



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

N.I.G.: 2906744S20160011722

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 1242/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº6 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 869/2016

Recurrente: [REDACTED]

Representante: RAFAEL LOPEZ SERRALVO

Recurrido: CLECE, S.L., BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L., EULEN, S.A., FOGASA, EMPRESA MUNICIPAL DE INICIATIVAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE MALAGA S.A. (PROMALAGA), AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y MINISTERIO FISCAL

Representante: AGUSTIN POZUELO SERRAN y LUZ DE LA ALEGRIA MOLINA JIMENEZ MANUEL NAVARRO MALDONADO, LETRADO DE FOGASA - MALAGA y S.J. AYUNT. MALAGA

Sentencia Nº 1681/2018

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 MÁLAGA a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº6 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 CLECE, S.L., BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L., EULEN, S.A., FOGASA, EMPRESA MUNICIPAL DE INICIATIVAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES DE MALAGA S.A. (PROMALAGA), AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y MINISTERIO FISCAL





habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 26/07/2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

PRIMERO.- La actora, con DNI nº ha venido prestando servicios para la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. con antigüedad a efectos de indemnización por despido de 02/05/2015, categoría Informadora Turística, y percibiendo un salario último de 437,52 euros/mes brutos prorrateados (documento 4 de BCM)

SEGUNDO.- El salario previsto en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga para las funciones de oficial administrativo Grupo CI Nivel 17, a jornada completa, asciende a 2.105,11 euros (no discutido y documento 17 de la parte actora)

TERCERO.- La actora y la entidad BCM se encontraban vinculadas por contrato temporal con jornada parcial de 17 horas a la semana suscrito en fecha 22/09/2015 y a partir de 01/10/2015 se pacta jornada de 20 horas semanales. (documento 4 de BCM)

CUARTO.- Mediante carta datada el 05/08/2016 la entidad BCM comunica a la actora la extinción de su contrato, con efectos 22/08/2016, por amortización de su puesto de trabajo por la desaparición del contrato de servicio anteriormente referenciado (Servicios de informadores turísticos concertado con el Ayuntamiento de Málaga).

La citada entidad ha abonado a la actora la indemnización por despido objetivo por importe de 388,80 euros.

Se da por reproducido el contenido íntegro de la carta al constar aportada por BCM y el recibo de indemnización, como documentos 1, 2 y 3.-

QUINTO.- La actora fue contratada por EULEN en fecha 02/05/2015 mediante contrato temporal suscrito el 02/05/2015 como informadora turística a tiempo parcial con duración hasta 10/08/2015.

En fecha 24/08/2015 se suscribió nuevo contrato con la entidad EULEN, S.A. con duración hasta 21/09/2015, fecha en la que la empleadora le comunica que ha finalizado el contrato suscrito con PROMOMALGA para la prestación del servicio de información turística y que con fecha 22/09/2015 será subrogada por la nueva adjudicataria.

(documentos 1 a 5 de la parte actora)

SEXTO.- En fecha 22/09/2015 la entidad Promalaga concierta con el servicio de información turística con la entidad BCM a tenor del pliego de prescripciones técnicas y pliego de condiciones económicas del expediente 123/2015. (documento 5 y 6 de BCM).

SEPTIMO.- Con ocasión de dicho cambio de empresa adjudicataria se tramita proceso a instancias de la actora por despido ante el Juzgado de lo Social nº13 de Málaga, autos 854/2015 que finaliza con conciliación en la que BCM Gestión de servicios SL reconoce la improcedencia del despido y opta por la readmisión. (documentos 14 a 17 de la parte actora).

OCTAVO.- En fecha 21 de septiembre, la empresa Eulen remite la misma misiva a otro/as 7 trabajadores (documentos 18 a 24 de la parte actora) y cinco trabajadores formularon demandas por despido que finalizaron con el reconocimiento de improcedencia por BCM y opta por la readmisión (documentos 25 a 29 de la parte actora)

NOVENO.- Grupo BCM tenía adscrito a los 15 trabajadores al servicio de información turística, entre ellos, la demandante, que figuran en la lista aportada por Clece como documento nº 2.

DECIMO.- Tramitado expediente por el Ayuntamiento de Málaga registrado con el nº 131/2015 se adjudica la contrata a la empresa CLECE SA, que entra en el servicio el 23 de





agosto de 2016. El expediente tiene por objeto la prestación de servicio de información turística de la ciudad de Málaga.

El pliego de prescripciones técnicas de dicho expediente en su punto 5º establece que el adjudicatario deberá proporcionar los uniformes a los trabajadores, 250.000 planos de la ciudad, teléfono móvil al trabajador, así como ordenador portátil, tableta gama media, teléfono habilitado 24 horas, carpa y mostrador para servicio hospitality.

La adjudicataria elaborará informes mensuales sobre servicio prestado nombrará un coordinador y se establecerá una comisión de seguimiento.

La cláusula 8º de dicho pliego en cuanto a la solvencia técnica de la oferta señala que el personal debe estar en posesión de título de técnico de empresa y actividades turísticas, grado en turismo o ciclo formativo de grado superior, tener idioma español y poseer conocimiento de dos idiomas foráneos, uno con B2 y otro con B1 de los que uno de los dos debe ser inglés además de la plantilla el 25% debe tener B1 en francés y el otro 25% B1 en alemán., similar a las condiciones previstas en el pliego 123/2015.

SE da por reproducido el contenido de los documentos 3 y 4 de Clece.

UNDECIMO.- La empresa BCM entrega carta de despido objetivo a la actora, [REDACTED]

[REDACTED] (documento 16 de BCM y documento 8 del Ayuntamiento.)

DECIMOSEGUNDO.- Antes de iniciar el servicio, la entidad Clece realiza proceso de selección al que concurre la actora, en el que se fijan como criterios de selección los establecidos en la contrata del ayuntamiento.

En el proceso selectivo participaron 9 trabajadores de BCM de los cuales 6, entre ellos la actora, no reunían el requisito de acreditación de conocimiento de idioma. Los tres restantes fueron contratados para el mismo puesto.

DECIMOTERCERO.- La citada entidad tiene adscritos al servicio de informadores a 17 trabajadores, de los cuales 3 habían prestado servicios previamente para BCM como informadores turísticos, concretamente [REDACTED]

[REDACTED] (coordinadora y fue sustituida por y [REDACTED] que fue contratado en el mes de octubre) y [REDACTED]

(documento 6 de Clece y testifical [REDACTED])

DECIMOCUARTO.- A fecha 07/2016 la empresa demandada BCM tenía en alta a 234 trabajadores.

A fecha 08/2016 tenía en alta a 204 trabajadores.

En el periodo comprendido entre 01/07/2016 y 31/08/2016 la empresa citada ha efectuado las altas y bajas que constan en el informe de vida laboral aportado como documento 14.

(documentos 12 y 13 de BCM)

DECIMOQUINTO.- Durante la ejecución de la contrata la empresa adjudicataria garantiza el servicio de información turística en distintos puntos estratégicos de la ciudad con personal propio.

El Ayuntamiento controla la efectiva y correcta ejecución de la contrata a través de [REDACTED] Jefe de negociado, que es el responsable de la gestión de la contrata de información turística en los distintos puntos designados por el Ayuntamiento, que en ocasiones es compartido con el servicio de la Consejería.

Toda incidencia en la prestación de servicios se canaliza a través de la coordinadora de servicio y el Sr. Ternero se comunica directamente con la Coordinadora de Clece [REDACTED]

la cual transmite determinadas incidencias al personal de la contrata (documentos 38 a 44 de la actora)





Habitualmente no coinciden con otros funcionarios municipales salvo en un punto existente en la Pza. la Marina, en cuya sede la adjudicataria efectúa atención a turistas y un empleado municipal trabaja de atención al cliente contestando escritos, emails o confeccionando estadísticas. Igualmente existe un punto en la denominada casa del jardinero donde otro empleado municipal compagina hasta las 14 horas sus funciones con la atención a turistas y a partir de esa hora lo hace la adjudicataria.

Durante el periodo de feria y semana santa, se apoya el servicio de información con personal del ayuntamiento.

El régimen de sanciones, vacaciones, jornada o rotación de trabajadores entre los distintos puntos corresponde a la adjudicataria.

([REDACTED] y documento 35 de la parte actora)

DECIMOSEXTO.- La actora está en posesión de título de diplomada en turismo y no posee la titulación oficial de idiomas requerida por el pliego.

(documento 32 de la parte actora)

DECIMOSEPTIMO. Promalaga cuyo nombre completo es Empresa Municipal de Iniciativas y actividades empresariales de Málaga SA, tiene en su objeto social entre otros la ejecución material financiera en el ámbito cultural deportivo, turístico o social por encomienda del Ayuntamiento o Convenio con el mismo, siempre que redunde un beneficio para el tejido económico productivo de la ciudad. Durante la contrata se recurrió a Promalaga el 1 de abril de 2016 hasta consumir 60500 horas hasta tanto la mesa de contratación adjudicara los contratos abiertos de forma definitiva que en ese momento estaban en tramitación (documental aportada por la defensa de Promálaga)

DECIMOCTAVO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

DECIMONOVENO. - En fecha 15/03/2017 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 10 de esta ciudad, autos de despido 861/2016 en demanda formulada por [REDACTED] frente a BCM , CLECE, cuyo contenido se da por reproducido. (documento 9 de Clece)

En fecha 07/07/2017 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 7 de esta ciudad, autos de despido 866/2016 en demanda formulada por [REDACTED] frente a Eulen, BCM , CLECE, Ayuntamiento y Promálaga cuyo contenido se da por reproducido. (documento 10 de Clece)

VIGESIMO.- [REDACTED] y [REDACTED] han formulado sendas demandas por despido por los mismos hechos frente a los mismos demandados cuyo conocimiento ha correspondido a los Juzgados nym 11 y 7 de esta ciudad.

VIGESIMOPRIMERO.- Se agotó la conciliación y vía previa.

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 por causas objetivas acordada por medio de carta, que no obtuvo suerte favorable en la instancia al desestimar la sentencia recaída la demanda, no declarando el despido nulo ni





despido improcedente, ni declarar la cesión ilegal de mano de obra pretendida y declarando que es extinción válida del contrato de trabajo por fin de contrata.

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 5 apartados, 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 motivo de censura jurídica, en apartados del 6, 9, 10 y en dos motivos de censura jurídica con el número 11, 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, y la declaración de la cesión ilegal de mano de obra con el Ayuntamiento de Málaga y empresa Promalaga, la declaración de la sucesión de empresas por sucesión de plantillas, que se declare la responsabilidad por contrata y salario regulador del despido de 1.122 € y despido improcedente por error inexcusable en la indemnización por despido, y la declaración de la nulidad del despido impugnado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad, y al haberse superado los umbrales de la extinción del contrato por causas objetivas y tratarse de un despido colectivo, realizando diversas alegaciones en el sentido de que el despido ha de reputarse nulo por causa de haber tenido la empresa que seguir para llevarlo a cabo los cauces del despido colectivo.

La cuestión planteada en el presente Recurso de Suplicación ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en las sentencias de la Sala recaídas en Recursos de Suplicación nº 2329/17 y 324/2018g, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivos para cambiarlo.

TERCERO: En el primer motivo del Recurso de Suplicación que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente la modificación:

1.- del hecho probado 6 con la adición de un párrafo que recoja las condiciones específicas del pliego de prescripciones técnicas de la contrata a la empresa demandada BCM Gestión de servicios S.L. con la redacción que propone, que se da por reproducida, relativa al punto 5 y cláusula 7, y en base a la documental obrante a los folios nº 365 a 378.

2.- del hecho probado 11 con la adición de un párrafo que recoja las condiciones de subrogación de [REDACTED] y [REDACTED] con la redacción que propone, que se da por reproducida, relativa a que les fue comunicada la subrogación invocando el art. 44 ET al haber sido adjudicada a Clece S.L. los servicios de informadores turísticos de Málaga, y en base a la documental obrante a los folios nº 316 y 317.

3.- la adición de un nuevo hecho probado 22, con la redacción que propone, que se da por reproducida, que recoja "VIGÉSIMOSEGUNDO.- El Ayuntamiento de Málaga cuenta en su organigrama con un Área de Turismo y Convention Bureau, entre cuyas funciones se encuentran la información turística de la ciudad de Málaga desarrollada a través de las oficinas de turismo.

El personal municipal con que cuenta el Área de Turismo alcanza al menos veintiún trabajadores que desarrollan sus funciones en distintas sedes, por ejemplo la Plaza de la Marina nº 11 y la sede de la denominada Casita del Jardinero en Avda. Cervantes nº 1. En la oficina de la Plaza de la Marina está adscrita [REDACTED] y en la oficina de la Casita del Jardinero a [REDACTED] y en base a la documental obrante a los folios nº 670 y 671, y 321 y 322





4.- la adición de un nuevo hecho probado 23, con la redacción que propone, que se da por reproducida, que recoja "VIGESIMOTERCERO.- La coordinadora de la empresa adjudicataria, al comunicar mediante correo electrónico a las informadoras turísticas, órdenes o instrucciones acerca del servicio, emanadas del representante del Ayuntamiento de Málaga, incluía entre las destinatarias a las empleadas municipales [REDACTED] de la oficina de la Plaza de la Marina y a [REDACTED] de la oficina de la Casita del Jardínero", y en base a la documental obrante a los folios nº 326 a 332.

5.- la adición de un nuevo hecho probado 24, con la redacción que propone, que se da por reproducida, que recoja "VIGESIMOCUARTO.- El Ayuntamiento señalaba en la justificación del contrato menor 551/2016, adjudicado a BCM Gestión de Servicios, que el Área de Turismo y promoción de la Ciudad tiene entre sus principales cometidos el mantenimiento de las oficinas y puntos de información como un servicio esencial que presta el Ayuntamiento de Málaga a turistas y visitantes además de a los propios ciudadanos de Málaga y que para mantener el servicio de información turística y debido a la falta de recursos humanos propios, el Área de Turismo y promoción de la ciudad recurre al mercado a través de los recursos administrativos establecidos para contratar los servicios especializados que nos permitan cumplir con nuestro cometido", y en base a la documental obrante a los folios nº 323.

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.





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 al fallo, 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.

Como ya se dijo en la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 59/18, con criterio de aplicación al presente, lo cierto es que aplicando tales condicionantes al supuesto de autos entiende la Sala que la revisión interesada habrá de ser desestimada, y ello preferentemente por cuanto entendemos que no se desprende de manera clara y evidente de la prueba documental en que se funda el denunciado error del Juzgado al tiempo de valorar la prueba, no pasando las alegaciones de la parte recurrente de mostrar una valoración parcial y subjetiva de parte del contenido de la prueba documental de autos.

Y lo que la parte recurrente hace es impugnar la valoración de la prueba practicada por la Jueza a quo con una valoración subjetiva y parcial y una construcción y redacción de los hechos que propone subjetiva que no se sobrepone a la valoración de la prueba practicada por la Jueza a quo que prevalece al no desvirtuarse por medio probatorio hábil y eficaz dado que como se ha indicado los documentos en que se basa la revisión de los hechos probados ya han sido tenidos en cuenta y valorados por la magistrada de instancia como razona en los Fundamentos de derecho, y por otro lado se revelan irrelevantes a los efectos resolutivos del presente procedimiento, pues carece de trascendencia para alterar el signo del fallo, pues ya constan y se recogen en los hechos probados y Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida los elementos de hecho precisos para resolver la acción ejercitada, prevaleciendo en todo caso la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo sobre la subjetiva de la parte recurrente.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

CUARTO: En relación a la existencia de la cesión ilegal de mano de obra pretendida con Ayuntamiento de Málaga y Promalaga en en el primer motivo de censura jurídica, 6 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, 266/15 y 653/18, 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 RCUD 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, 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 actoras 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 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 estables, 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 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 en el 6 motivo del Recurso de Suplicación 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, 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 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 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 de la parte recurrente y las circunstancias que expone, pues, como razona la magistrada de instancia, de forma no desvirtuada por la parte recurrente y en criterio compartido por la Sala, "A.- Aplicada la norma y jurisprudencia al caso de autos debe concluirse en este caso y en atención a la anterior jurisprudencia que no concurre prueba de la existencia de un fenómeno interpositorio constitutivo de una cesión ilegal. En base a los siguientes datos: BCM Gestión de servicios que es la empresa última para la que trabajó la actora. Es una empresa real con 208 trabajadores en el mes de agosto de 2016 y empleando a 15 trabajadores en la contrata. Igual cabe decir de las otras adjudicatarias EULEN SA y CLECE SA que es notorio son empresas de actividad real. Aunque ello de acuerdo con la jurisprudencia es un indicio no concluyente per se de la ausencia de cesión ilegal porque cabe recurrir a una empresa real para crear un fenómeno interpositorio. Existe una justificación técnica para la contrata. Aunque en la testifical del Sr. Ternero se admita la existencia de un empleado municipal en la casita del jardinero por la mañana y compartiendo funciones así como otro en la plaza de la Marina, y este sin atención directa a turistas, no comparten funciones con la contrata. La misma distribuye personal en puntos estratégicos de la ciudad, Puerto, Alcazaba... de recepción y atención a turistas sin que conste en dichos puntos que el Ayuntamiento dispusiera de personal para prestar de forma compartida dicho servicio. BCM Gestión de servicios SL cuenta con un coordinador que ejercita la representación de la empresa ante Ayuntamiento de Málaga. BCM Gestión de servicios SL ejercita efectiva facultad de dirección empresarial que pasa por abono de nómina, vacaciones, jornada, rotaciones entre los distintos puesto, etc.... Por último tampoco es cierto que la contrata se limitase a una puesta a disposición de personal puesto que el expediente 123/2015, hacía referencia a la existencia de entrega de uniformes por parte de la adjudicataria así como puesta a disposición de teléfono de contacto las 24 horas. La ulterior contrata adjudicada a CLECE en





expediente 131/2015 amplía los medios materiales que tiene que aportar la adjudicataria: uniforme, 250.000 planos, teléfono móvil, ordenador portátil y tableta a cada trabajador, teléfono de 24 horas contacto y servicio hospitality con carpa y mostrador. De todo ello se deduce que se trata de un supuesto de válida contrata y no de cesión ilegal por lo que habrá de estimarse la falta de legitimación pasiva ad causam del Ayuntamiento y Promomalaga..” .

En consecuencia, de los hechos probados intactos y circunstancias fácticas expuestas en los mismos y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, la Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación debe entenderse que tal prestación de servicios a dicha referida empresa BCM 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 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 ni determine imputación de responsabilidad al Ayuntamiento de Málaga y la empresa demandada Promalaga, cuando en todo momento la parte recurrente prestó servicios a la empresa demandada BCM Gestión de servicios S.L. y dentro de su ámbito directivo y organizativo.

En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2359/17 y 324/2018 al declarar que “Dicho lo anterior, y del mismo modo que ya resolvimos en nuestra anterior sentencia de 21.03.2018, en el caso que ahora nos ocupa constan sobrados indicios de los que extraer que la empresa contratista BCM puso efectivamente en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para el Ayuntamiento de Málaga, no limitándose simplemente por ello a esa mera aportación de mano de obra. Del contenido de la sentencia recurrida pocas dudas podemos albergar en relación a que existía en autos una justificación técnica de la contrata y una autonomía de su objeto, lo que avalaba el que se hubiera acudido a fórmulas de subcontratación para la realización del servicio, perfectamente lícitas y legítimas -incluso habituales- en los tiempos presentes; y junto a ello, consta probado que era la contratista BCM la que real y efectivamente aportaba medios de producción propios para realizar la actividad contratada -la que además descansaba en gran medida en la mano de obra-, manteniendo en todo momento los poderes empresariales de dirección, control y disciplinarios frente a sus empleados, lo que aleja tal situación de la proscrita cesión ilegal de trabajadores prevista en el artículo 43 que se denunció como vulnerado.”

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

QUINTO: También pretende la parte recurrente a través del pertinente motivo de censura jurídica, 9 del Recurso de Suplicación, la declaración de sucesión de empresas por sucesión de plantillas con la subrogación consecuente, es decir lo que pretende la parte actora en dicho motivo de censura jurídica del Recurso de Suplicación es que se declare que se ha producido una sucesión de plantillas, lo que constituye sucesión empresarial.

En relación a los supuestos de cambios de contratas es reiterada la doctrina jurisprudencial, seguida entre otras en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2.268/16 y 327/17, que declara inaplicable a los supuestos de sucesión de contratas el art. 44 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, y que entiende que en dichos casos no se produce un supuesto de sucesión de empresas, salvo el caso de





transmisión al entrante de la infraestructura u organización empresarial, si bien, y en los casos en los que así se pacte convenio colectivo, se produce una subrogación convencional en dichas transmisiones de contratas, con el fin de mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores que prestan servicios en un determinado centro de trabajo y no siendo aplicable el art. 44 E.T. debe estarse a la regulación convencional o al pliego de condiciones de la concesión administrativa de la transmisión de contratas para determinar las condiciones de la adscripción del personal.

Asimismo por la Sala entre otras en la sentencia recaída en Recurso de Suplicación nº 179/15, recoge doctrina unificada contenida en la STS de 24 de julio de 2013, en la que declara que “en los supuestos de sucesión de contratas la subrogación no opera de una manera automática en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que para que se produzca tiene que concurrir alguna de estas tres circunstancias: A) Que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales, esto es un conjunto organizado de elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, sin que pueda considerarse a la contrata ni a la concesión administrativa como unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación; B) Que aunque no haya habido transmisión de activos patrimoniales, el nuevo empresario entrante no sólo continúe con la actividad de que se trate, sino que también se haya hecho cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, siempre y cuando se trate de sectores cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; y C) Que aún no concurrendo transmisión de elementos patrimoniales o personales, la subrogación se encuentre expresamente prevista en el convenio colectivo aplicable o en el pliego de prescripciones de la contrata o concesión administrativa”.

Asimismo, tal cuestión litigiosa sometida a debate y resolución en el presente motivo de censura jurídica del Recurso de Suplicación de sucesión de empresas por sucesión de plantillas, ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en la sentencia recaída en el Recurso de Suplicación nº 19/11, 183/11, 1362/11 y 1060/13, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

Como en las mismas se declara, “reiterada doctrina judicial, entre otras, la STS de 19 marzo 2002 RCU 4216/2000 declara que “la Sala interpretando el art. 44 del ET, y disposiciones concordantes de la Directiva Comunitaria 77/87 de 14 Feb. viene declarando que el supuesto de hecho de la sucesión de empresas está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos, el primero de ellos referente al cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma que al decir del art. 44 sea un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto «intervivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión mortis causa de la empresa o de una parte significativa de la misma [art. 44 y 49.1 g) del E.T.]. El segundo requisito esencial es que los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente”, supuesto de Sucesión de empresa que es diferente de aquellos otros en los que se producen transmisión de contratas o cesión de contratas, como indica la STS de 11 julio 2002 en RCU 982/2001 estudiando aquellos trasposos que no pueden incardinarse dentro de un supuesto de sucesión del art. 44 del ET, puesto que no





se había producido una transmisión de elementos organizativos o patrimoniales como dicho precepto exige, declarando que no estamos ante un caso de Sucesión de empresas sino ante un “supuesto de cesión de contratos de trabajo cuya característica fundamental respecto de aquella otra situación radica en que requiere el consentimiento del trabajador, conforme a las exigencias generales del art. 1205 del CC.”, y se deduce de todo ello, como primera conclusión que “la subrogación producida no derivó del art. 44 del ET sino de aquel pliego de condiciones aceptado por la interesada, lo que hace que la fundamentación jurídica del recurso y de la sentencia no puedan jugar sobre los derechos y obligaciones derivados de aquel precepto legal sino sopesando los derivados de este acuerdo aceptado de cesión contractual. No obstante, en el presente caso, la oferta de la empresa y la aceptación tácita de la demandante se hizo por referencia a dicho precepto legal, lo que hace que aunque no estamos en presencia de una sucesión legal sino contractual, el contenido de derechos y obligaciones de las partes ha de ser en cierto sentido análogo, dada la remisión que ambos hicieron a dicho precepto legal. Por lo tanto, y sin perjuicio de señalar las diferencias teóricas entre ambos supuestos de sucesión para la adecuada solución del caso aquí planteado, habrá de estarse a la doctrina de esta Sala dictada en aplicación del art. 44, que viene recogida en la S 15 Dic. 1998 (Rec. 4424/1997), y que puede resumirse en los siguientes términos: a) la subrogación empresarial sólo abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras» (SS 5 Dic. 1992 y 20 Ene. 1997; b) «la obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad» (S 12 Nov. 1993; c) «el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores» (S 13 Feb. 1997); y d) la subrogación «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa trasmisora aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la determinar las condiciones de la adscripción del personal....Pero al caso es de aplicación la doctrina de los Tribunales Comunitarios y STS de 19 marzo 2002, 11 julio 2002, 29 de mayo de 2008 recogidas, entre otras, en la sentencia de esta Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 2114/10, que declara que se produce una sucesión de empresas en supuestos en que ha existido una continuación de la actividad y contrato de gran parte de la plantilla que venía prestando servicios en la misma actividad de servicio por lo que dicha actividad puede mantener su identidad aún después de su transmisión, es decir cuando el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad de que se trata sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea, en cuyo caso se produce una sucesión de empresas con los efectos subrogatorios consiguientes con arreglo al art. 44 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...”.

Sin embargo, la Sala considera que en el supuesto enjuiciado no se ha producido una sucesión de empresas por sucesión de plantillas, pues no consta acreditado que la empresa entrante se haya hecho cargo de la mayor, o una parte significativa, que se haya hecho cargo





de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, de una toda o de una parte sustancial de la plantilla de la contrata saliente, y así consta de forma intacta en el hecho probado 12 que “Antes de iniciar el servicio, la entidad Clece realiza proceso de selección al que concurre la actora, en el que se fijan como criterios de selección los establecidos en la contrata del ayuntamiento. En el proceso selectivo participaron 9 trabajadores de BCM de los cuales 6, entre ellos la actora, no reunían el requisito de acreditación de conocimiento de idioma. Los tres restantes fueron contratados para el mismo puesto.”, es por ello que el número de trabajadores subrogados en la empresa demandada Clece S.L. no es significativo ni la mayor parte ni una parte sustancial de la plantilla, como razona la sentencia recurrida en el Fundamento de derecho 6, de forma no desvirtuada por la parte recurrente, “no cabe hablar de que la nueva adjudicataria se haya hecho cargo de una parte esencial y mayoritaria de los trabajadores del anterior empresario (para ello hubiese sido preciso que la nueva adjudicataria al menos se hubiese hecho cargo de más de la mitad de los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior adjudicataria). Ello no queda desvirtuado en modo alguno por la sentencia de esta Sala de fecha 8 de febrero de 2017 (sentencia 251/17), pues si la misma declaró la existencia de una subrogación empresarial entre la empresa Eulen S.A y BCM Gestión de Servicios S.L respecto de un anterior cambio en la empresa adjudicataria del referido Servicio de Información Turística de la ciudad de Málaga, eso fue debido a que en ese caso la nueva adjudicataria del servicio (BCM) se había subrogado en los contratos de todos los trabajadores empleados en el servicio adjudicado, con la única excepción de la demandante en el indicado procedimiento, mientras que en el supuesto de autos la nueva adjudicataria (Clece) únicamente se había subrogado en los contratos de cuatro de los quince trabajadores empleados por anterior adjudicataria (BCM) en el servicio adjudicado.” Aplicando la anterior doctrina, debe desestimarse la existencia de obligación legal de subrogación.”, por lo que no opera la sucesión de plantillas y por ello no cabe la subrogación por sucesión de empresas.

Por ello, procede desestimar este motivo del recurso en la medida en que no se ha producido una sucesión de empresas por sucesión de plantillas.

SEXTO: En el 10 motivo del Recurso de Suplicación, denuncia la parte recurrente la infracción del art. 42 ET y 53.1 del mismo texto legal, realizando diversas alegaciones en el sentido de que la actividad pertenece al ciclo productivo del Ayuntamiento de Málaga, y es parte de la propia actividad, con aplicación de la STS de 21-17-2016, y por ello el salario regulador del despido ha de ser el 1.122,72 €, y no el que venía percibiendo con aplicación de la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 387/17 en caso similar de camareras de pisos.

La sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 387/17, invocada por la parte recurrente, declara que “El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, regula la subcontratación de obras o servicios entre empresas, permitiendo que el objeto de la misma sean obras o servicios correspondientes a la propia actividad desempeñada, estableciendo unas garantías para los trabajadores en estos supuestos. La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de 21 de julio de 2016 [ROJ: STS 3996/2016] entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la misma, en concreto, <las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, es to es, que forman parte de las actividades principales de la empresas>, de tal forma que nos encontramos ante una contrata de este tipo, <cuando de no haberse





concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial>. La aplicación de esta doctrina conduce, en el supuesto enjuiciado, a declarar que la actividad subcontratada por Vincci Hoteles S.A. a Mantelnor Outsourcing S.L. corresponde a la propia actividad de aquella y, por lo tanto, los trabajadores de ésta tienen derecho al reconocimiento de las garantías establecidas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en concreto, de las obligaciones de seguridad social y de naturaleza salarial, en los términos establecidos en el apartado segundo del mismo. Esta conclusión viene avalada por el contenido del artículo 3.1 del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Málaga, que reconoce a las camareras de pisos las condiciones que figuran en ese convenio colectivo con independencia de que la empresa que las haya contratado no sea la titular del hotel. En todo caso, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos, que la actividad de las camareras de pisos no fuese “propia actividad” de la empresa hotelera, debe resaltarse que la no aplicación a la demandante del convenio colectivo de hostelería por Mantelnor Outsourcing S.L. constituye un fraude, a la vista del contenido del contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre Mantelnor Outsourcing S.L. y Vincci Hoteles S.A., en el que se basa la redacción del hecho probado segundo, de acuerdo con lo manifestado en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, contiene una cláusula -la 12.5- en la que aquella empresa manifiesta que <...conoce el calendario y horario de trabajo, y condiciones sociolaborales de la empresa cliente, así como todas sus normas internas y de organización... comprometiéndose a prestar los servicios atendiendo a dichas circunstancias y con respeto a la organización y disciplina del centro>. Por ello, la puesta en relación del objeto social de Mantelnor Outsourcing S.L., con el artículo 3.1 del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Málaga, con el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, con el concepto de “propia actividad” de este artículo, y con el propio contrato de arrendamiento de servicios, lleva a la Sala a concluir que, a pesar de que exista un convenio de empresa de Mantelnor Outsourcing S.L., esta empresa viene obligada a abonar a las camareras de pisos a su servicio, que prestan servicios en Vincci Hoteles S.A., el salario establecido en el Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de Málaga. A esa conclusión no es obstáculo el convenio de empresa de Mantelnor Outsourcing S.L., ya que la aplicación del mismo constituye un fraude a la demandante, prohibido por el artículo 6.2 del Código Civil. Por tanto, el salario regulador de su despido ha de ser el de 1.839,46 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias, que es el fijado en la Sección Primera del Convenio Colectivo de hostelería para la provincia de Málaga para las camareras de pisos, o lo que es lo mismo el de 60,48 euros diarios con prorrata de pagas extraordinarias. En consecuencia, la indemnización correspondiente a la declaración de improcedencia del despido, para el caso de no readmisión, asciende a 1.330,56 euros. En la medida en que no lo ha entendido así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 3.1 del Convenio Colectivo de hostelería para la provincia de Málaga, en relación con los artículos 3.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, lo que conduce a la estimación del primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.”.

Sin embargo, la Sala entiende que tal criterio no puede entenderse de aplicación al caso presente, al tratarse de una contrata lícita y permitida, y tratarse de una actividad la de informadores turísticos que no puede decirse que sea propia actividad de la empresa Ayuntamiento de Málaga, pues no entra dentro de las obras y servicios nucleares de la misma, en concreto, de <las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la





empresa, es to es, que forman parte de las actividades principales de la empresas>, de tal forma que nos encontramos ante una contrata de este tipo , <cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial>, es decir que no se trata de cometido funcional que que forme parte de las actividades principales de la empresa Ayuntamiento de Málaga, no contemplándose siquiera tal cometido funcional de informadores turísticos ni la categoría en el Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga como alega la parte recurrida.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO: Igual suerte desfavorable merece la pretensión de despido nulo con las consecuencias derivadas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española en su vertiente de indemnidad.

Así lo resuelve, con aplicación al caso presente al ser idéntico, en la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 324/2018, que declara que “reclama la demandante la declaración de nulidad de su despido por haber acaecido el mismo con vulneración de sus derechos fundamentales, incidiendo con ello en que la sentencia recurrida vulnera el contenido del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 24 y 28 de la Constitución. En desarrollo de este motivo la demandante entiende que la decisión extintiva de la empresa demandada se produjo con violación de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que de los indicios que cita entiende que su despido fué una represalia por las previas reivindicaciones que formuló en defensa de sus derechos e intereses, así como por causa de su actividad sindical o reivindicativa. Ahora bien, muy al contrario de los extremos y argumentos invocados por la recurrente, los hechos tienen su propio lenguaje, y de los inalterados datos objetivos obrantes en el relato fáctico de la sentencia no podemos bajo ningún concepto entender concurrente viso o indicio significativo alguno del que siquiera inferir la concurrencia de la vulneración de derechos fundamentales denunciada a través del motivo que ahora nos ocupa. Pero es que además de lo expuesto, de los extremos contenidos en el apartado de hechos probados de la sentencia pocas dudas podemos albergar en relación a que la causa de la extinción del contrato de la hoy demandante no fue otra que la finalización de la contrata adjudicada a la empleadora, que determinó un sobredimensionamiento de su plantilla y por ende la necesidad de amortizar puestos de trabajo sobrantes. La actora prestaba servicios como informadora turística y fue la contrata concertada con el Ayuntamiento para desplegar tal actividad la que se extinguió en el verano del año 2016, coincidiendo en el tiempo su cese con tal circunstancia y por ende revelándose el mismo como la única causa determinante del despido hoy enjuiciado, completamente alejada de la represalia o castigo denunciado. Y ante ello hemos de concluir afirmando que es ésta circunstancia objetiva, y no otra, la que consta sobradamente probado en autos determinó su despido hoy enjuiciado, y en ningún caso la voluntad o propósito empresarial de represaliar a la actora, no constando en autos probados datos significativos de los que extraer los preceptivos indicios de los que inferir el haber acaecido el despido de la demandante con vulneración de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, y por iguales razonamientos a los expuestos, procede desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO: En el siguiente motivo de censura jurídica y 11 del Recurso de Suplicación, denuncia la parte recurrente la infracción del art. 51.1 ET y 24.1 de la Constitución española, al haberse superado los umbrales de la extinción del contrato por causas objetivas y tratarse de un despido colectivo, realizando diversas alegaciones en el sentido de que el despido ha





de reputarse nulo por causa de haber tenido la empresa que seguir para llevarlo a cabo los cauces del despido colectivo.

Dispone el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores que a efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores y al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores., que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco"..., y que "cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Por ello, con arreglo al expresado precepto artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores el despido es colectivo cuando la extinción de los contratos de trabajo afecte al menos a 10 trabajadores o al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, por lo que en este caso el despido por causas objetivas de carácter individual o colectivo menor como igualmente viene calificado por afectar a menor número de trabajadores de los exigidos para aquél no es procedimiento adecuado para extinguir los contratos de trabajo, y ha de acudir a los trámites del art. 51 para el despido colectivo al haber sido superada la cifra requerida por dicho precepto estatutario en el período correspondiente.

La cuestión relativa al despido nulo por superar o no los umbrales numéricos del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores planteada por la parte recurrente, ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras, en las sentencias recaídas en los Recursos de Suplicación nº 1775/12, 1856/12, 996/13 y 279/15, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo y debe la planteada en este Recurso de Suplicación recibir la misma solución.

En aquéllas se declara que "Ante ello, en examen de la materia que nos ocupa, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 Estatuto de los Trabajadores, cabe partir indicando que estamos ante un despido colectivo cuando en la extinción de los contratos de trabajo decidida por el empresario concurren dos circunstancias: 1.- que tal extinción esté fundada en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y; 2.- que en un periodo de referencia que el precepto sitúa en noventa días, la extinción afecte a un número de trabajadores determinado en función de la plantilla de la empresa. Esta segunda regla se complementa en los párrafos siguientes del mismo artículo 51.1 Estatuto de los Trabajadores con otras tantas. Concretamente en el párrafo 4 de dicho apartado 1º se dice lo siguiente: "... para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo 1 de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona





del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco...”.

La doctrina judicial se ha tenido que enfrentar con el problema de interpretar cuáles son las extinciones que también se debe computar en el periodo de referencia de noventa días, producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, expresión ésta que procede literalmente de la Directiva Comunitaria 98/59 y que por causa de no tener equivalencia clara en derecho español ha dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales de diferente signo.

Y ante ello, del examen la normativa concurrente y contrastando la misma con las numerosas resoluciones judiciales recaídas en asuntos como el de autos puede extraerse una consecuencia clara, y esta es que la finalidad perseguida por el precepto de referencia es justamente la de evitar que a través de otras formas de terminación de la relación laboral, a salvo de las expresamente excluidas, se trate de eludir el procedimiento establecido para los despidos colectivos. De tal modo, en sentencia del TSJ de Navarra de fecha 30.11.1996, se vino a indicar cómo “...*la mera invocación de un despido disciplinario, que no es tal, para justificar que no se superan los umbrales que el art. 51, 1 a) establece para que se siga el procedimiento establecido en dicho precepto para el despido colectivo, no es bastante ni legítima la omisión de aquel iter administrativo, pues otra solución contraria daría lugar a fáciles maniobras fraudulentas...*”. ... por lo que se ha de llegar a la conclusión de que del cómputo a que alude el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se han de excluir exclusivamente las extinciones de los contratos temporales y únicamente cuando las mismas no adolezcan de vicios que conviertan los contratos en fijos o indefinidos.

De lo anteriormente citado resulta que aún en el supuesto de encontrarnos con anteriores despidos disciplinarios, a menos que la procedencia de los mismos no fuera objeto de impugnación por los trabajadores o fuera reconocida judicialmente, en los restantes casos, ya sea declarada judicialmente su improcedencia, ya sea reconocida por el empresario, tales extinciones unilaterales acordadas por el empresario, si acontecen dentro del periodo de 90 días anteriores, han de incluirse dentro del cómputo de trabajadores afectados a los efectos de superación de los umbrales cuantitativos prevenidos en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo anterior ciertamente se cita a puros efectos dialécticos, por cuanto la resolución del presente motivo de recurso alcanza una enorme simpleza cuando de los inalterados hechos probados de la sentencia –con las modificaciones introducidas por vía del presente recurso- resulta que el despido del demandante aconteció en fecha 09.01.2012, sin que en los 90 días anteriores al mismo conste el que la empresa hubiera procedido al despido de otros 29 empleados de la empresa –y mucho menos que los mismos fueran por causas objetivas y/o computables a los efectos que nos ocupan-, máxime cuando resulta acreditado que en los 90 días inmediatamente anteriores al despido del demandante no había procedido al despido por causas objetivas de ningún empleado –el inmediatamente anterior aconteció el 26.09.2011-, procediendo el mismo día 09.01.2012 al despido por causas objetivas de otros 25 empleados de sus diferentes centros de trabajo.

La reciente doctrina jurisprudencial ha abordado el tema que ahora nos ocupa, indicando la sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2010 al efecto lo que sigue: “...*Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se*





conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto". Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres. Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T. que, al decir "Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...", nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el "dies a quo" para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente...".

También la sentencia recurrida recoge la STS de fecha 23 de Abril de 2012 que declara que "Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto". Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a





ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. (...) Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T. que, al decir "Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...", nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el "dies a quo" para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente."

La cuestión planteada en el presente motivo del Recurso de Suplicación ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras en las sentencias de la Sala recaídas en Recursos de Suplicación nº 239/17 y 324/18, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivos para cambiarlo.

Como en la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 324/2018 se declara "Y por último, habremos de resolver el motivo articulado en undécimo lugar, a través del cual se denuncia como vulnerado el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, indicando en ello el que habiéndose superado los umbrales numéricos establecidos en el artículo citado la empleadora hubo de haber acudido a los trámites del despido colectivo para proceder a su despido, y al no haberlo hecho el mismo habrá de reputarse como nulo. Y lo cierto es que tal censura jurídica habrá de merecer favorable acogida, compartiendo y siguiendo con ello plenamente los dictados de nuestra anterior sentencia de 21.03.2018, en la que al igual que acontece en las presentes actuaciones, "...consta acreditado en autos el que la entidad BCM, de una plantilla de 525 trabajadores que tenía el 20.06.2016, pasó a tener el 24.08.2016 -esto es, dos meses más tarde y dos días tras el despido de la demandante- una plantilla de 234 trabajadores. Es más, consta acreditado que en el mes anterior al despido de la actora se redujo su plantilla en más de un 50%, pasando de 508 trabajadores que tenía el 24 de julio a los indicados 234 que tenía el 24 de agosto...". Tales detalle de datos y cifras concuerda con los citados -ciertamente de manera mucho más genérica y referencial- en el hecho probado sexto de la sentencia hoy combatida, u a la vista de los mismos, que la reducción de tal volumen de plantilla superó con creces los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores pocas dudas nos puede ocasionar, y ante ello lo cierto es que tampoco llega a entenderse el planteamiento mantenido al efecto en la sentencia recurrida, que al tiempo de abordar esta concreta problemática en el apartado 2º de su fundamento de derecho sexto se limita a citar sesgadamente diversos aspectos y llega a unas conclusiones que aparte de carecer por completo del más elemental respaldo normativo suponen al unísono una flagrante vulneración de la continuada y abrumadora doctrina jurisprudencial habida en la materia, como seguidamente veremos. A tal efecto, por lo que al cómputo de trabajadores se refiere, por mucho que la sentencia recurrida trate de ver otra cosa, no solamente los datos objetivos de plantilla procedentes de los TC2 aportados a los autos son más que claros y explícitos en relación a la reducción de personal operada en la empresa, sino que tampoco nos puede presentar duda u obstáculo alguno el que tal referencia de reducción de personal venga referida a 2 días tras el del despido de la demandante -así al 24.08.2016-, cuando incluso la sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2012, al tiempo de resolver una problemática sustancialmente idéntica a la que ahora nos ocupa, incide en que





un comportamiento de tal tipo podría perfectamente incluirse en "...los supuestos de obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil, como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo...", incidiendo en que "...la proximidad entre las "nuevas extinciones" y la del actor es tan corta, dos días, que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo lo que haría dos días después y no acordó simultáneamente todas las extinciones con el fin de eludir la aplicación de la norma general del artículo 51-1 del E.T.. Tal proceder debe anularse por fraudulento, conforme al artículo 6-4 del Código Civil, ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir...". Por lo tanto, el que al tiempo de ser cesada la hoy actora y durante los 90 días previos a tal cese la empleadora BCM asistió a la extinción de los contratos de trabajo de otros numerosos empleados de su entidad, nada menos que unos 300 de una plantilla de 525, es más que evidente, superándose con ello de manera inequívoca los umbrales numéricos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, pese a la contundencia de tales datos objetivos y a la mayúscula reducción de personal habida en la empresa, la sentencia recurrida parece entender que no constan probados en autos ni siquiera 21 de las más de 300 extinciones habidas, reseñando al efecto de manera completamente ambigua el que a su entender es la parte actora la que tiene la carga de acreditar no solo la concurrencia de un número de despidos superior al umbral máximo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sino igualmente el que la causa de los mismos es objetiva ex artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Pero lo cierto es que frente a ello, consta por una parte sobradamente probado en autos el número de extinciones contractuales operadas en la demandada durante los 90 días previos al despido de la actora, y en todo caso y de manera inequívoca el que las mismas superaron el número de 30 -que no de 21- exigido para una plantilla como la que ostentaba en tal momento la demandada; y por otra parte, muy lejos del planteamiento mantenido por la sentencia recurrida, y en relación las causas de tales extinciones contractuales, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2012 es clara y explícita en relación a que "...al empresario, conforme a los números 3 y 7 del artículo 217 de la L.E.C. incumbe la carga de probar la causa de las extinciones contractuales producidas durante el periodo de referencia, a fin de acreditar si procede o no su cómputo, y le perjudica la falta de prueba de ese dato...", por lo que en el caso de autos la falta de la debida probanza y acreditación de tal extremo ha de pechar contra la empresa y no contra el trabajador como resuelve la sentencia recurrida, siendo por ello por lo que han de ser computables a los efectos que nos ocupan todos los contratos que en tal periodo de referencia se vieron extinguidos. Consecuencia de lo expuesto, al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores parece evidente que la entidad BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., al tiempo de proceder al despido de la demandante, hubo de haber seguido el procedimiento de despido colectivo establecido al efecto en el artículo indicado, y al no haberlo hecho así, y por aplicación del artículo 124.13.3º de la Ley de la Jurisdicción Social, habrá de reputarse el despido enjuiciado como nulo, con las consecuencias derivadas del mismo previstas en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al cual la actora ostenta derecho a ser readmitida en su puesto de trabajo por la entidad BCM





GESTION DE SERVICIOS S.L., y al cobro de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de readmisión de la demandante, debiendo correlativamente de devolver el importe de la indemnización previamente recibida por el despido objetivo de que fue objeto. Y a la vista de lo expuesto, procede estimar en parte el recurso de suplicación articulado por la demandante, para con ello revocar la sentencia recurrida a los efectos de declarar la nulidad del despido de que fue objeto, con las consecuencias anteriormente citadas y que se expondrán en la parte dispositiva de la presente resolución.”

Y en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación debe llegarse a la misma solución, al ser caso idéntico, de declarar el despido nulo con las consecuencias derivadas previstas en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al cual la actora ostenta derecho a ser readmitida en su puesto de trabajo por la entidad BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., y al cobro de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de readmisión de la demandante, debiendo correlativamente de devolver el importe de la indemnización previamente recibida por el despido objetivo de que fue objeto, con estimación parcial del recurso de suplicación articulado por la demandante, y con ello revocación parcial de la sentencia recurrida a los efectos de declarar la nulidad del despido de que fue objeto la parte actora, con las consecuencias anteriormente citadas y que se expondrán en la parte dispositiva de la presente resolución

NOVENO: 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 ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número SEIS de Málaga de fecha 26/07/2017, en sus autos número 869/2016, y en consecuencia, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** la sentencia recurrida a los exclusivos efectos de declarar la nulidad del despido de que fue objeto la demandante en fecha 22.08.2016, condenando en exclusiva a soportar las consecuencias derivadas del mismo a la entidad BCM GESTION DE SERVICIOS S.L., la que habrá igualmente de venir condenada a readmitir a la actora en su puesto de trabajo y a abonarle los salarios de tramitación devengados -a razón de 437,52 euros mensuales- desde la fecha del despido hasta la de efectiva readmisión, sin perjuicio de la obligación de la trabajadora de devolver a la citada entidad el importe de la indemnización previamente recibida por importe de 388,80 euros. Y ello, correlativamente, refrendando el pronunciamiento desestimatorio emitido respecto de las demás empresas codemandadas, que habrán por ello de resultar absueltas de todas las pretensiones deducidas en su contra en el curso de las presentes actuaciones.

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 diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander las siguientes consignaciones:





1. La suma de 600 euros en concepto de depósito en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social -cuenta nº [REDACTED] número de procedimiento (0001/10)-.
2. La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el [REDACTED] con el número [REDACTED] bien, mediante transferencia a la cuenta número [REDACTED] en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o bien 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] nº de procedimiento (0001/10)-, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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."

