ayuntamiento de Málaga, suscrita con PROMALAGA para la que ha estado trabajado la actora en las instalaciones [REDACTED] habían recibido el 15 de diciembre comunicación de PROMALAGA de no prorrogar el contrato. Se añade que su puesto estaba destinado a dicho contrato sin que exista otra vacante o puesto de delineante en la empresa. Cuantifica la indemnización a razón de 20 días de salario en 14.871,54 euros y por los días que le restaban de preaviso 284,80 euros.

TERCERO.- La actora inició la relación laboral mediante un contrato temporal el 15 de abril de 2002. El 1 de abril de 2004, se transformó en indefinido y desde que CEMOSA efectuó contratación con PROMALAGA el 1 de octubre de 2005, ha estado prestando sus servicios en relación a los cometidos de dicho contrato (f.527 y 528).



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02		
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA 2/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



CUARTO.- CEMOSA contrata con PROMALAGA el 1 de octubre de 2005, por una vigencia anual la realización del servicio de asistencia técnica para trabajos auxiliares de diseño gráfico y gestión de archivo de la oficina, para la coordinación de infraestructuras básicas del Ayuntamiento de Málaga. Dicho contrato se prorroga anualmente siendo el último de los contratos el de 1 de junio de 2016, F.181.

QUINTO.- CEMOSA dirige a todos sus trabajadores entre los que se encuentra la actora un manual de registro de horas, el 21 de octubre de 2016 (f. 190).

SEXTO.- El 5 de diciembre de 2016 le imponen sanción leve por incumplimiento de la obligación de registrar su parte de trabajo en plazo requerido (f. 194).

SÉPTIMO.- La actora solicitó y le fue concedida el 28 de abril de 2011 por CEMOSA la reducción de la jornada por guarda legal a 7 horas diarias, 5 días a la semana con un máximo de 26 de enero de 2019, en que su hijo alcanzase los 8 años de edad. Igualmente CEMOSA remite certificado de retenciones fiscales a la actora según correo de 14 de abril de 2011. Trata con la actora dudas sobre la duración del periodo de lactancia y la entrega certificado de bases de cotización para la maternidad (f.205 yss).

OCTAVO.- Cuando la actora ha estado en situación de incapacidad temporal ha entregado los partes de baja a CEMOSA (f.224).

NOVENO.- Cuando en la oficina en la que trabaja la actora junto a otro delineante y un auxiliar administrativo hacía falta material se requería a CEMOSA su aportación. No obstante los ordenadores que usaban no eran de CEMOSA (f.228).

DÉCIMO.- CEMOSA es una empresa de ámbito nacional dedicada a dar servicios técnicos de ingeniería. En el código cuenta de cotización que tiene la empresa durante el 2016 en Málaga, bajo Núm. 29 005584880 fueron dados de alta 126 trabajadores. Para la ejecución del contrato firmado con PROMALAGA se emplea a un auxiliar administrativo y dos delineantes, entre ellas la actora. Los tres trabajadores fueron despedidos en la misma fecha. El encargado de recursos humanos certifica en abril de 2017 la imposibilidad de reubicación de la trabajadora (f.239 y 248).

UNDÉCIMO.- Para la contratación de servicios PROMALAGA redacta un pliego en el que en su punto 14 de establece que el personal adscrito a los trabajos dependerá exclusivamente del contratista y que también serán de cuenta del mismo obtención de autorizaciones y licencias, gastos de comprobación, vigilancia de ejecución y posterior asistencia, pruebas y ensayos e indemnización de daños a terceros (f.356).

DÉCIMO SEGUNDO.- Para su adjudicación a su vez CEMOSA presenta una proposición técnica que incluye un equipo de trabajo con su coordinador [REDACTED] 2 delineantes y un auxiliar con una memoria de calidad del servicio y sus correspondientes mejoras, con personal con experiencia y dedicación exclusiva, suministro de material de oficina mensual, apoyo desde la unidad central y aportación de software, F.396 a F.400.

Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	3/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



DÉCIMO TERCERO.-En el pleno del Ayuntamiento de Málaga de 22 de diciembre de 2015 se aprobó la moción 48 para la eliminación de la [REDACTED] ligada a PROMALAGA para su incorporación a la Gerencia Municipal de Urbanismo (f.594)

DÉCIMO CUARTO. [REDACTED]

DÉCIMO QUINTO.- La actora no es ni ha ostentado condición de representante legal de los trabajadores.

DÉCIMO SEXTO.- Se presentó reclamación previa y papeleta de conciliación el 13 de enero de 2017, la conciliación ante el CMAC se celebró el 2 de febrero de 2017, con el resultado de sin avenencia.

QUINTO.- El 7 de julio de 2017, la demandante anunció recurso de suplicación contra dicha sentencia, y tras presentar el correspondiente escrito de interposición en el que solicitaba que se revocase dicha resolución y se estimase la demanda, e impugnarse por los demandados, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO.- El 13 de octubre de 2017 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 17 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como queda expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora, calificó procedente el despido por causas objetivas, y absolvió a los demandados por considerar que no había existido cesión ilegal de trabajadores.

Contra dicha sentencia, la demandante interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revocase la misma y se estimase su demanda, articulando para ello motivos de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso impugnado por los demandados.

El examen de dicho recurso se abordará en los fundamentos siguientes, no sin antes poner de manifiesto, tal como indica el Ayuntamiento en su escrito de impugnación, que ya otro juzgados de instancia han dado respuesta a las pretensiones similares de otros trabajadores al servicio de CEMOSA, que vieron extinguidos sus contratos por las mismas causas y en la misma fecha que [REDACTED] -la fecha que aparece en el hecho segundo tal vez obedezca a un error material de transcripción, visto el hecho cuarto de la demanda y la carta entregada, folios 3 y 10-, decisiones confirmadas por esta Sala en sentencias de 8 de noviembre de 2017 [REC: 1582/2017] y 22 de noviembre de 2017 [REC: 1698/2017], a cuyos pronunciamientos ha de estarse necesariamente en esta ocasión por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la ley.



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:28:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	4/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



SEGUNDO.- Así, al amparo del artículo 193 b) de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* [en adelante, LRJS], la parte recurrente interesa que se dé una nueva redacción a los apartados tercero, cuarto, sexto y décimo cuarto, identificando en apoyo de tales modificaciones diversos documentos, defendiendo la relevancia de las mismas en orden al recurso, todo ello con arreglo a las siguientes propuestas de redacción alternativas:

Del hecho tercero:

«La actora inició la relación laboral mediante un contrato temporal el 15 de abril de 2002. El 1 de abril de 2004, se transformó en indefinido y desde que CEMOSA efectuó contratación con PROMALAGA el 1 de octubre de 2005, ha estado prestando sus servicios en la [REDACTED] del Ayuntamiento de Málaga quien facilitaba los medios materiales y cuyo director impartía las instrucciones de trabajo.»

Del hecho cuarto:

«CEMOSA contrata con PROMALAGA el 1 de octubre de 2005, por una vigencia anual la realización del servicio de asistencia técnica para trabajos auxiliares de diseño gráfico y gestión de archivo de la Oficina para la Coordinación de Infraestructuras Básicas del Ayuntamiento de Málaga (OCIB). Dicho contrato se prorroga anualmente siendo el último de los contratos el de 1 de junio de 2016, F.181.»

Del hecho sexto:

«El 5 de diciembre de 2016 la empresa remite un email a trece trabajadores otorgando un plazo de 72 horas para que estos presentaran alegaciones en relación al incumplimiento de la obligación de registrar su parte de trabajo en el plazo requerido. No consta que se haya impuesto sanción alguna a la trabajadora por estos motivos.»

Y del hecho décimo cuarto:

«La sede donde trabaja la actora es de titularidad municipal y se encuentra de alta en el Inventario de Bienes Municipales, con el código GIP 53014.»

Las partes recurridas se oponen a las modificaciones propuestas por considerarlas irrelevantes o producto de una interpretación subjetiva del material probatorio, ya analizado por el juzgador de instancia.

TERCERO.- La doctrina jurisprudencial sobre la revisión de los hechos declarados probados en los recursos extraordinarios, ha puesto de manifiesto que el proceso social está concebido como un proceso de instancia única, que no de grado, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS, únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca o se desprenda, de manera evidente y sin lugar a dudas, de documentos idóneos para ese fin que obren en autos. Por ello:



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xmLoK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xmLoK+yaQ==	PÁGINA	5/12



ZT196ctyV3JO7xmLoK+yaQ==



a) Se rechaza que el Tribunal pueda realizar un nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y –en consecuencia– no se admite la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

b) Para que la denuncia del error pueda ser apreciada es preciso –entre otros requisitos– que el texto cuya incorporación se pretenda resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; y que no se ampare en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, no es posible sustituir sus objetivo criterio por el subjetivo de las partes [el juicio de evaluación personal del recurrente].

c) La rectificación de los hechos probados sólo debe efectuarse respecto de aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que resulten inocuas al objeto de determinar un posible cambio de sentido en la parte dispositiva (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2016 [ROJ: STS 5711/2016]

En definitiva, la valoración de las pruebas practicadas en instancia (testifical, pericial y documental) corresponde al órgano sentenciador, valoración debe prevalecer sobre la del recurrente, salvo que éste acredite que se sustenta en hechos erróneos o inexistentes o que, dados los hechos probados, la valoración resulta irracional (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2016 [ROJ: STS 1921/2016]).

CUARTO.- Aplicando los anteriores criterios al supuesto examinado, las modificaciones propuestas no pueden ser acogidas porque, o bien se trata de extremos que ya figuran en el relato de hechos probados, como lo sería la referencia a la Oficina, deducible del contenido del hecho cuarto; o bien carecen de relevancia para el recurso, como sería la mención a la falta de corrección disciplinaria, formulada inadecuadamente en sentido negativo –pues lo que debe figurar en los relato son los hechos que se estimen probados, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS, no los que no lo sean, como sería el caso–; o la indicación de la titularidad del inmueble que constituye el centro de trabajo, pues el documento en el que se apoya (folio 420) contiene unas ilustrativas indicaciones relativas a la presencia en ese inmueble de la empresa municipal de transportes, que se omiten en la propuesta realizada; por no decir, finalmente, que la afirmación a que el director de la oficina era el que impartía no pasa de ser una deducción o conclusión de la parte recurrente, pero sin que encuentre apoyo directo e inequívoco, expresivo del error valorativo del juzgador de instancia, que permita incorporarlo al relato de hechos probados.

Por todo lo anterior, la versión judicial ha de quedar inalterada.

QUINTO.- Por lo que hace a los motivos de orden sustantivo, la parte recurrente, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, denuncia primeramente la infracción de las normas



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:28:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	6/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



sustantivas y de la jurisprudencia, en concreto, de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre [en adelante, ET], argumentando esencialmente que no se había producido una subcontratación de servicios sino una puesta a disposición de trabajadores por parte de PROMÁLAGA a favor del Ayuntamiento, formalizándose un contrato entre aquella y CEMOSA con la única finalidad de soslayar la aplicación de la normativa de contratación pública y del convenio colectivo aplicable al personal al servicio de dicha corporación. Y que, en los debates del pleno del Ayuntamiento, se había puesto de manifiesto la duplicidad de funciones respecto de la Gerencia de Urbanismo, que debía ser la encargada de llevar a cabo los trabajos objeto del contrato celebrado entre CEMOSA y PROMÁLAGA.

Y con el mismo amparo, denuncia la infracción de los artículos 51.1 y 52 c) del ET, sosteniendo que el contrato celebrado por la trabajadora no la vinculaba al celebrado entre CEMOSA y PROMÁLAGA; que la doctrina judicial había matizado la apreciación de la concurrencia de las causas objetivas, exigiendo la razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad a las medidas extintivas, citando expresamente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de marzo de 2017 [ROJ: STSJ M 3197/2017]; y que CEMOSA contrató a numerosos trabajadores en fechas próximas al despido.

Las partes recurridas impugnan los motivos, negado la existencia de cesión ilegal alguna y defendiendo, con la sentencia de instancia, la concurrencia de causas válidas para la extinción del contrato de la trabajadora.

SEXTO.- El artículo 43 del ET, bajo el epígrafe *Cesión de trabajadores*, establece lo siguiente:

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo 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 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.

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



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	7/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



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 interpretación aplicativa de dicho precepto estatutario ha llevado a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a señalar que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios –que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43– y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos –esos mandos intermedios– pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente.

Por otro lado, como *condiciones jurídicamente relevantes* en orden a determinar si se está en presencia o no de una cesión espuria, se ha destacado, entre otros extremos, el facilitar los medios materiales por parte de la reputada como cesionaria; el ejercicio del poder de dirección y la inserción en una u otra organización empresarial; que sea aquélla la que está inmediatamente por encima del trabajador reclamante y le organiza, encarga y controla los servicios que ha de realizar diariamente, genéricos o específicos, siendo éstas actividades diarias en nada se diferencian de las que llevan a cabo trabajadores pertenecientes a la misma. Y, por el contrario, no lo son que la formal empleadora, abone los salarios, sea quien controle la asistencia al trabajo, y sus permisos, licencias y vacaciones, pues, éstas son las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra; ni tampoco otros poco significativos, como que le proporcione el vestuario, lo cual no es, en definitiva, sino una parte de salario en especie.

Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta, y que 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. 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 finalidad que persigue el artículo 43 ET 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



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3J07xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3J07xm1oK+yaQ==	PÁGINA	8/12





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, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2011 [ROJ: STS 496/2011], 19 de junio de 2012 [ROJ: STS 4919/2012] y 4 de julio de 2012 [ROJ: STS 5261/2012], entre otras).

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, es el propio magistrado de instancia el que, tras la cita legal y jurisprudencial, sintetiza los presupuestos fácticos relevantes para dar respuesta a la pretensión, concluyendo que *debe entenderse que no concurre prueba de la existencia de un fenómeno interpositorio constitutivo de una cesión ilegal. En base a los siguientes datos:*

3.1.- *CEMOSA es una empresa real. No es un dato cuestionado. No se trata de una empresa ficticia ni tampoco municipal. Declara e [REDACTED] encargado de recursos humanos, se trata de una empresa nacional. Se destinan dos delineantes, un auxiliar y un coordinador a la contrata con PROMALAGA. El CCC de la empresa para Málaga en 2016 recoge 126 trabajadores, su actividad prestar servicios de ingeniería y por tanto se trata por tanto de una empresa real.*

3.2.- *Existe una justificación técnica para la contrata. Explica PROMALAGA que el Ayuntamiento de Málaga, decide encomendarle singulares obras de importancia de la ciudad al entender que dada su relevancia debían sacarse del ámbito de funcionamiento ordinario de la Gerencia de Urbanismo. Igualmente añade que lo que hace PROMALAGA es contratar con terceros la presentación de dichos grandes proyecto y que una vez que los presentan entra en juego el objeto de la contratación con CEMOSA se contrata la labor de delineante para la presentación de dichos proyectos recibidos. Que el acta del pleno aprobando que estas actuaciones las realice la gerencia de Urbanismo y no se contrate con terceras empresas no desnaturalizan la contratación administrativa. Esta se lleva a cabo anualmente con un pliego de licitación en el que se exige no solo que la contratista responda del personal sino otra serie de obligaciones económicas incluido la responsabilidad por daños a terceros. Por otro lado la oferta de CEMOSA aunque se hable de precio unitario de delineante y administrativo contiene otros objetos que pasan por suministro de material de papelería con máximo de 500 euros al mes así como de software, esencial este último para la labor de delineación (f.398 a 400).*

3.3.- *CEMOSA cuenta con un [REDACTED] que ejercita la representación de la empresa ante PROMALAGA.*

3.4.- *CEMOSA ejercita efectiva facultad de dirección empresarial que pasa por reconocimiento médico de trabajadores, abono de nómina, concesión de reducción de jornada, registro de jornada, sanción a trabajadores, etc.*

De todo ello se deduce que se trata de un supuesto de válida contrata y no de cesión ilegal.

OCTAVO.- La Sala ha de coincidir necesariamente en el análisis y conclusión alcanzados por el magistrado de instancia, coincidentes, por lo demás, con los pronunciamientos citados, los contenidos en las sentencias de esta Sala, de 8 de noviembre de 2017 [REC: 1582/2017]



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	9/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



y 22 de noviembre de 2017 [REC: 1698/2017].

Quepa añadir, a la vista de la argumentación que sustenta el motivo de infracción, que pone el énfasis en aquella «duplicidad» debatida en el Pleno del Ayuntamiento respecto de los cometidos tanto de la OCIB y a la Gerencia de Urbanismo, que el contenido de los acuerdos alcanzados y las intervenciones que precedieron a su adopción –según los documentos identificados a los efectos de la revisión pedida, obrantes a los folios 415 a 418 y 579 a 583– lo que ponen de manifiesto es la existencia real de tal oficina, distinta de aquella gerencia, lo que sitúa la cuestión en el plano de la pura gestión municipal, en el plano de la contienda política, si se quiere, y la aleja definitivamente del debate de suplicación, que no es otro que la determinación de si ha producido un fenómeno de interposición ilícita, que en modo alguno se ha producido en este caso.

NOVENO.- Por lo que hace al segundo motivo de infracción, debe partirse de que el artículo 52.c) del ET establece que el contrato puede extinguirse cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esa ley. Según dicho precepto –en la redacción dada al mismo por el artículo 18, apartado tres, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, aplicable al presente supuesto por la fecha de la extinción analizada–, se entiende que concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción. Y, finalmente, concurren causas productivas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda y en los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En interpretación aplicativa de dicha norma, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha expresado que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales –continúa afirmando esa Sala– no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores (sentencia de 23 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 4888/2014]).

Así mismo, por lo que hace a la externalización de servicios, dicha Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene señalado que de antiguo viene aceptándose la posibilidad de externalizar la realización de trabajos propios de la actividad de la empresa encomendándose los a otra, lo que es lícito, conforme al art. 38 de la Constitución española [en adelante, CE], ya que 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 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



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	10/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



trabajadores. No obstante, dicha doctrina jurisprudencial ha precisado que la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador. Y que la descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrata tiene encaje entre las causas organizativas solo cuando concurren determinadas circunstancias, esto es, únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de 20 de noviembre de 2015 [ROJ: STS 5791/2015], y, en parecidos términos, la de 12 de mayo de 2016 [ROJ: STS 3026/2016]).

DÉCIMO.- Sentado lo anterior, el magistrado de instancia, con fundamento en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 1 de febrero de 2017 [ROJ: STS 828/2017], que viabiliza la reducción o pérdida de la contrata como causa organizativa a los efectos de las extinción de los contratos de trabajo, razona lo siguiente:

2.- *Tal es el caso de autos. En este caso concurre causa organizativa invocada por la empresa con las excepciones en la anterior jurisprudencia referida, la pérdida de una contrata supone un sobredimensionamiento de la plantilla que justifica el recurso a despido objetivo por causas organizativas.*

No prueba el actor que no concorra dicha causa. El hecho de que el contrato de la trabajadora no fuera temporal vinculado a la contrata no es argumento para desvirtuar la causa organizativa. Lo cierto es que la actora junto con dos compañeros de trabajo llevaba más de 10 años efectuando servicios para el contrato que anualmente se tenía con PROMALAGA. Si ésta desiste del contrato existe un sobredimensionamiento de la plantilla. Como señala el [REDACTED] encargado de recursos humanos, la empresa no tenía vacantes que permitieran la reubicación y específicamente para el [REDACTED] sin que se hubiere podido probar que hubiera sido posible dicha reubicación por contar dichos puestos de delineante, no constando prueba de ello debe entenderse que concurre la causa organizativas por pérdida de contrata y en consecuencia que el despido objetivo por causas organizativas es procedente.

UNDÉCIMO.- Nuevamente ha de compartirse el análisis y conclusión alcanzados por el magistrado de instancia, coincidentes, por lo demás, con los pronunciamientos citados, los contenidos en las sentencias de esta Sala, de 8 de noviembre de 2017 [REC: 1582/2017] y 22 de noviembre de 2017 [REC: 1698/2017].

DUODÉCIMO. En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, los motivos de infracción han de ser rechazados y, con ello, el recurso, que debe desestimarse, con los efectos previstos en los artículos 201 y siguientes de la LRJS, que se precisarán en el fallo de esta sentencia.



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==	PÁGINA	11/12



ZT196ctyV3JO7xm1oK+yaQ==



FALLO

I.- Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por [redacted] y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número siete de Málaga, de 3 de julio 2017.

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

Si la parte recurrente hubiera sido condenada en la sentencia, y tuviere el propósito de recurrir, deberá consignar la cantidad objeto de la condena, bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número [redacted] bien, mediante transferencia a la cuenta número [redacted] (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número [redacted] para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta [redacted]. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

Así mismo, habrá de consignar como depósito seiscientos euros (600,00 €).

El cumplimiento de los anteriores requisitos de consignación, aseguramiento y constitución de depósito habrá de justificarse en el momento de la preparación del recurso.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social o del importe de la prestación, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por este Tribunal.

En el caso de que la parte recurrente fuese entidad gestora y hubiese sido condenada al abono de prestaciones que no sean de pago único o respecto a periodos ya agotados, deberá presentar certificación acreditativa de que comienza el abono de tal prestación y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen por razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Código Seguro de verificación: ZT196ctyV3JO7xmloK+yaQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ERNESTO MANUEL UTRERA MARTIN 18/01/2018 13:28:23	FECHA	19/01/2018	
	RAUL PAEZ ESCAMEZ 18/01/2018 14:32:02			
	FRANCISCO JAVIER VELA TORRES 19/01/2018 10:26:36			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	ZT196ctyV3JO7xmloK+yaQ==	PÁGINA	12/12



ZT196ctyV3JO7xmloK+yaQ==