



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN
MALAGA

N.I.G.: 2906744420180011849

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 2267/2019

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 900/2018

Recurrente: [REDACTED]

Representante: VICTOR JESUS RAMOS MUNOZ DE TORO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, NEVENTOS MALAGA SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, CLECE SA y BCM GESTION DE SERVICIOS SL

Representante: MANUEL MARTINEZ TORRESS.J.AYUNT. MALAGA y MANUEL NAVARRO MALDONADO

Sentencia Nº 738/20

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de MALAGA a tres de junio de dos mil veinte

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por JOSE MARIA FERNANDEZ CEBRIAN contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Iltma Sr./Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado MINISTERIO FISCAL, NEVENTOS MALAGA SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, CLECE SA y BCM GESTION DE SERVICIOS SL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 19 de junio de 2019 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

PRIMERO.- [REDACTED] trabaja para BCM Gestión de servicios SL como técnico de apoyo percibiendo un salario de 1.214,83 euros, siendo contratado el 5 de septiembre de 2015 para el expediente 75/15 del Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga, si bien desde el uno de julio de 2004 trabaja en el Área de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Málaga.

SEGUNDO.- El 17 de agosto de 2018 BCM Gestión de Servicios SL entrega carta de despido objetivo que por su extensión se da por reproducida y que obra en F.538 a 540.

En dicha carta se funda el despido 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 11.494,44 euros.

La indemnización fue transferida el mismo 17 de agosto de 2018, se calcula a sobre un salario de 1.214,83 euros y una antigüedad de uno de julio de 2004.

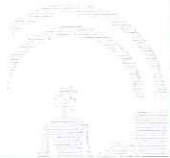
Consta la carta en F.538 a 540 que se da por reproducida y la entrega de indemnización en F.385.

TERCERO.- Llegado el 4 de septiembre de 2018 finalizó el año de prórroga de la contrata 75/2015 como consecuencia de ello se dejó de prestar servicios en la citada contrata y la empresa BCM Gestión de Servicios SL despidió por causas organizativas al actor así como al resto de seis compañeros que habían sido contratado en el seno de dicho expediente. No se ha convocado aún nuevo pliego de condiciones, y las funciones del actor concretamente no han sido prestadas por ninguna empresa.

CUARTO.- En vida laboral, consta como autónomo desde el 1 de julio de 2004 al 31 de enero de 2007, para BCM Gestión de servicios desde el 22 de enero de 2007 al 16 de agosto de 2010. Posteriormente para Neventos Málaga SL desde el 17 de agosto de 2010 al 16 de agosto de 2013. Para Clece SA desde el 17 de agosto de 2013 al 16 de agosto de 2015 y para BCM Gestión de servicios SI desde el 5 de septiembre de 2015 al 4 de agosto de 2018.

QUINTO.- El actor llevaba desde el uno de julio de 2004 prestando servicios en el Área de Participación ciudadana. Emitía para ello facturas primero al Area de bienestar social y posteriormente al Area de Participación y Relaciones ciudadanas.

SEXTO.- Posteriormente desde el 22 de enero de 2007 al 16 de agosto de 2010 trabajó en el mismo Área pero haciéndolo para la empresa BCM Gestión de Servicios SL.





En dicha etapa el mismo en una ocasión se efectuó una auditoría interna en el Area de Participación ciudadana siendo informado todo los trabajadores por la Jefa de servicios. Entre los trabajadores informados se encontraba el actor que tenía adjudicado el correo corporativo pcreativo. Dicho nombre de usuario "pc..." en vez de nombre y apellidos se adjudica por el Cemi a quien sin ser trabajador municipal sí desempeña función en sede municipal.

SÉPTIMO.- El actor posteriormente desde el 17 de agosto de 2010 empezó a trabajar para Neventos Málaga SL en el seno del expediente administrativo 112/2009 en el que la citada sociedad resultó adjudicataria del servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana y voluntariado, necesarios para llevar a cabo diferentes acciones y actuaciones previstas en los segundos planes estratégicos de participación ciudadana y voluntariado, integrados en el plan marco de Ciudadanía y convivencia del área de participación ciudadana, e inmigración y cooperación al desarrollo.

Una vez adjudicado el servicio el responsable de la empresa fue informado de que el actor ya estaba prestando servicios en el Ayuntamiento proponiéndole su contratación, sin llegar a imponérselo. Por ello optó por su contratación.

El actor fue contratado con contrato temporal de obra o servicio el 17 de agosto de 2010, cuyo objeto es el expediente 112/2009. Su salario es de 1108,33 euros, antigüedad fecha de contrato hasta el 16 de agosto de 2013.

En aquella época ya constaba que el CEMI asigna al actor con un usuario de [REDACTED] y estación [REDACTED] en el año 2012.

OCTAVO.- El 17 de agosto de 2013 el actor pasó a trabajar para la empresa CLECE SA, con misma categoría y salario. Con contrato de obra o servicios y su objeto el apoyo en materia de participación ciudadana y voluntariado durante la vigencia del contrato entre CLECE y Ayuntamiento de Málaga correspondiente al expediente 91/2012. La relación finaliza el 16 de agosto de 2015. Su función es similar a la de la anterior contrata.

En dicha época cuando se cuadran las vacaciones en el año 2015 en el área de participación ciudadana, la Jefa de servicio remite correo a todas las personas que trabajaban en el Área, incluido el actor.

NOVENO.- El 5 de septiembre de 2015 el actor es contratado por BCM Gestión de servicios SL, con contrato de obra o servicios, salario 1197,50 euros y categoría técnico de apoyo de participación. Sus funciones son las mismas que venía desarrollando. El contrato tiene una cláusula que vincula su objeto al servicio de apoyo técnico en materia de participación ciudadana, inmigración y cooperación al desarrollo de esta área en el expediente 75/2015, describiéndose sus funciones tanto de asociaciones y diseño gráfico como tareas de diseño gráfico. Su duración prevista es desde el 5 de septiembre de 2015 al 4 de septiembre de 2017. Consta dicha cláusula en el f.394.

El 1 de junio de 2016 se convierte el contrato en indefinido.

Su salario en 2017 y 2018 es 1.214,83 euros.

DÉCIMO.- El pliego de condiciones económico administrativas del expediente 75/2015, tiene en su condición 1ª como objeto la prestación de servicio de apoyo técnico en materia de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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 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.

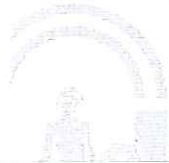
UNDÉCIMO.- La comisión mixta desde el 2015 se reúne dos veces al año.

En el acta 1/2015 se adjudica la coordinación del servicio a [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 pedirlos 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. Constan dichas instrucciones en f.262 a 266 que por su extensión se da por reproducida.

DÉCIMO SEGUNDO.- El actor hace constar en su curriculum que tiene como formación cursos de fotografía y revelado en blanco y negro por Ayto. de Alhaurín el Grande, y de diseño gráfico y maquetación por [REDACTED] así como y un máster de diseño gráfico y multimedia por EADE Málaga:

Las funciones que realiza el actor en informe que emite la propia empresa BCM Gestión de servicios a la Inspección de Trabajo e incorpora ésta en su informe de 26 de abril de 2018, f.346, son: se centran en diseño gráfico, difusión y divulgación de actividades en las redes sociales lo que conlleva facebook y twitter, confecciona material publicitario de aula de formación ciudadana, semana de la cultura y cooperación, demanda de la participación y voluntariado, voluntariado de soporte vital básico, del día de cooperante, de la semana europea de democracia local, banco del tiempo, gala del día del voluntariado, exposiciones y concierto del centro de estudios hispano marroquí.

Hasta el año 2017 también forma parte de la Plataforma Málaga Contesta si bien se decidió en ese año suprimir su intervención. Ello dio lugar a proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo con sentencia firme desestimatoria de 18 de mayo de 2018.

DÉCIMO TERCERO.- El actor cruza distintos correos electrónicos sobre cometidos de sus funciones (diseños, cartelería) con personal del Ayuntamiento antes de julio de 2017, f. 651 haciéndolo con el correo corporativo.

Tras el acta 3/17 y durante la fase de prórroga utiliza correo de empresa bcm, interaccionando con [REDACTED] su coordinadora y haciéndolo desde el correo [REDACTED], f. 493 y ss.

Por otro lado desde el acta 3/12017 de 17 de julio el actor junto al resto de personal de BCM sigue trabajando en el edificio municipal de Tabacalera pero ha pasado de la planta primera a la planta baja. Según recoge el citado acta es fruto de necesidad de dotar de diferente de ubicación y signos distintos el personal municipal del de las empresa que prestan servicios en dicho centro de trabajo. Y dado que ya estaba en fase de prórroga se estimó diferente el cambio de la planta primera a la planta baja del edificio de Tabacalera.

Usa en su mesa de trabajo distintivo de la empresa contratista BCM gestión de servicios.

La empresa tiene un manual de bienvenida en el que consta los 7 trabajadores: dos licenciados en economía [REDACTED] uno de derecho [REDACTED] un diplomado en trabajo social, [REDACTED] tres técnicos de apoyo: el actor y los [REDACTED] En



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

dicho manual se describe las funciones del técnico de apoyo en asociaciones y diseño gráfico: apoyo a elaborar y organizar campañas mediáticas de asociaciones y entidades, apoyo en difusión de acciones y actuaciones, diseño de campaña de voluntariado maquetación y diseño de publicaciones municipales, presentación multimedias, mantenimiento de página web, fotografías.

DÉCIMO CUARTO.- El actor junto con los 6 excompañeros que habían sido contratados con ocasión del expediente 75/2015, 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.

DÉCIMO QUINTO.- Igualmente presentó demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo con ocasión de cambios de funciones por dejar de atender la plataforma Málaga Contesta recayendo proceso 147/2018 del Juzgado de lo social nº2 de Málaga, que dicta sentencia el 18 de mayo de 2018 apreciándola excepción de falta de legitimación pasiva del Exmo. Ayuntamiento de Málaga desestimando la existencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo así como de vulneración de derecho fundamental de indemnidad. Consta la sentencia en F.507 a 517.

DÉCIMO SEXTO. - Se intentó conciliación previa ante el Cmac el 21 de septiembre de 2018 con el resultado de sin avenencia.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Reclamó la parte actora en vía jurisdiccional contra la extinción del contrato acordada por medio de carta, que no obtuvo suerte favorable en la instancia al declarar la sentencia recaída el despido procedente, apreciando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ayuntamiento de Málaga.

SEGUNDO: Frente a la sentencia que desestimó la demanda interpuesta en reclamación por despido, formula la parte actora Recurso de Suplicación articulando un motivo en el que interesa la revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un triple motivo encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva laboral, realizando diversas alegaciones y solicitando en el presente Recurso de Suplicación la estimación íntegra de la demanda, la condena al Ayuntamiento de Málaga por ser el empleador, y la declaración de la nulidad del despido impugnado, y que no debe ampararse en los arts. 51 a 53 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO: En el primer motivo del Recurso de Suplicación que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente la modificación de los hechos probados 1, 6, 7, 8, 10 y la



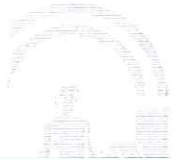
ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

adición de un nuevo hecho probado 11, con la redacción respectiva, que se dan por reproducidas, y en base a la documental que cita.

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

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

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



respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante.

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

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

Por todo ello procede desestimar este motivo del recurso.

CUARTO: A través del primer motivo de censura jurídica, pretende la parte recurrente la condena al Ayuntamiento de Málaga por ser el auténtico y real empleador con infracción de los arts. 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sin invocar los preceptos reguladores de la cesión ilegal de mano de obra.

Como declara la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1699/19 “Realmente lo que se está alegando por la parte recurrente es que en el presente caso habría existido una cesión ilegal de trabajadores, puesto que el actor formalmente había sido contratado y prestaba servicios aparentemente para la Cooperativa Acrópolis, mientras que el empresario real y efectivo sería la Ciudad Autónoma de Melilla. No obstante, llama la atención cómo la parte recurrente en ningún momento plantea en su recurso formalmente esa supuesta cesión ilegal de trabajadores, ni siquiera denuncia como infringido el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que regula esta institución de la cesión de trabajadores.”.

En relación a la existencia de la cesión ilegal de mano de obra pretendida con el Ayuntamiento de Málaga en el tercer motivo del Recurso de Suplicación, se ha declarado por esta Sala, para casos similares entre otras, en las Sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 522/2.003, 2465/2007, 2.195/08, 229/2.013 y 266/15, que “En relación con la figura de la cesión ilegal de trabajadores, el precepto que se invoca como infringido art. 43 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior 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. 3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

La doctrina unificada del TS ha examinado los límites de las facultades empresariales de producción por medio de la contrata y los rasgos diferenciales entre la actuación lícita y la ilegal, cuyas conclusiones deben ser aplicadas a los hechos que se declararon probados en el presente litigio para determinar si en el supuesto de Autos se produjo una lícita contrata o se acudió al mecanismo interpositorio con los efectos de la cesión ilegal.

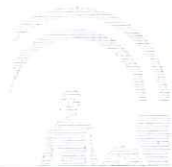
Así el TS, entre otras, en la Sentencia de 17 diciembre 2001 RJ 2002\3026, en RCUJ núm. 244/2001 ha declarado que “Respecto al límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que, como declaró la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\8531) (Recurso 3724/1993), «el ordenamiento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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

y que incluso en el ejercicio de su actividad mercantil presta servicios de forma regular a otras empresas distintas». Mas, a partir de la sentencia de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352), se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues, como resolvió la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315), «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial». La Sentencia de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5688) señalaba que «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» y concluía en aquel caso que quién en principio aparecía como empresario de las actonas en aquel proceso, en realidad no ostenta tal condición, pues no le pertenecían los medios materiales que integraban la explotación, incluidos sus aparatos y accesorios, sino que además carecía por completo de facultades de decisión y disposición sobre ellos. Por otra parte el contratista no asumía riesgo alguno propio del carácter de empresario. Sus ingresos consistían en una cantidad fija mensual, sin estar expuesto a disminuciones o aumentos sustanciales de la misma. En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2001 (Recurso 2142/2000). Ciertamente es que, en empresas de actividad simple esta puesta a disposición de organización de elementos personales y materiales queda reducida a mínimas aportaciones, como ocurre en las empresas de limpieza y vigilancia, aceptándose que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza».

Igualmente, como se recoge en las sentencias de esta Sala recaídas en los Recursos de Suplicación nº 1.998/07 y 2076/07, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 2002, a propósito de la cesión ilegal de trabajadores, proclama que «lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. 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. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 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– o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

21 de Marzo de 1997 y 3 de Febrero de 2000 que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo 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 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 y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refería también la sentencia de 17 de Enero de 1991 cuando apreciaba la legalidad de la contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables⁴, aparte de mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección y, en sentido similar, se pronunciaba la sentencia de 11 de Octubre de 1993 que se refería a la mera apariencia o ficción de empresa como característica del supuesto de cesión ilegal. 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, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de Febrero de 1989 ya estableció que 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 esta, y la sentencia de 19 de Enero de 1994 establecía 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 reiteraba en la sentencia de 12 de Diciembre de 1997. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de 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.

También en las sentencias de esta Sala recaídas en los Recursos de Suplicación nº 1.998/07 y 2076/07 se recoge que la jurisprudencia unificada, a partir de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1998, 8 de Junio de 1999 y 20





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de Noviembre de 2000, ha declarado la validez de los contratos de trabajo para obra o servicio determinado que tienen por objeto la realización de tareas durante la vigencia de una contrata y cuya duración se vincula a la de la contrata que constituye su objeto, aún cuando el servicio contratado pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en los que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, la censura jurídica contenida en la pretensión deducida por la parte recurrente debe ser rechazada, pues, de los datos que constan en el inalterado relato histórico al fracasar la revisión de los hechos probados, y al igual que en el caso estudiado en las referidas STS y siguiendo el criterio mantenido para caso similar en las sentencias de esta Sala referidas y en la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1105/18, citada por la parte recurrida, la empresa prestataria del servicio, la contratista, es empresa real, tiene una organización propia que se pone a disposición de la arrendataria, no apareciendo datos que indiquen lo contrario ni que reflejen relación societaria o de interdependencia entre la empresa contratista y la arrendataria, y por otro lado el actor estuvo integrado en la estructura organizativa o de dirección de la misma, no deduciéndose de los hechos probados otra cosa sin que sean suficientes las alegaciones del recurrente, por lo que debe entenderse que tal prestación de servicios a dicha referida empresa y con una propia organización que se pone a disposición de la arrendataria aunque fuera con aportaciones simples, queda incardinada en la prestación de servicios propia de la contrata del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, sin que de los datos existentes pueda concluirse que existe una situación de cesión ilegal de mano de obra con los efectos del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, cuando en todo momento el actor prestó servicios a la empresa demandada BCM y dentro de su ámbito directivo como afirma la sentencia recurrida.

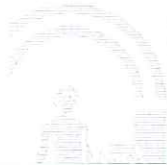
No cabe acoger por insuficientes las alegaciones del recurrente y las circunstancias que expone, como razona el magistrado de instancia, de forma no desvirtuada por la parte recurrente y en criterio compartido por la Sala, en el Fundamento de derecho 4.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso dado que al Ayuntamiento de Málaga no aparece como el auténtico y real empleador como pretende la parte recurrente.

QUINTO: Igual suerte desfavorable merece el segundo motivo de censura jurídica, en el que denuncia la infracción de los arts. 24 de la Constitución española derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad, y 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, reclamando la declaración de despido nulo con las consecuencias derivadas.

Y tal cuestión ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en las sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 1434/10, 678/11, 1469/13, 260/14, 2087/16 y 2289/17, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

Al respecto, en relación a la existencia de indicios de violación de derechos fundamentales con los efectos de inversión de la carga de la prueba, dispone el art. 181.1 de





la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, que "En el acto del juicio, 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".

Esta Sala ha declarado con reiteración que la correcta aplicación del precepto adjetivo expuesto que expresa más recientemente la STS de 31-5-05 en Recurso de Casación nº 108/04 exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de mesurar adecuadamente todas las circunstancias puntuales que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral en el momento de otorgar a las mismas la virtualidad necesaria para ser tenidas como suficiente indicio de la violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma, y en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996 (RJ 1996\1007, RJ 1996\3080), dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, al significar que para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, «y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia». Distinguen estas sentencias entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba.

Así se ha dicho por esta Sala entre otras en la Sentencia nº 2.184/03 de 1-12-03 y en la nº 377/2.004 de 20-2-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 2.707/2.003, nº 2.444/04 de 25-11-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 1.862/2004, nº 1.900/05 de 21-7-05 en Recurso de Suplicación nº 1316/2005, nº 1.902/05 de 21-7-05 dictada en Recurso de Suplicación nº 1509/2005, y más recientemente en la la Sentencia de la Sala nº 333/07 de 15-2-07 en Recurso de Suplicación nº 99/2007, que el demandante está obligado a acreditar la existencia de indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de que la empresa demandada ha incurrido en la violación de un derecho fundamental y constatado tal extremo, ha de ser la empresa la que tenga que asumir la carga de demostrar que los hechos motivadores de su conducta son ajenos a cualquier discriminación o violación del derecho fundamental cuya protección se impetra. Por tanto, una vez comprobada la existencia de indicios de que puede haberse producido violación del derecho fundamental, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable. Corriendo de cargo del empresario, alcanzar tal resultado probatorio sin que le baste intentarlo, debiendo por su parte el órgano judicial llegar a la paralela convicción, no ya de que la conducta empresarial es simplemente lesiva de un derecho subjetivo, sino de que tal conducta es totalmente ajena a cualquier lesión de un derecho fundamental, de modo que pueda estimarse que, la conducta impugnada hubiera tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes reales y serias para entender que es razonable la decisión empresarial adoptada.





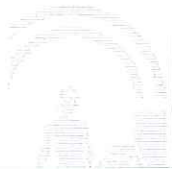
ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Por su parte el Tribunal Supremo ha venido a señalar (SSTS 13.10.89, 18.6.91 y 27.5.96 entre otras), que no basta la mera alegación de la violación invocada, sino que para su valoración como tal, es menester la constatación de algún indicio racional fáctico que haga verosímil su imputación, debiendo rechazarse y vedar la posibilidad de estimación a cualesquiera afirmaciones fácticas o instrumentalmente dirigidas a obtener la favorable posición procesal de atribuir el deber de probar al contrario, a no ser que estén apoyadas en la coherencia y solidez de generar una razonable sospecha o presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, siendo en tal caso la demostración, por parte del empresario, de cualquier causa real y seria que justifique como razonable - independientemente de que se estime o no judicialmente como tal- la decisión disciplinaria de proceder al despido, razón bastante y motivo suficiente para desvirtuar aquella inversión de la carga de la prueba y hacer decaer la petición de declaración de nulidad del despido que además -y como sustenta el mismo Alto Tribunal en las de 11.4.90, 13 marzo y 30 noviembre 1991- la especial clase del despido nulo es una figura excepcional y extrema cuya declaración de existencia exige la concurrencia de elevadas dosis de arbitrariedad y capricho en la actuación del empresario, sin que se suficiente que la misma sea ilícita o contraria a la Ley -pues tanto el despido nulo como el improcedente implican contradicción o incumplimiento de la normativa legal- sino que esa ilegalidad ha de ser intensa y superlativa, resultando con ella vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral.

Y en relación con la carga probatoria que incumbe al demandado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha venido señalando que "se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Por otra parte declara esta Sala, entre otras en las Sentencias nº 377/2.004 de 20-2-04 dictada en Recurso de Suplicación nº 2.707/2.003, nº 1.902/05 de 21-7-05 dictada en Recurso de Suplicación nº 1509/2005 y en la recaída en el Recurso de Suplicación nº 1.720/05, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencia núm. 140/1999 de 22 julio RTC 1999\140, que cita otras muchas en las que se estudia el tema de la protección de los trabajadores frente al despido empresarial contrario a sus derechos fundamentales, " 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 (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995 [RTC 1995\54])".

Y, en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación, los indicios alegados expuestos en los hechos probados 14 y 15 han sido desvirtuados al estar motivada





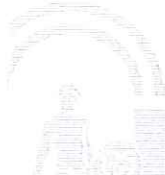
ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

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

Por ello, procede desestimar este motivo del recurso.

SEXTO: Igual suerte desfavorable merece el tercer motivo de censura jurídica, en el que la parte recurrente solicita que no debe ampararse en los arts. 51 a 53 del Estatuto de los Trabajadores, dado que el supuesto cumple los requisitos de forma y materiales de la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

extinción del contrato por causas objetivas, como se ha expuesto, y por ello se integra en los expresados preceptos estatutarios que, a diferencia de lo que se reclama, le son de aplicación. Por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO: En consecuencia, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.

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

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº siete de Málaga de fecha 19 de junio de 2019, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por dicho recurrente contra NEVENTOS MALAGA SL, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, CLECE SA y BCM GESTION DE SERVICIOS SL y parte el Ministerio Fiscal, sobre despido, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los veinte días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontrarán los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen, comenzando el computo de dicho plazo el día siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión de plazos establecida en Disposición Adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Ley 16/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

