



Roj: **STSJ GAL 6310/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:6310**

Id Cendoj: **15030340012014103692**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2014**

Nº de Recurso: **1610/2014**

Nº de Resolución: **4095/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 27028 44 4 2013 0002340 402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001610 /2014-MFV

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 769/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de LUGO

Recurrente/s: Estanislao

Abogado/a: MIGUEL ANGEL VAZQUEZ GONZALEZ

Procurador/a: NURIA ROMAN MASEDO

Recurrido/s: COREMAIN SL, BALIDEA CONSULTING & PROGRAMING SL , MINISTERIO FISCAL , CONCELLO DE LUGO

Abogado/a: DOÑA CRISTINA GOLDAR SOTO, ANUNCIA LOUZAO PEREZ / Mº FISCAL/FAX.CONCELLO: 982/29.71.02

Procurador/a: MARIA FARA AGUIAR BOUDIN, JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO /--/--

ILMAS SRAS.MAGISTRADAS Dª

ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintinueve de Julio de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 1610/2014, formalizado por el LETRADO D. MIGUEL VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en nombre y representación de Estanislao , contra la sentencia número 46/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 769/2013, seguidos a instancia de Estanislao frente a COREMAIN SL, BALIDEA CONSULTING & PROGRAMING SL, MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE LUGO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D Estanislao presentó demanda contra COREMAIN SL, BALIDEA CONSULTING & PROGRAMING SL, MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE LUGO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 46/2014, de fecha veintinueve de Enero de dos mil catorce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

" 1 .- El demandante D. Estanislao , con D.N.I. n° NUM000 , inició su relación laboral con la empresa demandada Coremain S.L.U., en fecha 28/06/2010, mediante un contrato de trabajo de duración determinada, con categoría profesional de técnico junior, con una jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes, y salario mensual de 1.000 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias (no controvertido). Contrato de trabajo temporal de la modalidad de obra o servicio determinado, a tiempo completo, y cuya cláusula sexta especificaba que el contrato se celebraba para: "asistencia técnica y soporte microinformático proyecto-cliente Ayto-Lugo" (documentos n° 1 del ramo de prueba de la parte demandante y de la demandada Coremain S.L.U.).

2 .- La empresa demandada Coremain S.L.U. suscribió con el codemandado Ayuntamiento de Lugo, en fecha 12/01/2007, un contrato de alquiler y mantenimiento de ordenadores personales, con el correspondiente software de base, según las especificaciones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas, el que se expresa como objetivo fundamental el mantenimiento integral y permanente de los equipos informáticos de usuario del Ayuntamiento de Lugo en una situación óptima de operación, minimizando el tiempo de resolución de averías y el impacto sufrido por los empleados municipales por los fallos de sus equipos, corriendo la empresa adjudicataria con todos los costes derivados de dicho servicio, incluyéndose también el alquiler de todo el nuevo equipamiento de usuario del Ayuntamiento. Contratación obtenida tras resolución del correspondiente concurso convocado por el Ayuntamiento de Lugo, en el que resultó adjudicataria, y que tenía una duración de cuatro años. Transcurrido dicho plazo, en tanto se preparaba un nuevo concurso para el mantenimiento del equipamiento de los puestos de trabajo, aquella empresa siguió encargándose de esta tarea, por medio de diferentes contratos menores, hasta que se convocó el referido nuevo concurso en el año 2013, resultando adjudicataria la empresa codemandada Balidea Consulting and Programing S.L. (documento n° 2 del demandado Ayuntamiento de Lugo; y documento n° 13 del ramo de prueba de la demandada Coremain S.L.U.). En el pliego de prescripciones técnicas del nuevo concurso para el mantenimiento del equipamiento informático se expresaba como objetivo fundamental el mantenimiento integral, durante un año, de los equipos informáticos de usuario en una situación óptima de operación, minimizando el tiempo de resolución de averías y el impacto sufrido por los empleados municipales por los fallos de sus equipos, soportando la empresa adjudicataria los costes derivados de dicho servicio, incluyéndose también la gestión de garantías y la sustitución y reparación de componentes y piezas, así como la instalación, configuración y resolución de incidencias de software básico de los equipos (documento n° 2 del ramo de prueba de la demandada Balidea Consulting and Programing S.L.; y documento n° 24 del ramo de prueba de la parte demandante).

3.- La empresa demandada Coremain S.L.U. notificó mediante burofax al demandante, en fecha 28/06/2013, y efectos desde ese día, la finalización de la obra o servicio objeto del contrato de trabajo, ante la rescisión de la contrata que tenía con el Ayuntamiento de Lugo, que adjudicó a una nueva empresa el servicio de alquiler y mantenimiento de ordenadores personales del ente local. Escrito que se da íntegramente por reproducido (documento n° 22 del ramo de prueba de la parte demandante; y documento n° 15 del ramo de prueba de la demandada Coremain S.L.U.).

4.- Desde el inicio de la relación laboral con la entidad Coremain S.L.U., en fecha 28/06/2010, el demandante desempeñó su trabajo en dependencias del Ayuntamiento de Lugo (no controvertido), junto a su compañero de trabajo D. Melchor , quien también había suscrito un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, vinculado a la contrata con el Ayuntamiento de Lugo (documento n° 2 del ramo de prueba de la demandada Coremain S.L.). El personal del Servicio de Informática del Ayuntamiento de Lugo indicaba a los trabajadores de Coremain S.L.U. que se hallaban en las dependencias de éste las averías que tenían que reparar, pero no le daba instrucciones de cómo realizar su trabajo (declaración testifical de D. Roman , funcionario del Servicio de Informática del Ayuntamiento de Lugo). La empresa Coremain S.L.U. era la que proporcionaba la formación adecuada tanto al demandante como a su compañero de trabajo D. Melchor



(documentos nº 9 a nº 12 del ramo de prueba de aquélla). La empresa Coremain S.L.U. era la que pagaba los salarios del demandante (nóminas: documento nº 2 del ramo de prueba de la parte demandante; y documento nº 3 del ramo de prueba de aquélla). El trabajador de Coremain S.L.U., D. Melchor , tuvo una llamada de atención por parte de la responsable de la asistencia técnica de dicha empresa, Dña. Adriana (declaraciones testificales de ambos). La empresa Coremain S.L.U., a través de su empleada Dña. Adriana autorizaba las vacaciones y permisos del demandante y su compañero D. Melchor (declaración testifical de D. Melchor ; y correos electrónicos aportados por ambas partes, documentos nº 8 a nº 11 del ramo de prueba de la parte demandante y documento nº 14 del ramo de prueba de la empresa). Los horarios de trabajo del personal funcionario y laboral adscrito al Servicio de Informática del Ayuntamiento de Lugo no era el mismo que el de los trabajadores de Coremain S.L.U., siendo el primero de siete horas diarias, desde las 08.00 hasta las 15.00 horas; y el segundo de 08.30 a 15.30 horas y de 17.00 a 19.30 horas, de forma alterna (documental aportada por el Ayuntamiento de Lugo, certificado emitido por el Analista Programador D. Eduardo Risco Bóveda). **5**.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo efectuó un informe, en fecha 17/06/2013, tras la denuncia formulada por el demandante, acordando archivar las actuaciones, al no constatar de forma fehaciente la existencia de un supuesto de cesión ilegal. Informe que se da íntegramente por reproducido (documento nº 17 del ramo de prueba de la parte demandante). **6**.- D. Melchor fue contratado por la nueva contratista Balidea Consulting and Programing S.L., prestando servicio de apoyo informático al Ayuntamiento de Lugo (no controvertido). La referida nueva contratista presta el servicio contratado por el Ayuntamiento de Lugo a través de sus propias instalaciones y medios desde Santiago de Compostela (declaraciones testificales de D. Melchor y de D. Roman). **7**.- El demandante no ha ostentado en las empresas demandadas durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores (no controvertido). **8**.- El 24/07/2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación promovido frente a las empresas Coremain S.L.U. y Balidea Consulting and Programing S.L. ante el Servicio Provincial de Mediación, Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, que concluyó sin avenencia (no controvertido). **9**.- En fecha 12/07/2013, el demandante presentó reclamación previa frente al Ayuntamiento de Lugo, la cual no ha sido contestada (no controvertido)".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

FALLO: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Estanislao , asistido por el Letrado Sr. Vázquez González, contra el Ayuntamiento de Lugo, representado por el Letrado Sr. López Paz, contra la empresa Coremain S.L.U., representada por Dña. Rosa María González Diz y asistida por la Letrado Sra. Goldar Soto, y contra la empresa Balidea Consulting and Programing S.L., representada por D. Carlos Segade Domínguez y asistida por la Letrado Sra. Louzao Pérez; y con la intervención del Ministerio Fiscal, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los expresados demandados de los pedimentos contenidos en aquella demanda; así como DEBO DECLARAR Y DECLARO la procedencia de la extinción de la relación laboral de la parte actora".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Estanislao formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 04/04/2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 29/07/2014 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda interpuesta por D Estanislao contra el ayuntamiento de Lugo, la empresa Balidea Consulting and programing SL y la empresa Coremain SL, a los que absolvió de los pedimentos contenidos en la demanda, declarando la procedencia de la extinción de la relación laboral de la actora.

Se alza en suplicacion la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso en base a dos motivos, correctamente amparado en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS , pretendiendo en el primero la revisión factica y en el ultimo de los citados denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO .- La parte actora-recurrente en el primer motivo del recurso, amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión factica y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende que se adicione al HDP 1 nuevos párrafos con el siguiente tenor:" las funciones de la prestación del servicio de mantenimiento que desempeñaba el actor encajan dentro de la definición de la categoría del puesto de trabajo de Operador/a informática que se contiene en la vigente relación de puestos de trabajo del ayuntamiento de Lugo, correspondiéndole percibir a los trabajadores que desempeñan



esos puestos, una retribución anual de 19.656,84 euros (8640,24 euros + complemento de destino 5.007,00 + complemento específico 6.009,6 euros) es decir, una retribución mensual de 720,02 euros de sueldo, 500,80 euros de complemento específico, 417,25 euros de complemento de destino, esto es, un total mensual de 1.638,07 euros por los expresados conceptos y que hay que añadir, en concepto de prorrata de pagas extras (273 euros (720,02+ 500,8 417,25 por 2 /12) lo que supone un total de mensual de 1911,07 euros equivalente a 63,70 euros día."

2.- En segundo lugar interesa la Modificación del HDP 2 en concreto que el párrafo segundo del HDP 2 se sustituya por otro con el siguiente tenor literal:" ese contrato fue suscrito el día 12 de enero de 2007 con una duración de cuatro años y quedo por tanto extinguido a principios de enero de 2011 dejando en consecuencia Coremain SLU, desde entonces, de tener alquilados los ordenadores, extinguido ese contrato el 28 de junio de 2011, el ayuntamiento hizo un contrato con coremain SLU únicamente para el servicio de mantenimiento y por un periodo de un año. Y con posterioridad a ese contrato se siguió prestando el servicio de mantenimiento a través de coremain SLU mediante propuesta de gasto efectuado a través de servicio de informática hasta que finalmente el ayuntamiento firma el contrato administrativo con la empresa Balidea Consulting and Programming SL para la prestación del servicio de mantenimiento de los puestos de trabajo informáticos del ayuntamiento."

3.- En tercer lugar interesa la Modificación del HDP 3 en concreto que la parte final del primer inciso del hecho tercero de la sentencia donde dice: " que adjudico a una nueva empresa el servicio de alquiler y mantenimiento de ordenadores personales del ayuntamiento " se sustituta por otro con el siguiente tenor literal:" Que adjudico a una nueva empresa el servicio de mantenimiento de ordenadores personales del ayuntamiento."

4.- En ultimo lugar interesa la adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal decimo con el siguiente tenor literal:" El demandante presento ante el ayuntamiento, reclamación previa a la vía social por cesión ilegal, el 9/4/2013, y denuncia por el mismo motivo ante la Inspección de trabajo el día 6 de mayo de 2013 que decidió proceder a su archivo mediante informe de fecha 17 de junio de 2013."

Con carácter general cabe decir que, de conformidad con la doctrina contenida en la STS de 25-3-1998 (Sala de lo Social), la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. En este sentido se pronuncian recientemente las STS de las sentencias de 20-6-2007 y las que cita de 2 de febrero de 2000 y 8 de marzo de 2004 , en las que se establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación, también en suplicación, es preciso que: 1) La equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba. 2) Se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone. 3) El error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones. 4) El error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo.

Respecto de la adición solicitada en primer lugar, y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 311, 316, 317, 3014 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar en los términos en que esta propuesta, por cuanto que esta asimilando la categoría del actor con una categoría que figura en el convenio colectivo del personal laboral del ayuntamiento de Lugo, según su criterio y en ningún momento quedo acreditada la correspondencia entre ambas categorías, pretendiendo en definitiva tener por probadas unas funciones y una retribución que no ha sido probada y además la asimilación pretendida de las funciones desempeñadas por el recurrente con las de un determinado puesto de trabajo del ayuntamiento, es una valoración y calificación jurídica que aparte de no probada no es dable plantearla por esta vía;

La modificación del HDP 2 ha de correr igual suerte desestimatoria que la anterior al apoyarse en documental que ya ha sido valorada por la juzgadora de instancia y no es lícito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la subjetiva e interesada de la recurrente salvo que se acredite error lo cual no acontece en el supuesto de autos;

Por lo que se refiere a la sustitución de la parte final del primer inciso del HDP 3 la misma estima que la sala que tampoco puede prosperar, por cuanto que incluye valoraciones jurídicas pretendidas sin apoyo en documentación hábil al efecto;



Y finalmente respecto a la adición de un nuevo HDP el mismo tampoco puede prosperar pues los extremos que pretende introducir ya constan explicitados en los HDP 5, y 9 de la sentencia, respecto de los cuales no se ha solicitado la revisión.

TERCERO .- La parte actora-recurrente en el primer motivo de denuncia jurídica, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones del artículo 43 del ET y de la jurisprudencia interpretativa de este precepto; alegando que en el supuesto de autos el ayuntamiento tenía con Coremain SLU un contrato de alquiler y mantenimiento de ordenadores personales de fecha 12 de enero de 2007, de cuatro años de duración y que quedó extinguido el 12 de enero de 2011, dejando Coremain SLU desde ese momento de prestar el servicio de arrendamiento de ordenadores al ayuntamiento, y desde el 28 de junio de 2011 Coremain SLU únicamente hizo un contrato para el servicio de mantenimiento y por un periodo de un año y luego se siguió prestando el servicio de mantenimiento mediante propuestas de gasto efectuadas a través del servicio de informática.

Por lo que estima que concurren los elementos sustanciales que fueron tenido en cuenta para declarar la existencia de cesión ilegal; y así el actor desempeñaba su trabajo en las dependencias del ayuntamiento de Lugo,, además no se ha acreditado que ningún mando superior de la empresa Coremain SLU impartiese instrucciones técnicas no organizativas del demandante; además tampoco se ha acreditado que Coremain al menos desde enero de 2011 viniese aportando medio alguno para la ejecución del servicio, que no fuera la mera puesta a disposición del ayuntamiento demandado, del demandante y de otro trabajador que fueron contratados a nombre de dicha empresa. Por todo lo cual estima que efectivamente existía una situación de cesión ilegal del demandante por parte del Coremain SLU al ayuntamiento de Lugo y por ello el fallo debió ser estimatorio de la demanda, y al no haber sucedido así la sentencia recurrida ha incurrido en las infracciones denunciadas del art 43 del ET y procede por ello la estimación del motivo.

Respecto de ello decir, que es de destacar, entre otras, la STS de 25-6-2009 , que establece que:

"2.- Sobre este tema mantiene la Sala, como principio general del que se ha de partir, 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 art. 42.1 ET], 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 SSTS 27/10/94 y 17/12/01). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94), 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» (STS 12/12/97) 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» (STS 17/07/93 , 17/12/01).

3.- 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, 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 (art. 43 ET) y una descentralización productiva lícita (art. 42 ET), 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, SSTS de 14/09/01 ; 17/01/02 ; 16/06/03 ; 14/03/06 y 19/02/09). En palabras de la STS 30/05/02 , «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»".

Pues bien, atendiendo a los aspectos de hecho a tomar en consideración, que han sido resaltados, a la regulación sustantiva, y a la interpretación jurisprudencial del supuesto, es claro que en el caso que ahora se analiza no concurre la existencia de la cesión prohibida, y ello por cuanto que como correctamente ha razonado la sentencia de instancia consta: en primer lugar que la actividad objeto de contratación, definida genéricamente como de alquiler y mantenimiento de ordenadores personales, reviste caracteres de



autonomía, de modo que la adjudicación de tal servicio a una empresa privada por parte del ayuntamiento esta plenamente justificada.; en segundo lugar por cuanto que la empresa Coremain SLU para la prestación de tal servicio, aporó, al menos al principio ordenadores personales, y aporó recursos humanos, el demandante y otro trabajador; no siendo obstáculo para apreciar la concurrencia de tal requisito el hecho de que por la propia naturaleza del servicio prestado, los trabajadores desarrollaran su actividad en dependencias del ayuntamiento, realizando el mantenimiento de los servicios informáticos; que además y en cuanto al ejercicio de los poderes empresariales, del relato factico se desprende que correspondía a Coremain SLU que era la que contrataba a los trabajadores, les proporcionaba la formación adecuada, les retribuía, y autorizaba las vacaciones y permisos, sin perjuicio de que debido a la naturaleza de los servicios prestados, la ejecución del servicio exigía una importante coordinación con los responsables del servicio de informática del ayuntamiento; no acreditándose que el demandante realizase otras tareas que no fuesen estrictamente el mantenimiento informático del ayuntamiento. y de hecho la inspección de trabajo acordó el archivo de las actuaciones iniciadas al no constatar la existencia de un supuesto de cesión ilegal.

Por consiguiente y al haberlo estimado así la sentencia de instancia, la sala estima que no incurre en modo alguno en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo, lo que conduce a su desestimación.

CUARTO .- La parte actora-recurrente en el segundo motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 191 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción del artículo 44 del ET y de la jurisprudencia interpretadora de este precepto, alegando en esencia que en el supuesto de autos estamos ante un caso evidente de sucesión de plantillas al que resulta de aplicación el art 44 del ET y ello porque concurren en el presente caso todas y cada una de las circunstancias a las que se hace referencia en la sentencia del TS de 5 de marzo de 2013 , pues la empresa Balidea Consulting and programing SL el 14 de junio de 2013 le fue adjudicado el servicio de mantenimiento de los ordenadores de los puestos de trabajo del ayuntamiento de Lugo y que como consecuencia de ello sucedió a la empresa Coremain SLU que desde el 28 de enero de 2011 tenia contratado el mantenimiento de ordenadores por cuenta del ayuntamiento de Lugo, que así se ha producido la sucesión de contratas, y además la empresa Balidea consulting and programing ha incorporado al desempeño del servicio de mantenimiento de ordenadores de una parte importante de los trabajadores que lo venían prestando para Coremain SLU, pues incorporo a uno de los trabajadores que realizaban este servicio. y el activo fundamental para la prestación de este servicio de mantenimiento de los ordenadores del ayuntamiento de Lugo es la " mano de obra" constituida por esos dos trabajadores que prestaban el servicio para Coremain SLU; por todo lo cual estima que en aplicación del art 44 del ET ,y la jurisprudencia sobre la sucesión de plantillas que ha existido una sucesión de empresa entre Coremain SLU y Balidea y como consecuencia de la falta de subrogación de esta ultima empresa en los derechos y obligaciones que corresponde a la empresa es constitutiva de un despido y el fallo de la sentencia debió de haber estimado la demanda y al no haberlo hecho así la resolución recurrida ha infringido los preceptos jurídicos denunciados y procede por ello la estimación del motivo.

Pues bien, pese a la indudable complejidad de la situación creada, derivada de las complicadas relaciones de externalización y de sucesión de contratas, no cabe considerar, ni por aplicación del artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , ni tampoco por la finalidad perseguida por la Directiva 2001/23 de 12-3-2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, que aquel precepto viene a transponer, que nos encontremos ante una situación de sucesión empresarial, no encontrándonos ante un supuesto de traspaso de empresa, de centro de actividad o de parte de empresa o de centro (artículo 1,a) de la mencionada Directiva), sino ante una situación derivada de la terminación de una contrata. Lo que sin duda afecta a la empresa que tiene adjudicada la prestación de la misma, en cuanto a la relación jurídica con el personal a su servicio, pero sin que sea posible, sin más, la transferencia del mismo a la empresa principal que ha decidido poner término a la contrata. Pues ello solo sería posible, en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-9- 12, si hubiera una transmisión de una a otra de elementos materiales, y una asunción de parte significativa de la plantilla, de tal modo que exista lo que se conceptúa como una " sucesión de plantilla " (STS de 11-7-2011), o una previsión convencional al respecto en el pliego de condiciones de la contrata.

En resumen, que, tal y como lo entendió la juzgadora de instancia, en el caso de litis nos encontramos con que, aun siendo la empresa balidea la que sucedió en la contrata de mantenimiento del equipamiento informático del ayuntamiento de Lugo a la anterior contratista Coremain SLU y aun cuando uno de los trabajadores que prestaba sus servicios para esta ha sido contratada por aquella, no se puede entender que estemos ante una sucesión de empresas del art 44 del ET ,por cuanto que ni este ni ningun otro trabajador de balidea consulting and Programming SL presta el servicio de apoyo informático utilizando las dependencias del ayuntamiento de Lugo como lo hacia la anterior contratista, sino que lo realiza a través de sus propias instalaciones y



medios desde Santiago de Compostela, y no cabe estimar la existencia de la pretendida sucesión empresarial planteada por la actora recurrente, por lo que procede, la desestimación de este motivo del recurso.

QUINTO .- La parte recurrente en el último motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia del artículo 24 de la CE, así como de los artículos 55.2 del ET y 108.2, 181.1 y 178.2 de la LJS todo ello en relación con la doctrina del tribunal constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba, alegando en esencia que si bien la sentencia de instancia en el fundamento de derecho séptimo señala que no se ha acreditado que aquella empresa hubiera tenido conocimiento de las denuncias o reclamaciones, en las que no consta en todo caso su intervención, lo cierto es que la recurrente estima que si se han acreditado indicios de los que hubiera que deducir la sospecha de que se ha producido la vulneración alegada en demanda, y así estima que se ha acreditado que el demandante presentó reclamación previa a la vía judicial por cesión ilegal el 9/4/2013, y denuncia a la inspección de trabajo por cesión ilegal el 6/5/2013 que fue resuelta el 27 de junio de 2013; que además existe una clara conexión temporal entre esos escritos y la falta de incorporación del demandante a la nueva adjudicataria del servicio, pues la denuncia se resolvió el 27 de junio y la nueva adjudicataria se hizo cargo del servicio el día 28 de junio de 2013 y no incorporó a la demandante; y además Balidea incorporó al otro trabajador y al demandante no y contrato a otra persona para hacer el trabajo del actor. Por todo lo cual considera que la sentencia debió estimar la demanda y al no haberlo hecho incurrió en infracción de las normas contenidas en los artículos denunciados e interesa la estimación del recurso.

La cuestión litigiosa objeto del presente motivo de recurso consisten en determinar si el cese del demandante puede ser constitutivo de un despido nulo, por constituir una represalia por parte de la empresa codemandada, derivada del ejercicio por la demandante de sus derechos e intereses legítimos, tal como se sostiene en el recurso; o si, por el contrario, tal como afirma la sentencia recurrida, no existió discriminación o represalia alguna, sino que el cese aparece justificado por la terminación de la contrata que determinó la extinción del contrato de trabajo del actor.

El análisis de la censura jurídica que se denuncia lleva a la Sala a la conclusión de que no procede acoger el recurso del trabajador recurrente, considerando que la relación laboral del trabajador con la empresa, ha sido extinguida por motivos ajenos a toda represalia derivada del ejercicio de acciones legítimas en defensa de sus derechos, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1ª.- El artículo 4.2.g) ET reconoce, implícitamente, la garantía de indemnidad de los trabajadores (SSTSJ Navarra, de 14 marzo 2003 [AS 2003, 1619]; Galicia de 23 julio [JUR 2004, 178718]). La STC 16/2006, de 16 enero (RTC 2006, 16), sentencias que recuerdan 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 ejercido un 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, y que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

Así pues, en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 [RTC 1993], 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993], 54/1995, de 24 de febrero [RTC 1995]). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1985548), ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Ahora bien, en estos casos, tal como se declara reiteradamente por la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, (STC 7/1993 de 18 de enero, - STC 198/2001, de 04/octubre (RTC 200198), que se remite a la STC 140/1999 (22/julio [RTC 199940])-, cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debe aportar indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbiendo al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Es decir, que sobre la inversión de la carga de la prueba y a la previa necesidad para ello de que existan indicios racionales de que se está llevando a cabo una conducta discriminatoria, es obvio que no es suficiente que el trabajador la tache de discriminatoria sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante afirmación. Sin que al



empresario, como hemos dicho, se le imponga la prueba diabólica de un hecho negativo, consistente en la inexistencia de discriminación, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

2ª.- En el presente caso, los indicios que invoca el actor para acreditar la existencia de represalia son: a).- haber formulado el demandante reclamación previa a la vía judicial por cesión ilegal el 9/4/2013 y b) denuncia a la inspección de trabajo el día 6/5/2013 que fue resuelta el día 27 de junio de 2013 y c).- que Balidea consulting and programming SL se hizo cargo del servicios y no incorporo al demandante el día 28 de junio de 2013..

3ª.- Y en el presente caso tal y como razona la juzgadora de instancia no consta vulneración de derechos fundamentales, pues no consta que el demandante no fuera contratado por la nueva adjudicataria porque lo considerase conflictivo por haber presentado reclamación previa ante el ayuntamiento de Lugo o denuncia ante la Inspección de trabajo, pues no se ha acreditado en modo alguno que aquella empresa tuviera conocimiento alguno de las referidas denuncias o reclamaciones, en las que no consta en todo caso su intervención. Y en el presente caso, y como bien razona la sentencia de instancia, el cese del actor es completamente ajeno a toda idea de represalia, acreditándose que la decisión extintiva empresarial, no estuvo motivada por una represalia por parte de la empresa demandada por haber efectuado la demandante una denuncia ante la Inspección de Trabajo, es decir, no se aprecia una conexión espacio-temporal cierta y razonable entre la reclamaciones previa, y ante la Inspección de Trabajo, y la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo del actor. Consecuentemente, al no constar en el relato de hechos dato alguno que permita llegar a la conclusión de que su despido se produjo con infracción de un derecho fundamental, ha de concluirse procede la desestimación de este motivo de recurso y la censura jurídica no puede ser acogida. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso interpuesto.

En consecuencia.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del actor D. Estanislao contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2013 dictada por el juzgado de lo social número 1 de los de Lugo en los autos numero 769/2013 seguidos a instancias del actor contra las demandadas sobre Despido, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo.Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.