



Roj: **STSJ AND 11009/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11009**

Id Cendoj: **41091340012017103068**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **3295/2016**

Nº de Resolución: **3388/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N° 3295/16 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 3388 /17

En el recurso de suplicación interpuesto por el Ldo. D. José A. Ristori Valenzuela en representación de la parte actora , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Jerez de la Frontera ; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos número 577/15 se presentó demanda por D. Bienvenido , sobre despido, contra la empresa Alvac, S.A. y frente a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía , se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 07/06/16 por el Juzgado de referencia en que no se estimó la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** La parte actora, D. Bienvenido , mayor de edad, nacido el día NUM000 /84 y con DNI nº NUM001 , vino prestando sus servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada ALVAC SA SL, con CIF nº A-40015851, desde el día 03/05/14 hasta el día 01/04/15 con la categoría profesional de Peón Auxiliar, mediante un contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado (Código 501), a tiempo parcial (22 horas semanales), con horario de lunes a viernes de 09,00 a 14,00 horas y de 16,00 a 19,00 horas y los sábados de 09,00 a 14,00 horas, para la ejecución del servicio de "refuerzo específico de turnos para el periodo pre estival en el Puerto de Bonanza y otros en la provincia de Cádiz" dentro del contrato administrativo de servicios firmado con la AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA (APPA).

El centro de trabajo se encontraba en el Puerto de Bonanza en Sanlúcar de Barrameda (Cádiz).



El salario ascendía a 586,25 €/mes brutos, desglosado:

Salario Base

Plus Vestuario

Plus Transporte

PP Pagas

Plus Festivos

Plus Nocturnidad

Incentivos

339,14 €

12,32 €

43,67 €

98,78 €

16,40 €

0,46 €

75,48 €

Es de aplicación el Convenio Colectivo de Trabajadores de Marinería para la APPA.

SEGUNDO .- Con fecha 07/09/12 se formalizó contrato de servicios NUM002) para la prestación del servicio de marinería en instalaciones portuarias de la APPA entre ésta y ALVAC SA. (DOC. 8 de la APPA)

TERCERO.- Con fecha 27/03/13 se formalizó contrato de servicios NUM003 para la prestación del servicio auxiliar portuario en en instalaciones portuarias de gestión directa de la APPA entre ésta y ALVAC SA. (DOC. 10 de la APPA)

CUARTO.- Con fecha 30/09/14 la Directora de Explotación Responsable del contrato - Dña. Ramona - comunicó a ALVAC SA la posibilidad de prórroga en la ejecución del mismo de 6 meses de duración. (DOC. 11 de la APPA)

Con fecha 23/10/14 por ALVAC SA se comunicó su voluntad de "NO formalizar la prórroga por mutuo acuerdo de seis meses de duración del contrato de servicios". (DOC. 12 de la APPA)

QUINTO.- Con fecha 12/12/14 se anuncia la apertura de licitación, pliego de cláusulas administrativas y condiciones administrativas particulares de los servicios de auxiliar portuario en instalaciones portuarias de gestión directa de la APPA. (DOC. 13 de la APPA)

Por Resolución del Dr. Gerente de la APPA de 26/02/15 se declaró desierta la licitación por retirada de oferta de Expertus Multiservicios del Sur SL. (DOC. 14 de la APPA)

SEXTO.- Con fechas 18 y 31/03/15 ALVAC SA remitió sendos escritos solicitando información a la APPA sobre la continuidad del servicio de marinería NUM003 por cualesquiera terceros o por la propia APPA (DOC. 4 de ALVAC SA)

En fecha 01/05/15 el Dr. Gerente de la APPA comunicó a la anterior la finalización del servicio contratado (DOC. 5 de ALVAC SA)

SÉPTIMO.- En fecha 13/04/15 se inició expediente de contratación de servicios, pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares para la prestación del "servicio auxiliar de servicios portuarios en instalaciones portuarias de gestión directa" de la APPA. (DOC. 15 de la APPA)

OCTAVO.- Con fecha 07/07/15 se formalizó contrato de servicios de prestación del servicio auxiliar portuario en instalaciones de gestión directa de la APPA, entre ésta y Audeca SL para los puertos de El Rompido, El Terrón, Isla Cristina, Ayamonte, Puerto del Moral y Sanlúcar de Guadiana - Lote nº 7 - en la provincia de Huelva. (DOC. 17 c de la APPA).

Con fecha 21/07/15 se formalizó contrato de servicios de prestación del servicio auxiliar portuario en instalaciones de gestión directa de la APPA, entre ésta y Expertus Multiservicios del Sur SL para los puertos de Chipiona, Bonanza y Puerto América en la provincia de Cádiz - Lote 5 - , Mazagón y Punta Umbría en la

provincia de Huelva - Lote 6 - , y Caleta de Vélez, Fuengirola, Estepona y La Atunara en la provincia de Málaga - Lote 2 - . (DOC. 17 b de la APPA)

Quedaron desiertas las licitaciones para los puertos de Barbate y Conil - Lote 3- y para los puertos de Sancti-Petri, Gallineras y Rota - Lote 4 - . (DOCS. 18 y 19 de la APPA)

NOVENO.- Con fecha 27/07/15 ALVAC SA, como anterior adjudicataria del contrato de prestación del servicio auxiliar portuario en puertos de gestión directa de la APPA, le comunicó a Expertus Multiservicios del Sur SL el deber de subrogación en todos los derechos y obligaciones legales con los trabajadores incluidos en el listado remitido con anterioridad junto la documentación necesaria para proceder al alta de los trabajadores en su empresa; operando a partir del 27/07/15. (DOC. 7 de ALVAC SA)

En ese listado no estaba incluido el trabajador aquí actor.

DÉCIMO.- En fecha 30/04/15 la empresa ALVAC SA inició Expediente de Regulación de Empleo para la suspensión de contratos laborales a la vista de la finalización del contrato suscrito con la APPA, comunicando la empresa en fecha 20/05/15 a la Dirección General de Relaciones Laborales de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía su decisión final de proceder a la suspensión.

Y así decidió suspender 79 contratos entre ellos 7 de Barbate, 4 de Sancti Petri, 3 de Chipiona, 6 de Rota, 1 de Bonanza, 1 de Conil y 2 de Gallineras.

UNDÉCIMO.- En fecha 23/04/15 se interpuso demanda de despido colectivo ante la Sala de lo Social del TSJA en Sevilla, siguiéndose Autos nº 5/2015, a instancia de Sindicato Unitario de Huelva, D. Rodrigo , D. Carlos Antonio y D. Amadeo contra la APPA, la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, Volconsa Construcciones y Desarrollo de Servicios SA y ALVAC SA.

Con fecha 07/07/15 se presentó escrito por la parte actora de desistimiento, dictándose Decreto nº 42/2015 de 22/07/15. (DOC. 8.1 de ALVAC SA)

DUODÉCIMO.- El 15/10/15 ALVAC SA comunicó a la Consejería correspondiente de la Junta de Andalucía que iniciaba ERTE para 20 personas de los puertos de Barbate, Sancti Petri, Conil, Gallineras y Rota. Se acabó el periodo de consultas sin acuerdo y se aplicó el mismo con efecto suspensivo desde 01/11/15 hasta el 30/04/16.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 07/04/15 por ALVAC SA se le notificó al actor que "a la terminación de la jornada laboral del día 01/04/15 ha finalizado la relación laboral que mantiene con esta empresa en virtud del contrato por obra y servicio determinado suscrito por ambas partes con fecha 3 de mayo de 2014". (DOC. 9.4 de ALVAC SA).

El trabajador recibió un finiquito de 387,77 €. (DOC. 9.3 de ALVAC SA)

La empresa dio de baja al trabajador en la TGSS con fecha 01/04/15.

DECIMOCUARTO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado, en el último año, la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

DECIMOQUINTO.- Se ha presentado la papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación sin avenencia."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Frente a la sentencia de instancia que desestimo la demanda de la parte actora que accionaba por despido y cesión ilegal de trabajadores, se alza en Suplicación la meritada parte actora por el tramite procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para defender a través de los motivos de recurso articulados, en esencia, que habiendo sido objeto de cesión ilegal de trabajadores y el cese de que ha sido objeto el actor, ha de declararse nulo o subsidiariamente improcedente , lo que también solicita por no haberse seguido por procedimiento de despido colectivo, cuando el despido acordado, afectó a un número de trabajadores de la plantilla superior al limite legal.

SEGUNDO .- Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita rectificación del contenido fáctico de la sentencia, articulando al respecto quince motivos de recurso.



Antes de comenzar a estudiar, uno a uno los motivos articulados, ha de dejarse sentado a fin de evitar repeticiones, que el recurso de Suplicación es un recurso extraordinario de contenido cuasi-casacional como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, baste al efecto citar la mas nueva numero 105/2008, de 15 de septiembre de 2008 , y la anterior 218/2006, de 3 de julio de 2006, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2011 , que deja para la revisión fáctica de la sentencia un estrecho margen, resultando imprescindible que se acredite un error palmario y evidente del juzgador de instancia y que tal error se derive, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 193 b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de documento o pericia previamente acotada, no siendo hábil a estos efectos ninguna otra prueba, siendo necesario además: que el recurrente concrete el hecho impugnado; que ofrezca un texto alternativo para el hecho que se trata de modificar sin que sea necesaria la constancia de hechos negativos cuando equivalen a no acontecidos; que concrete el documento o pericia obrante en autos en que apoyar la revisión; que de la prueba así concretada ,se pueda extraer error del juzgador; forma directa e indubitada, sin necesidad de acudir a conjeturas o suposiciones en las que no puede basarse la revisión pretendida que en todo caso, ha de ser relevante para el fallo de la sentencia.

En primer lugar, se solicita la adición de un hecho probado nuevo que recoja las definiciones de las funciones de los trabajadores de las empresas contratistas en los trabajos licitados por la Agencia Publica de Puertos de Andalucía según el pliego de prescripciones técnicas, a lo que no ha de accederse porque remitiéndose el hecho probado quinto al anuncio, para el año 2014, de apertura de licitación, pliego de cláusulas administrativas y condiciones administrativas particulares de los servicios de auxiliar portuario en instalaciones portuarias de gestión directa de la APPA al documento nº13 de la prueba de la Agencia Publica de Puertos de Andalucía, ha de entenderse el documento por reproducido.

A continuación se solicita la adición de nuevos hechos probados, a partir del décimo séptimo y hasta el vigésimo que recoja que *"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno, han establecido el perfil que han de cumplir los trabajadores adscritos al servicio, sus aptitudes físicas o psíquicas buena forma física y psíquica, acreditación de saber nadar) y su capacidad profesional.*

"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno, han reservado a la Agencia Publica la función de elección de los trabajadores adscritos al servicio, realizándose entre los marineros propuestos por la empresa adjudicataria que proporcionaba numero superior al duplo de unidades previstas y con carácter previo se sometían a una entrevista del Director de trabajo".

" Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno, han reservado a la Agencia Publica la función de control de la sustitución de los trabajadores adscritos al servicio, requiriendo la conformidad expresa del Director del trabajo designado por el órgano contratante, que podía exigir a la empresa adjudicataria, mediante propuesta motivada la sustitución del trabajador."

"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno han reservado a la Agencia Pública la función de establecimiento del volumen del servicio, del horario de trabajo, turnos, adscripción de trabajadores a los turnos, duración máxima de los turnos de 8 horas, y la imposibilidad de ocupar al mismo trabajador en más de un turno."

Para apoyar la pretensión de revisión, se invoca en todos los casos los documentos que obran a los folios 224 y siguientes, 266 y siguientes y 316 y 317, pero de tales documentos que constituyen el pliego de prescripciones técnicas para la prestación del servicio de marinería en Instalaciones portuarias de de la Agencia Publica de Puertos de Andalucía, desde el año 2012, antes por tanto de haber sido contratado el actor, al que se remite el hecho probado segundo que no ha sido cuestionado y obrando el mismo en las actuaciones, como documento 8 de la prueba de la Agencia Publica de Puertos de Andalucía, ha de entenderse implícita la remisión al contenido, sin que sea necesario reproducir contenidos parciales, amen de que lo petitionado, mas que la constatación de hechos, supone, juicios valorativos, impropios de figurar en los hechos probados de la sentencia porque resultaría predeterminante del fallo, amen de que el hecho de que las licitaciones puedan definir el perfil de los trabajadores que puedan ser contratados, no significa, a priori, que los trabajadores que se contraten vayan a ser objeto de cesión ilegal.

A continuación se solicita la adición mediante nuevo hecho probado de lo siguiente: *"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno han establecido como previo del contrato un precio unitario de licitación por unidad de tiempo (hora trabajada) siendo el presupuesto de licitación un valor estimado. De esta forma, el contrato de prestación de servicios que afectaba la actor y formalizado el 27 de marzo de 2013 fijó un precio unitario por hora de servicio de 14,25 euros, con posibilidad de revisión de acuerdo a la evolución del IPC."*

A esta adición no ha de accederse, porque no consta en los hechos probados de la sentencia que el trabajador actor prestara servicios para ninguna de las demandadas antes del contrato suscrito con fecha 3/05/14, según



se recoge en el hecho probado primero, sin que ninguna referencia se realice en dichos hechos probados a la contratación de 27 de marzo de 2013 que menciona la recurrente.

A continuación se solicita la adición mediante nuevos hechos probados desde el vigésimo segundo, al vigésimo quinto lo siguiente *"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno han establecido por la Agencia Pública, de manera exhaustiva, la dotación de medios materiales (herramientas de cada trabajador), tanto por puesto de trabajo como por instalación, estableciendo, de manera detallada, el contenido de la caja de herramientas."*

"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno han establecido por la Agencia Pública, de manera exhaustiva, la FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES, reservándose de manera exclusiva impartir parte de la misma."

"Las licitaciones citadas en los hechos probados tercero a noveno han establecido por la Agencia Pública, el horario de trabajo."

"Los medios materiales fundamentales de maquinaria pesada (barredora, hidro-limpiadora, carretilla elevadora...) son aportados por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y manejados por los trabajadores de ALVAC SA."

No ha lugar a lo solicitado por los mismos argumentos que ya se han esgrimido al estudiar las adiciones propuestas para los nuevos hechos probados a partir del décimo séptimo y hasta el vigésimo

Después se solicita la adición de un nuevo hecho probado que sería el vigésimo sexto, de la siguiente literalidad:

"La adjudicataria ALVAC SA ha actuado como mera intermediaria que se limitaba a transmitir mediante un jefe de equipo o coordinador provincial con 9 Puertos a su cargo, en una ruta de casi 180KM, desde La Atunara en La Línea a Bonanza en Sanlúcar, pasando por Barbate, Conil, San Fernando, Sancti Petri, Cádiz, Rota y Chipiona, las instrucciones de la AGENCIA PÚBLICA que era la que planificaba, establecía el modo de realizar el trabajo, y llevaba su control a través de los jefes de puerto."

No ha lugar a lo solicitado porque la redacción que se propone al afirmar que la adjudicataria ALVAC SA ha actuado como mera intermediaria que se limitaba a transmitir mediante un jefe de equipo o coordinador provincial las instrucciones de la AGENCIA PÚBLICA, incluye no valoraciones descriptivas, sino valoraciones jurídicas absolutamente predeterminantes del fallo, lo que no permite la inclusión en la relación fáctica de la sentencia.

Después se solicita la inclusión de un nuevo hecho probado que sería el vigésimo séptimo de la siguiente literalidad:

"Los trabajadores de ALVAC SA han realizado labores de vigilancia y seguridad en los puertos de Andalucía, con control de acceso a usuarios, trabajos prohibidos al carecer de autorización administrativa, en los muelles de Bonanza, Rota, Gallineras, Conil, Barbate y Cádiz."

Tampoco esta adición ha de merecer favorable acogida porque la de resolución del expediente sancionador que se invoca en apoyo de la pretensión de revisión que obra al folio 179 y 198 de las actuaciones, no se extrae lo que la recurrente pretende, pues amen de que no consta la firmeza de la resolución administrativa que se invoca en apoyo de la pretensión de revisión, la meritada resolución se refiere a la actuación de la empresa ALVAC SA en los muelles de los puertos de de Rota y Cádiz, pero no al resto de los puertos que se indican en la redacción propuesta que por ello ha de ser rechazada.

Después se solicita la inclusión de un nuevo hecho probado que sería el vigésimo octavo de la siguiente literalidad:

"Con fecha 1-04-2015 la Agencia Pública de Puertos de Andalucía notificó al actor comunicación de igual fecha del Director Gerente de la Agencia Pública ordenándole que no continuara en el centro de trabajo ni prestara servicios, solicitándome que atendiera a las instrucciones de la autoridad portuaria."

A esta adición ha de accederse, pero mas ampliamente de lo que se propone que extrae conclusiones parciales del documento invocado que obra al folio 54 de las actuaciones que, de administre proporcionaría solo información sesgada y por ello, es mas correcto la remisión integra al contenido del documento, teniéndose aquí por reproducido.

En el antepenúltimo motivo se solicita la adición de lo siguiente:

"Con fecha 1-04-2015 la Agencia Pública impidió la prestación de servicios de un total de al menos 50 trabajadores a los que despidió en la indicada fecha, afectando estos despidos a un total de 96 trabajadores"



que son los que constan en el listado de personal subrogable, entre los que se encontraba el actor al nº 82 de la lista, de la licitación GNR 14551."

Se invoca en apoyo de la pretensión de revisión la documentación que obra en las actuaciones, folios 995 a 1044 y folios 96 y siguientes, pero de tales documentos no se extrae lo que la recurrente pretende que viene a expresar que han sido despedidos por la Agencia Pública, 50 trabajadores y a continuación dice que los afectados son 96, lo cual en si mismo es ya una contradicción y lo único que queda acreditado de la documentación invocada es que la Agencia Pública, envió comunicación que se ha dado reproducida en el antecedente anterior a una serie de trabajadores que habían sido contratados, como el, actor por la codemandada empresa ALVAC SA , sin que de la documentación que se invoca, pueda deducirse los trabajadores a los que la meritada empresa despidió.

Finalmente se solicita la adición de un nuevo hecho probado con la literalidad siguiente:

"La Agencia Pública asumió el servicio con trabajadores propios, pues no cerró los Puertos el 1-4-15, y contrató directamente personal mediante convocatorias públicas urgentes que publicó el 3/7/2015."

A esta adición ha de accederse porque, amen de ser lo lógico que los puertos no se cerraran, las convocatorias para cubrir determinadas plazas, efectivamente se publicaron en BOJA de 3 de Julio de 2015.

TERCERO .- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia alegándose, en un primer motivo de recurso la infracción de lo dispuesto en el artículo 43 de Estatuto de los Trabajadores , para defender que el trabajador recurrente ha sido objeto de cesión ilegal de trabajadores, lo que aboca a que su cese ha ya de calificarse de despido nulo .)

Esta Sala de lo Social de Sevilla en Sentencia núm. 534/2017 de 21 febrero , a propósito de la cesión ilegal de trabajadores ha dicho lo siguiente: *El artículo 43 del ET establece lo siguiente: "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. 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 de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias 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."

Como viene declarando esta Sala, con base en la jurisprudencia que se cita, la distinción entre las contrataciones como forma válida de descentralización productiva en las empresas y la cesión ilegal de trabajadores ha sido examinada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, declarando en la dictada el 25 de junio de 2009 , que "el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo reconoce el artículo 42.1 Estatuto de los Trabajadores), lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las sentencias del Tribunal Supremo 27 de octubre de 1994 -rec. 3724/1993 -; y 17 de diciembre de 2001 -rec. 244/2001 -). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (sentencia del Tribunal Supremo 19 de enero de 1994) -rcud 3400/92 -), pues «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» (sentencia del Tribunal Supremo 12 de diciembre de 1997 -rcud 3153/96 -) y porque «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» (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1993 -rcud 1712/92 - y 17 de diciembre de 2.001 -rec. 244/2001 -).

Pero como en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal [éste es el caso de autos] se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal, por lo que siendo difícil establecer en tales supuestos el límite entre el ilícito suministro de trabajadores (artículo 43 Estatuto de los Trabajadores) y una descentralización productiva lícita (artículo 42 Estatuto de los Trabajadores), 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 orientador que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (entre las más modernas sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2001 -rcud 2142/00 -; 17 de enero de 2002 -rec. 3863/2000 -; 16 de junio de 2003 -rcud 3054/01 -; 14 de marzo de 2006 -rcud 66/05 -; y 19 de febrero de 2009 -rcud 2748/07 -). En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2002 (rcud 1945/2001), «para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas».

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2006 , declara 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: 1º) 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; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3º) 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 ."

La anterior doctrina determina que únicamente se considerará que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando una empresa, cualquiera que sea su entidad económica, limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden, teniendo la cesión ilegal como finalidad que el contrato de trabajo se ajuste a la realidad en la prestación de los servicios y evitar perjuicios para los trabajadores.

Pero, en todo caso , la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión". Es necesario que la cesión exista en el momento de la interposición de la demanda, pues es entonces, no en el juicio oral o en cualquier otro momento anterior o posterior, cuando se producen los efectos de la litispendencia (SSTS de 29 de octubre de 2012 y de 7 de mayo de 2010), de modo que, extinguida la cesión antes de la presentación de la demanda puede entenderse que el derecho corre la misma suerte (SSTS de 12-2-2008 y 14-0-2009 SIC).

En el proceso de cesión ilegal, de estimarse la pretensión, se declarará el derecho de opción del trabajador por integrarse en la plantilla de la cedente o de la cesionaria, salvo que la cedente lo hubiera despedido, lo que haría imposible la acción de fijeza electiva, dado que, ante dos empresas reales, hay una limitación temporal, que es la vigencia de la relación laboral. Si se ejercita la opción, como será normalmente, por la relación laboral real, para que despliegue los efectos que le son propios que son los naturales que se derivan de la eliminación de la interposición, la opción no tiene propiamente un efecto constitutivo porque con ella no se crea una relación nueva sino que se declara la que en verdad existía deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición, y para ello es necesario que la relación laboral con la cesionaria esté viva, tenga entidad real, pues si no, la opción es meramente teórica e imposible cuando no exista empresa interpuesta.



En el mismo sentido de que la acción de fijeza por cesión ilícita, ha de ser ejercitada encontrándose la situación de cesión vigente en el momento de interposición de la demanda en la que se solicita la declaración de dicha cesión ilegal, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo además de en las sentencias que cita la de esta sala parcialmente transcrita, en la Sentencia núm. 552/2016 de 21 junio que, al respecto concluye en que no procede declarar la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario al no encontrarse vigente la situación de cesión vigente en el momento de interposición de la demanda por despido, en la que se solicitaba la declaración de dicha cesión ilegal.

Después el propio Tribunal Supremo ha matizado esta doctrina en la posterior Sentencia núm. 463/2017 de 31 mayo en la que, aun manteniendo la exigencia de que la cesión ilegal esté viva en el momento en el que la acción se ejercita, concluye afirmando la existencia de acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interposición de la demanda de despido, el actor ya no estaba prestando servicios en la empresa presuntamente cesionaria, ni tampoco en la presuntamente cedente, por haber sido extinguido su contrato de trabajo, al igual que la contrata de prestación de servicios que vinculaba a las dos empresas, pero si se encontraban en vigor la laboral del trabajador y la contrata, en el momento en que el citado trabajador había presentado papeleta de conciliación reclamando cesión ilegal.

La doctrina expuesta aplicada al caso examinado, obliga a desestimar la pretensión de la actora en cuanto a la cesión ilegal se refiere, porque en este caso, cuando se presenta la papeleta de conciliación por despido frente a la empresa empleadora del trabajador lo que data de 27/04/15 y la reclamación previa frente a la codemandada Agencia Pública de Puertos de Andalucía lo que data de 24/04/15, había terminado la contrata que vinculaba a las dos empresas lo que se produjo en fecha 1/04/15 y había sido cesado el trabajador según recoge el hecho probado decimotercero, sin que conste que antes de cualquiera de las fechas indicadas, hubiere presentado este alguna reclamación administrativa o judicial reclamando por la presunta cesión ilegal. De esta manera las cosas, es evidente que el demandante carecía de acción para impugnar la pretendida cesión ilegal, sin que por otra parte se aprecie ninguna razón o motivo que le hubiera impedido comenzar los trámites para el ejercicio de la acción correspondiente antes de haberse terminado la contrata y haber sido el mismo notificado del cese. En consecuencia ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia.

CUARTO .- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita en el siguiente apartado del recurso el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 51 de Estatuto de los Trabajadores, para defender la nulidad o la procedencia del despido del actor, por superarse, en cuanto al numero de ceses el umbral numérico establecido en el artículo 51.1.b) del Estatuto de los Trabajadores sin haberse seguido las normas establecidas para la tramitación de los despidos colectivos. Si efectivamente se hubiera traspasado el umbral numérico que determina la norma que se dice conculcada en cuanto al numero de ceses acordados en la empresa que también cesó al trabajador demandante, sin haberse seguido el tramite del despido colectivo, por ser este un defecto formal insoslayable, sin necesidad de entrar a conocer si concurren causas, debería ser estimado el motivo de recurso estudiado con los efectos prevenidos en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, en la sentencia que se recurre, se hace constar expresamente, (FJ 5º) que no ha podido ser determinado el numero de despidos individuales, coetáneos al del actor, a efectos de poder contabilizar el numero de extinciones debidas a voluntad empresarial y, siendo así las cosas, como tampoco a través del recurso, se ha podido determinar el numero de trabajadores afectados por los ceses, ni siquiera a cuantos trabajadores daba ocupacion la empleadora que contrató al recurrente, habiéndose rechazado el motivo de recurso que a través de la revisión fáctica tenía tal objeto, ha de ser también rechazada la censura jurídica que se estudia y desestimado el motivo de recurso que nos ocupa.

QUINTO .- En el ultimo motivo de recurso se alega la infracción del artículo 15.3 de Estatuto de los Trabajadores para defender la recurrente a título subsidiario que el cese del actor ha de ser calificado de improcedente por haberse efectuado la contratación en fraude de ley.

El contrato que vinculó al recurrente con la empleadora empresa Alvac, S.A, fue un contrato, según se referencia en el hecho probado primero que no ha sido cuestionado, para obra o servicio determinado para la ejecución del servicio de "refuerzo específico de turnos para el periodo pre estival en el Puerto de Bonanza y otros en la provincia de Cádiz". El contrato para obra o servicio determinado que se regula en el artículo 15.1 de Estatuto de los Trabajadores y en los artículos 2 y 5 y siguientes del Real Decreto 2720/98, tiene como objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, dentro de la actividad ordinaria de la empresa pero con autonomía o sustantividad propias, y cuya duración resulta incierta aunque limitada en el tiempo. En el caso que nos ocupa, el día 03/05/14 se suscribió el contrato por el recurrente y su empleadora, la empresa Alvac, S.A para atender las tareas derivadas del contrato administrativo de servicios que aquella empleadora había firmado con la AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA (APPA), lo cual no es óbice para la plena validez del mismo, tal como se extrae de la doctrina que emana de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1997



y 8 de junio de 1999 , de de acuerdo con cuya doctrina la realización de trabajos propios de una contrata y durante la vigencia de esta, puede ser un objeto lícito del contrato de obra o servicio determinado admitiendo la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 20 noviembre 2000 incluso la validez de la cláusula que la limita a la vigencia del contrato a la de una contrata. Pero identificada la obra o servicio de la siguiente manera: "refuerzo específico de turnos para el periodo pre estival en el Puerto de Bonanza y otros en la provincia de Cádiz", es evidente que la limitación temporal del contrato sobrepasó con creces, porque, el periodo pre-estival del año 2014 , obviamente termina antes del cese notificado al trabajador el día 7/04/15, esto es casi un año después y cuando empezaba el periodo pre -estival del año siguiente al de la contratación.

Por ello, ha devenido en indefinida la relación laboral por fraude fraude de ley en la contratación, lo que acarrea que el cese del actor, haya de ser declarado improcedente con los efectos señalados en el artículo 56 de Estatuto de los Trabajadores , lo que supone la estimación de este último motivo de recurso, con la condena a la empleadora Alvac, S.A., no a la otra codemandada con quien no se ha acreditado vinculación laboral, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, o por la readmisión en las mismas condiciones que tenía el trabajador antes del despido, teniendo en este caso el trabajador derecho a los salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la misma y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

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

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Bienvenido , contra la sentencia dictada en los autos nº 577/15 por el Juzgado de lo Social número tres de los de Jerez de la Frontera , en virtud de demanda formulada por D. Bienvenido , contra la empresa Alvac, S.A. y frente a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía , debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido del actor condenando a la empresa Alvac, S.A. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, que asciende a 583 euros, o por la readmisión en las mismas condiciones que tenía el trabajador antes del despido, teniendo en este caso el trabajador derecho a los salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la misma y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Se absuelve a la codemandada Agencia Pública de Puertos de Andalucía , de los pedimentos contra dicha empresa deducidos.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición". Se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala, haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y



Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-XXXX (Nº Rollo) -XX (Año), especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

Y de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" nº 4052000065-.../.. (expresando en puntos suspensivos nº de recurso y año), abierta en la sucursal del Banco Español de Crédito (BANESTO) oficina urbana de Jardines de Murillo, sita en Sevilla en Avda. de Málaga nº 4, indicando nº del recurso ; tal consignación podrá sustituirla por aval bancario en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION .- Sevilla a 16/11/17.