ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. DE LO SOCIAL N. 5 MURCIA

AYUNTAMIENTO DE MURCIA
SERVICIOS JURIDICOS
28 MAR. 2018
ENTRADA

SENTENCIA: 00118/2018

AVD.CIUDAD DE LA JUSTICIA S.N - CIUDAD DE LA JUSTICIA - FASE I - CP. 30011 MURCIA -
DIR3:J00001069
Tfno: 968-229100
Fax:

Equipo/usuario: M

NIG: 30030 44 4 2017 0005070
Modelo: N02700

DOI DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000611 /2017

Procedimiento origen: /
Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: ;Z
ABOGADO/A:
PROCURADOR.
GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, AYUNTAMIENTO DE MURCIA AYUNTAMIENTO DE MURCIA , ACTIVIDADES CULTURALES RIGA, S.L.
ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, LETRADO AYUNTAMIENTO ,
PROCURADOR: , , BENITO GARCIA-LEGAZ VERA
GRADUADO/A SOCIAL: , JAVIER TIBERIO VIDAL MAESTRE ,

SENTENCIA Nº 118/2018

En MURCIA, a veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

D. RAMON ALVAREZ LAITA Magistrado Juez del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 tras haber visto el presente DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000611/2017 a instancia de Dª. ANA PILAR SANCHEZ SANCHEZ, contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL, AYUNTAMIENTO DE MURCIA, ACTIVIDADES CULTURALES RIGA, S.L., **EN NOMBRE DEL REY**, ha pronunciado la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- [illegible] presentó demanda en procedimiento de DESPIDO contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL, AYUNTAMIENTO DE MURCIA, ACTIVIDADES CULTURALES RIGA, S.L., en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, haciendo alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizando con la súplica de que se dicte sentencia accediendo a lo solicitado.

Firmado por: RAMON ALVAREZ LAITA
27/03/2018 10:29
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-Mi:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se ha/n celebrado los actos de conciliación, y en su caso, juicio/el acto de juicio con el resultado que obra en las actuaciones.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- [illegible] n DNI: [illegible] trabajó para la empresa ACTIVIDADES CULTURALES RIGA, S.L., con [illegible] desde 01/09/2011 con categoría de técnico de información con la actividad de la empresa de gestión de actividades culturales, en el centro de trabajo de Museo de la Ciudad de Murcia, con salario incluida prorrata de extras de [illegible] uros brutos mes, y a efectos de trámite de [illegible] euros brutos día, que no era delegado de personal, sindical o miembro del Comité de Empresa. Ello, mediante un contrato de duración determinada vinculado al contrato con el Ayuntamiento de Murcia para los servicios del Museo de la ciudad. El contrato fue convertido en indefinido en 01/09/2015.

SEGUNDO.- El actor fue despedido por carta de fecha 16/08/2017, que la actora firmó expresando disconformidad; y efectos de 31/08/2017, que obra en autos y se da por reproducida a efectos probatorios, en la que sustancialmente se decía que se le extinguia el contrato por razones productivas y organizativas, consistentes en la finalización del contrato administrativo que mantenía con el Ayuntamiento. En el momento de la comunicación de la extinción se le entregó un cheque bancario por la cantidad de [illegible] euros en concepto de indemnización.

TERCERO.- Tras la formulación de un pliego de cláusulas administrativas para la contratación por el Ayuntamiento de Murcia de "Servicios para el Funcionamiento del Museo de la Ciudad, formulado el 18 de marzo de 2011. Se adjudicó a la Empresa "actividades Culturales Riga, S.L.", la ejecución del mismo, formalizándose el contrato administrativo el 01/09/2011, que desde entonces se ha venido desarrollando mediante prorrogas del mismo. Venciendo la última el 31/08/2017. La empresa se dirigió al Ayuntamiento el 12/07/2017, solicitando que "tenga a bien comunicar a esta parte las actuaciones que realizará en relación a la continuidad del servicio prestado una vez que expire el tiempo convenido en el contrato administrativo". El Ayuntamiento no contesto a la misma.

Código Seguro de Verificación E04799402-Mi:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CUARTO.- La empresa y el Ayuntamiento concertaron el contrato administrativo con la finalidad de que la primera realizara en el Museo las siguientes actividades: 1°.- Conservación de la colección del museo, formación continua de los guías y difusión y promoción cultural y pedagógica. 2°.- Guías de grupos y atención e información al público. 3°.- Vigilancia de salas y seguridad de la colección permanente y exposiciones temporales. 4°.- Asistencia técnica a actividades del Museo de la Ciudad. El Ayuntamiento solo tenía en el referido Museo a dos trabajadores, La Directora y un ordenanza. Tras la extinción del contrato, en la actualidad solo hay ordenanzas interinos de la bolsa de trabajo del Ayuntamiento, que se limitan a hacer el control de acceso y la vigilancia. No se ofrece ni visitas guiadas ni explicaciones personales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se articula por la actora, trabajadora de empresa de actividades culturales para terceros, demanda impugnando el despido que afirma haberse producido, sostiene para ello la nulidad de la decisión extintiva, en base a la cita de la fundamentación por vulneración de los art. 14, 23 y 24 de la C.E.; o, subsidiariamente, la improcedencia de su despido efectuado por la entidad demandada mediante comunicación escrita fechada el día 16 de agosto de 2017. con fecha de efectos de la extinción laboral 31 de agosto de 2017, por haber sido objeto la trabajadora demandante de una cesión ilegal de mano de obra, y ser el contrato fraudulento, y se condene solidariamente a todos los codemandados a hacer frente a las consecuencias del despido, aclarando que para el supuesto de considerarse que existió cesión ilegal de mano de obra, se optaba por que la readmisión se efectuase por el Ayuntamiento demandado como trabajadora indefinida no fija. La demanda se acumula a otra de declaración de la condición de indefinida no fija y reclamación de las cantidades que señala en cuanto a la aplicación del Convenio del Ayuntamiento de Murcia. La acción se ejercita contra el empleador directo y contra el Ayuntamiento de Murcia, respecto al cual considera se produjo la cesión de mano de obra y resulto beneficiario de la misma. Frente a tales pretensiones se opusieron los codemandados comparecidos alegando las razones que son de ver en el acta levantada al efecto, las cuales pueden sintetizarse del modo siguiente; A) La empresa alega la realización de una extinción de carácter objetivo que se ajusta a la legalidad, basado en razones productivas y organizativas dada la no renovación del contrato administrativo suscrito con el Ayuntamiento de Murcia. Niega el salario pretendido, niega la infracción de derechos Fundamentales, dado que con anterioridad a los trámites iniciados por la parte actora ya se sabía que el contrato vencia, niega también el salario, debe estarse al fijado en la nómina de la accionante. B) El Excmo. Ayuntamiento de Murcia alegaba, en primer lugar, la falta de acción de despido frente al Consistorio demandado,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

pues no existía relación laboral, ni administrativa entre ese organismo y la trabajadora demandante, ya que la misma había prestado sus servicios por cuenta y orden de la entidad demandada en el ámbito de dos contratos de prestación de servicios suscritos entre esta mercantil y el Ayuntamiento, seguidamente, se manifestaba que no existía cesión ilegal de trabajadores, habida cuenta de que los servicios se habían prestado en virtud de los referidos contratos, los cuales daban cumplimiento a todos los requisitos de legalidad, y finalmente, solicitaba la desestimación de la demanda previo el recibimiento del pleito a prueba. Sostiene principalmente las diferencias de este caso con otros reiteradamente propuestos respecto a otros museos o instituciones, dado que en el caso de autos existía una coordinadora por parte de la empresa, que era la que mantenía la relación con la administración local, siendo el controlador del contrato administrativo suscrito, una tercera persona distinta a la Directora del Museo. El Ministerio Publico solicito la absolución por no apreciar infracción de Derechos Fundamentales.

Se practicó prueba documental y testifical, en base a la cual se formó el criterio del Juzgador como también por la postura contradictoria de las partes, en la forma que se dirá, como también por la postura contradictoria de las partes en el acto del juicio.

SEGUNDO.- Respecto de la nulidad del despido por vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 14 de la CE, es de indicar que lo relevante a tales efectos es "tertium comparationis", cuyos rasgos esenciales se resumen la Sentencia del STC 76/1990, de 26 de abril, en su fundamento jurídico cuarto al disponer: "a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

desmedidos". Y base a dicha doctrina, no se aprecia vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el art. 24 de la C.E., por el mero hecho de que los trabajadores de colaboración social hayan sido regularizados, pues no existe término de comparación entre estos últimos trabajadores que fueron contratados de forma directa por el Consistorio demandado y las circunstancias que rodearon la contratación de la demandante, y en consecuencia, la forma de prestación de sus servicios.

TERCERO.- Acerca de la garantía de indemnidad, ha de traerse a colación la Sentencia dictada por La Sala de Lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la C.C.A.A. de la Región de Murcia en fecha 30 de septiembre de 2015 y que declara textualmente lo siguiente: "Es doctrina reiterada que en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 41.1 de la Constitución Española y artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores (SSTC 5/2003, de 20/Enero FJ 7 ; [...] 75/2010, de 19/Octubre, FJ 4 ; y 76/2010, de 19/Octubre , FJ 4. Reproduciendo tal doctrina, SSTS 25/02/08 -rcud 3000/06 -; [...] 13/11/12 -rcud 3781/11 -; y 29/01/13 -rcud 349/12). Asimismo, la STC 6/2011 expresa que "es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengan perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue "la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (SSTC 11/1998). En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vICC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

fundamental, que concurran dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador. En suma, el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. La inversión probatoria en materia de Derechos Fundamentales. No es menos usual criterio -desde la STC 38/1981, de 23/Noviembre - que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate [SSTC 168/2006, de 5/Junio, FJ 10 ; 17/2007, de 12/Febrero, FJ 3 ; 257/2007, de 17/Diciembre , FJ 4]. Porque la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó la jurisprudencia social desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal» (SSTC 75/2010, de 19/Octubre). En la doctrina ordinaria, SSTS 22/12/14). El presupuesto indiciario.- Pero -conforme unánime doctrina que parte de la referida STC 38/1981, de 23 Noviembre - para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que «debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación» [SSTC 16/2006, de 19/Enero, FJ 2 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; 168/2006, de 5/Junio , FJ 4] o de «represalia empresarial» [STC 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3], ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla -la vulneración constitucional- se haya producido, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación [SSTC se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales» [por todas, SSTC 293/1993, de 18/Octubre".

CUARTO.- Sobre la base de la doctrina constitucional expuesta en el precedente ordinal y entrando ya en el análisis y resolución de la cuestión litigiosa, lo primero que cabe plantearse es si resulta o no verosímil la denuncia del

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

carácter atentatorio al derecho fundamental, por vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva, del despido efectuado por la empresa, a fin de determinar si ha de ponerse en juego o no el mecanismo de distribución de la carga de la prueba contenido en la doctrina antes transcrita. Y, en este sentido, debe señalarse que aun cuando la parte actora aporta indicios, los cuales se concretan: 1) en el hecho de que la trabajadora demandante en fecha 23 de agosto de 2017 interpuso Reclamación Previa y papeleta de conciliación ante la Sección de Conciliación del Servicio de Relaciones Laborales y reclamación administrativa previa ante el Ayuntamiento de Murcia y, a la vez, demanda interpuesta en el mismo día. El Iter judicial y prejudicial determina la voluntad de la trabajadora de causar efecto jurídico y construir una situación de reclamación judicial o preparatoria de la vía judicial, para aprovechar la circunstancia del vencimiento del contrato y su despido, ya anunciado a los efectos de preconstituir una determinada apariencia de infracción de la garantía de indemnidad. Así puede observarse, en sentido contrario al que la trabajadora pretende, la poca diferencia que hay entre la fecha de comunicación del despido y las posteriores reclamaciones ante la UMAC, administrativas ante el Ayuntamiento y la demanda judicial, al respecto carta de despido (documento 1 del actor y de Riga) reclamaciones administrativas ante el Ayuntamiento y la UMAC (doc. 8 y 7 prueba actor) y demanda declarativa y de cantidad (documento 9 del actor), todas ellas fechadas después de que la empresa hubiera comunicado la extinción a la trabajadora. La actora además no debía ignorar el inmediato vencimiento del contrato. Relación de fechas que determina, como las partes demandadas opinan y el Ministerio Publico mantiene la inexistencia de violación del principio de indemnidad.

QUINTO.- También con carácter previo a entrar a conocer sobre el fondo de la Litis, han de ser analizadas una cuestión que resultan controvertida entre las partes litigantes, a saber, determinar cuál debe de ser el salario regulador, dado que, en este caso, la empresa admite la antigüedad señalada en demanda que, además, se corresponde íntegramente con la consignada en la vida laboral aportada en el ramo de prueba de la actora con el número 4 de la misma. En relación al salario regulador, ciertamente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de febrero de 1993, estableció el criterio de que el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es adecuado al proceso de despido dado que se trata de un elemento esencial en la acción ejercitada y sobre el que debe pronunciarse la sentencia, sin que por ello se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la Ley una acción inadecuada, ya que de lo que se trata es de determinar el salario regulador de la indemnización, que no es otro que aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente haya podido fijar la empresa la empresa de modo unilateral y en su perjuicio. En las presentes actuaciones el salario regulador ha de quedar fijado en la cuantía que ha sido especificada en el hecho

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

primero de la presente Resolución, esto es 1.170,79 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras y 39,02 euros diarios con idéntica inclusión, cuantías éstas que resultan de las ultimas nóminas de mes completo con prorrata de extras y su cotización por la empresa, con exclusión de las percepciones no salariales. Al respecto constan las nóminas de los citados meses en el ramo de la empresa bajo el número 5 de la empresa y tres del actor ("hojas de salario"). Las pretensiones de la parte actora al respecto de la aplicación de los salarios de los funcionarios de la categoría que pretende, no pueden tener favorable acogida, pues postula como el salario regulador el correspondiente al puesto de jefe de programas o técnico de información sucesivamente. Sin que conste que su trabajo sea asimilable al de un funcionario; más aún la demanda es aclarada, más bien modificada al momento de la ratificación, sosteniendo diversos salarios según unas nuevas categorías que pretende, ninguno de ellos coincidente con el consignado en demanda, viéndose las partes ante una modificación sustancial de la demanda.

SEXTO.- Centrada la cuestión litigiosa en la forma expuesta en el ordinal precedente, es de indicar que en las presentes actuaciones se ejercitan de forma acumulada, dos acciones distintas una acción de impugnación de un despido y una acción sobre cesión ilegal de trabajadores, acumulación ésta que no obstante a la literalidad de los términos del art. 26.3 de L.R.J.S., y conforme a la cual no se admite la acumulación de la acción de despido a otras acciones, salvo a las de extinción del contrato de trabajo del art. 50 del E.T., viene siendo admitida por el Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras de 8 de julio de 2003, de 5 de febrero de 2.008 y 14 de octubre de 2.009, que declaran que "no es obstáculo para accionar conjuntamente la acción de despido y cesión ilegal, cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pues el trabajador puede accionar frente a aquel y alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionarias a responder de las consecuencias del despido, ni tampoco para que el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a este tipo de cesión". Entrando en el análisis de la cesión ilegal de trabajadores la misma está regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que establece en su apartado primero que 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, y que, en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición

Código Seguro de Verificación E04799402-Ml:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de empresario (apartado 2). La Sala de Lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia, entre otras, dictada en fecha 18 de mayo de 2016 establece respecto de la cesión ilegal de trabajadores literalmente lo siguiente: "La doctrina de esta Sala en aplicación del precepto es copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, atendiendo a las distintas y múltiples situaciones que en la práctica, pueden darse. Esa doctrina, es recordada por la STS/IV de 19 de junio de 2012 2200/2011), señalando que "se recoge, entre otras, en las sentencias de 19 de enero de 1994 , 12 de diciembre de 1997 , 14 de diciembre de 2001 , 17 de enero de 2002 , 16 de junio de 2003 , 3 de octubre de 2005 , 20 de julio de 2007 , 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009 . Establecen estas sentencias que "la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas 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, se recuerda en aquéllas SSTS, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señala 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 ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, "aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria". El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997, y más recientemente en una serie de SSTS relacionadas

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

con la cesión ilegal estimada en la prestación de servicios para un Ayuntamiento, de las que a título de ejemplo se citan las de 27 de enero de 2.011, y 2 de junio de 2.011. En todas ellas se destaca la relevancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata como factor esencial para la calificación de la situación resultante, de manera que, en definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. La finalidad que persigue el artículo 43 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 por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores." Así mismo, la Sentencia de la Sala de Lo Social del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 declara textualmente lo siguiente: "Como señala la STS 26/10/2016: "la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica". Tras lo que resume la doctrina que esta Sala ha elaborado sobre la cesión ilegal de trabajadores, "... ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión.
Y finalmente, debe indicarse que el Tribunal Supremo, en Sentencias, dictadas entre otras, de 17 de diciembre de 2010, de y 1 de febrero de 2011, ha admitido la cesión ilegal para el caso de contratas con las administraciones públicas, en los que la empresa cedente no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:plbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

su gestión empresarial, sino que esa gestión es meramente interpositiva a fin de abonar formalmente los salarios, si bien la prestación de los servicios se ha prestado en las instalaciones de la Administración, utilizando sus propios medios y personal auxiliar, bajo la dirección del personal de la Administración, siendo irrelevante que se haya acreditado o no el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el hecho de sustituir esa empresa al empleador real-la Administración, y continua diciendo la última de las Sentencias indicadas, que no puede invocarse los términos del contrato suscrito entre la empresa cedente y la Administración, en orden a exonerar las obligaciones de esta última, pues sus cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 del Cc), ni vulnerar preceptos imperativos, sin que quepa confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, y en concreto, dar órdenes al contratista (art. 231 y 281 de la Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts 235 y 281 de la citada ley) con lo que aquí se ha producido, esto es, la dirección directa y exclusiva de la prestación del trabajo por parte del Ayuntamiento, sin que pueda hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra.

SEPTIMO.- En el caso de autos no se aprecia la existencia de una cesión fraudulenta de mano de obra, Pues bien, partiendo de estos criterios jurisprudenciales deben abordarse los datos del caso concreto poniéndose de relieve, destacándose lo siguiente:

1) en cuanto a los medios materiales, prestan servicios en las instalaciones del Ayuntamiento -concretamente en el Museo de la Ciudad, donde si bien es cierto que el conjunto de las piezas, maquetas y paneles exhibidos son de titularidad municipal, salvo los referidos a exposiciones temporales, la actora utilizaba uniforme de su empresa (doc. 9 y 10 empresa), se aplicaba sobre los programas informáticos elaborados por o para su mercantil (testifical), recibía cursos de formación a través de su contratadora (docs. 7), se le proporciono la documentación de política de prevención, responsabilidad del trabajador y riesgos del puesto de trabajo también por su empleadora (docs 8), entre esta se encontraba la propia guía del Museo, siempre cobro de Riga, a su nombre firmo las nóminas y el contrato con la citada empresa(docs. 12 y 11); poco material había que no fuera los elementos expuestos, pero los consumibles eran proporcionados por la empresa.

2) En cuanto al ejercicio del poder de dirección y la inserción en la organización empresarial, es el personal de su propia empresa el que coordinaba a la trabajadora, al respecto nos consta el contrato de trabajo de la coordinadora (doc. 12), tenemos el testimonio de la Sra. Directora del Museo que mantiene, incluso con vehemencia y con indignación, que ella no daba órdenes a la trabajadora, ni concedía vacaciones, ni permisos, ni acordaba sustituciones, ni tampoco turnos; entrevistándose exclusivamente con la coordinadora ya citada o con otra persona en las oficinas de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la empresa para solventar las disfunciones que pudiera haber; incluso el propio testigo de la parte actora, persona que realizaba reparaciones, en todos los Museos municipales y con presencia esporádica y conocimiento limitado, pese a afirmar haber recibido comunicaciones para arreglos de la actora, reconoce que esta se coordinaba "un poco" con la representante de la empresa,

3) No consta un ejercicio de poder de dirección y organizativo por parte de la empresa que aparece como empleadora. Para ello se debe recurrirá a la prueba testifical, producida en los términos señalados, que se compuso por la deposición de la Sra. Directora y el trabajador de mantenimiento de los diversos Museos. No se puede comparar el conocimiento de la primera, que tiene presencia diaria en el Museo y está al corriente de todas sus vicisitudes, con el de un mero reparador, que solo realiza presencias esporádicas y que, por su categoría, no está en el pleno conocimiento de las interioridades de la relación. Más aun el control del cumplimiento del contrato administrativo entre ayuntamiento y empresa que correspondía a la Concejalía correspondiente, que no tenía presencia física en el establecimiento. Por otro lado, la actividad de la empresa contratada, tal como consta en el contrato ("SERVICIOS A DESARROLLAR POR EL ADJUDICATARIO), tenía funciones técnicas de conservación, formación de guías, guía de grupos, atención al público, vigilancia de salas, asistencia técnica a actividades del Museo. De admitirse la postura de la parte actora gasta los vigilantes de seguridad de las empresas que prestan servicios para entes públicos estarían en una situación de cesión ilegal de mano de obra.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que desestimando la demanda interpuesta por contra AYUNTAMIENTO DE MURCIA, ACTIVIDADES CULTURALES RIGA, S.L., debo absolver a estos de aquella por inexistencia de despido.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiendo que contra ella podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de este Juzgado con el num. 3069 acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como, en el

Código Seguro de Verificación E04799402-Mi:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en BANESTO a nombre de este juzgado, con el nº 3069000065(----/--) más número de procedimiento y año, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Llévese a los autos copia testimoniada de la presente que se unirá al libro de sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la presente resolución por el mismo juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. La Secretaria. Doy fe.

Código Seguro de Verificación E04799402-M:pfbk-vfCC-z4mB-ybpc-R Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es