



Roj: **STSJ GAL 3069/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:3069**

Id Cendoj: **15030340012017102302**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2017**

Nº de Recurso: **126/2017**

Nº de Resolución: **2379/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL MARIÑO COTELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Lugo, núm. 2, 01-09-2016,**
STSJ GAL 3069/2017

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO // FF

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 27028 44 4 2016 0000313

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000126 /2017

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000101/2016 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de LUGO

RECURRENTE/S: DIPUTACION PROVINCIAL DE LUGO

ABOGADO/A: VALENTIN LAGO GONZALEZ

PROCURADOR: MARIA LUISA PANDO CARACENA

RECURRENTE/S: Gonzalo

ABOGADO/A: XERMÁN VÁZQUEZ DÍAZ

RECURRIDO/S: SOCIEDAD URBANISTICA PROVINCIAL DE LUGO SA

ABOGADO/A: JAVIER ARIAS FOUZ

MINISTERIO FISCAL

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a veintiocho de abril de dos mil diecisiete.



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 NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación nº 126/2017 interpuesto, respectivamente, por la Diputación Provincial de Lugo y D. Gonzalo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de fecha 1 de septiembre de 2016 , en autos nº 101/2016, instados por D. Gonzalo frente a la Diputación Provincial de Lugo y la entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA), con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos, con fecha 17/2/2016 se presentó demanda por D. Gonzalo frente a la Diputación Provincial de Lugo y la entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA), sobre despido y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de fecha 1 de septiembre de 2016 , en autos nº 101/2016, estimando parcialmente la demanda rectora del procedimiento.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal siguiente:

"PRIMERO.- El demandante, D. Gonzalo , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , presta sus servicios para la entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) con una antigüedad de 4 de junio de 2012. En el último contrato prestó servicios con categoría profesional de marinero, en las rutas fluviales de la Diputación Provincial de Lugo en embarcación por los ríos Miño y Sil mediante contrato de obra o servicio determinado vinculado a la encomienda de gestión aprobada por la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Lugo en la sesión de 26 de diciembre de 2014 y percibió un salario mensual de 1.275,56 euros con prorrata de pagas extras (41,34 euros/día).- SEGUNDO.- El actor ha prestado servicios para la demandada Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) en los siguientes períodos: - Del 4 de junio de 2012 al 31 de julio de 2012, esto es 1 mes y 28 días (58 días). - Del 1 de agosto de 2012 al 30 de septiembre de 2012, esto es 2 meses y 1 día (61 días). - Del 1 de junio de 2013 al 30 de septiembre de 2013, esto es 4 meses y 2 días (122 días). - Del 1 de octubre de 2013 al 31 de diciembre de 2013, esto es 3 meses y 2 días (92 días).- Del 3 de junio de 2014 al 30 de septiembre de 2014, esto es 4 meses (120 días).- Del 2 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, esto es 1 año (363 días). El objeto del último, antes de la extinción impugnada, fue el de marinero en las rutas fluviales de la Diputación Provincial de Lugo en embarcación por los ríos Miño y Sil. Año 2015 (encomienda de gestión aprobada por la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Lugo en sesión de 26 de diciembre de 2014). El contenido de los contratos, que constan unidos a autos, se da por expresamente reproducido. Los contratos se encuentra unidos a las actuaciones y su contenido se da por expresamente reproducido.- TERCERO.- El 10 de diciembre de 2014 (sic) la empresa comunicó al actor la extinción de su contrato en fecha 31 de diciembre de 2015, por medio de la siguiente carta: "D. Gonzalo , AVENIDA000 nº NUM001 - NUM002 . NUM003 NUM004 . 27004. Lugo. A 10 de decembro de 2015. Estimado señor: Coa presente comunicámoslle que o próximo día 31 de decembro de 2015 extínguense de pleno dereito a relación laboral que a vincula con esta empresa, desde o día 2 de xaneiro de 2015 no posto de mariñeiro de embarcacións, en base ós seguintes feitos: Finalización do período de contrato (coincidente con fin da obra ou servizo determinado de encomenda de xestión aprobada pola Xunta de Goberno da Diputación Provincial de Lugo en sesión de 26 de decembro de 2014). Así mesmo, en cumprimento do disposto no artigo 49.2 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores aprobado polo Real Decreto Lexislativo de 1/1995 poñemos a súa disposición a documentación pertinente a fin de cumprir coas súas obrigas derivadas desta relación laboral. E para que surta os efectos necesarios, asino a presente por duplicado na data e lugar arriba indicados. Recibí: conforme Asdo. Jesús Ángel . NIF NUM000 . Xerente de SUPLUSA. (Figuran firma y sello).- CUARTO.- El actor fue contratado nuevamente en data 1 de enero de 2016 con un contrato eventual por circunstancias de la producción para el cuidado, mantenimiento y pilotaje de las embarcaciones de la Diputación hasta que se inicien las rutas de las mismas. La duración del contrato fue hasta el 11 de marzo de 2016 contrato que fue prorrogado desde el 12 de marzo de 2016 hasta el 30 de junio de 2016. Sin embargo, en data 1 de junio de



2016 fue contratado como marinero de embarcación de pasaje, con un contrato eventual por circunstancias de la producción, hasta el 30 de septiembre de 2016. Los contratos se encuentra unidos a las actuaciones y su contenido se da por expresamente reproducido.- QUINTO.- La entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) es una sociedad mercantil pública, cuyo capital social se encuentra íntegramente suscrito y desembolsado por la Corporación Provincial, que es el accionista único de dicha Sociedad. Dicha sociedad tiene la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Diputación Provincial de Lugo, estando obligada a realizar los trabajos que ésta le encomiende en las materias señaladas en este artículo y en el siguiente, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes y todo esto de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por la Diputación Provincial de Lugo (Cláusula 2 del artículo 2 de los Estatutos Sociales). Las relaciones de la Sociedad con la Diputación Provincial de la que es un medio propio e instrumental y servicio técnico, tiene naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de las encomiendas de gestión previstas en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado (...).- SEXTO.- En el acta nº NUM005 de la Xunta de Gobierno de la Diputación Provincial de Lugo, en la sesión ordinaria de 26 de diciembre de 2014, se aprobó la encomienda de gestión de los embarcaderos y embarcaciones de las rutas fluviales que la Diputación organiza. En el acta nº NUM006 de data 15 de enero de 2016 se acordó suspender dicho servicio hasta el 12 de marzo de 2016 para realizar labores de mantenimiento extraordinario de las embarcaciones e instalaciones, aprobándose la encomienda para el período desde el 12 de marzo de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016. Dichas actas se encuentra unidas a las actuaciones y su contenido se da por expresamente reproducido.- SÉPTIMO.- Con carácter previo a contratar al personal para la encomienda consistente en la gestión de los embarcaderos y embarcaciones de las rutas fluviales que la Diputación organiza para los distintos años, se ordenó a la entidad demandada la ejecución de las obras. La empresa pública para la selección de personal efectuó una convocatoria pública para el ingreso en las listas previas en las categorías profesionales. La convocatoria y base específicas que se encuentran unidas a las actuaciones y se dan por expresamente reproducidas.- OCTAVO.- La empresa demandada procedió a la finalización de los contratos del personal contratado para prestar el servicio en los embarcaderos y embarcaciones de la Diputación en la misma fecha, al ponerse fin a la encomienda.- NOVENO.- El demandante no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria ni sindical de los trabajadores. En data 25 de noviembre de 2015 se realizaron las votaciones en las elecciones sindicales convocadas en la entidad demandada, las cuales han sido impugnadas, dictándose el laudo el día 18 de abril de 2016, que ha sido objeto de demanda, señalándose para la celebración de la vista el 14 de diciembre de 2016.- DÉCIMO.- El 17 de febrero de 2016 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, que concluyó como intentado sin avenencia."

TERCERO.- La parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Gonzalo contra SOCIEDAD URBANÍSTICA PROVINCIAL DE LUGO, S.A., y la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LUGO, declaro improcedente el despido del demandante con efectos de fecha 31 de diciembre de 2015 y condeno a la demandada, DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LUGO, a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo, que ha de ser las de personal laboral indefinido discontinuo de la Diputación Provincial de Lugo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 3.069,49 euros, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antedicho si opta o no por la readmisión. Condenando solidariamente a las demandadas. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que al Fondo de Garantía Salarial le corresponda asumir dentro de los límites legales."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación, tanto por la parte demandante como por la codemandada Diputación Provincial de Lugo, y cada parte impugnó el articulado por la contraria y elevados los autos a este Tribunal, se dispuso, en su día, el pase de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda rectora del procedimiento, articulada por D. Gonzalo contra Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) y la Diputación Provincial de Lugo en los términos y con el alcance antes reseñado y frente a dicha resolución se alzan en suplicación, respectivamente, el demandante y la codemandada Diputación Provincial de Lugo que solicitaron lo que consideraron procedente en pro de sus respectivos intereses.

SEGUNDO.- El demandante, D. Gonzalo, articula su recurso en atención a siete motivos, los cuatro primeros de los cuales con amparo procesal en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que se revise el relato histórico de la sentencia de instancia, mientras que en los tres restantes, con sustento



en el apartado c) del citado precepto, interesa el examen de la normativa aplicada, para solicitar en el suplico del recurso que se revoque parcialmente la sentencia "a quo" en los siguientes particulares: a) se declare que no existe cesión ilegal sino un único empresario plural o grupo laboral de empresas conformado por la Diputación Provincial de Lugo y su ente instrumental SUPLUSA y se mantenga la condena solidaria ya impuesta en la instancia; b) se declare la nulidad del despido con las consecuencias legales correspondientes; c) subsidiariamente, para el caso de que se mantenga la declaración de improcedencia, se declare que, dada la condición de representante legal de los trabajadores, el actor tiene derecho a optar entre la extinción indemnizada de la relación laboral o la readmisión en el puesto de trabajo y asimismo, derecho al abono de los salarios de tramitación en cualquiera de los casos.

TERCERO.- Así las cosas, en lo atinente a la revisión del relato fáctico, el actor pretende las modificaciones siguientes:

*Del ordinal noveno para que se redacte de la forma siguiente: "O actor foi elixido delegado de persoal o día 22/11/2015 na empresa Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA). Tal elección foi impugnada pola empresa dictándose o Laudo arbitral 64/2015 que rexeita a impugnación e declara válida a elección. Posteriormente a empresa interpón demanda xudicial impugnando o devandito Laudo arbitral, estando sinalado o xuízo para o vindeiro día 14 de decembro de 2016", invocando como base la documental de los folios 174 a 177, 346 a 349 (acta electoral 309/2015), 192 a 198 (laudo arbitral 64/2015), 152 a 163 (demanda judicial impugnando el laudo) y folios 199 a 201 (citación judicial), siendo de acoger dicha pretensión de revisión pues, aun cuando en la prístina redacción del ordinal de referencia se haga mención a la fecha de las votaciones sindicales así como al laudo dictado en 18/4/2016 y su posterior impugnación, no es superfluo ni inconveniente que se reseñen más en concreto los datos correspondientes a tales actuaciones y, ofreciéndose elementos de sustento hábiles y eficaces al efecto, ha de tener acogida la pretensión auspiciada por el actor relativa al ordinal noveno del relato histórico que, en consecuencia, quedará redactado en la forma que propone el recurrente, antes reseñada, sin perjuicio del alcance que pudiera otorgársele en el ámbito de lo jurídico.

*La adición de un tercer párrafo al hecho probado quinto con la redacción siguiente: "A xunta xeral de SUPLUSA está formada polo Pleno da Deputación Provincial; os membros do Consello de Administración teñen que ter a condición de deputados provinciais e o Presidente da Deputación Provincial é o Presidente de SUPLUSA; en caso de disolución de SUPLUSA a Deputación Provincial será o seu sucesor universal; en caso de existir beneficios estes redundarán en beneficio do servizo público provincial prestado", con amparo en los Estatutos de SUPLUSA obrantes a los folios 451 a 458 y 138 a 145 de autos, sin que haya de tener acogida la pretensión de que se añada el párrafo que se ofrece pues no se desprende de la documental invocada la concurrencia de error de valoración que la sustentase, habiendo hecho uso la Juzgadora de instancia de las facultades que le son propias a tal efecto y con arreglo a la sana crítica sin que los datos que se pretenden introducir, que extrae aleatoriamente de los Estatutos de la empresa, sean trascendentales para la sustanciación del litigio, siendo inveterada la doctrina, de ociosa cita, que la que se desprende que para el éxito de la pretensión revisora esta ha de tener trascendencia suficiente para variar el signo del fallo ya que de otro modo -y salvo supuestos excepcionales que aconsejen su inclusión- razones de economía procesal impiden que sean acogidos en revisión. El ordinal en cuestión ha de permanecer inalterado.

*La adición de un segundo párrafo al hecho probado primero, con la siguiente redacción: "As rutas fluviais -nas que o actor presta os seus servizos laboráis- son organizadas pola Deputacion Provincial", invocando como base la certificación expedida por la entidad SUPLUSA obrante al folio 343, no siendo de acoger dicha pretensión de revisión habida cuenta de que la prístina redacción del referido hecho probado ya hace expresa mención a que el actor prestó servicios "en las rutas fluviales de la Diputación Provincial de Lugo.". En consecuencia, ha de permanecer intacto en su primigenia redacción el ordinal primero del relato histórico de la resolución combatida en el recurso.

*Del ordinal cuarto, para que se modifique y se redacte de la forma siguiente: "En data de 2/1/2015 SUPLUSA contrata a Ildefonso con categoría de mariñeiro, para atender as rutas fluviais da Deputación Provincial en embarcación polos ríos Miño e Sil, por medio dun contrato de obra ou servizo determinado vinculado a encomenda de xestión aprobada pola xunta de gobernó da Deputación Provincial de Lugo en sesión de 26/12/2104, contrato que durou ata o 31/12/2015. Posteriormente e con efectos dende o 1/172016 - se ben o contrato e asinado o 26/12/2105- SUPLUSA contrata a Ildefonso con categoría igualmente de mariñeiro, por medio dun contrato eventual por circunstancias da produción, cuxo obxecto consistía no cuidado, mantemento e pilotaxe de embarcacións da Deputación ata que se inicien as rutas. Tal contrato foi prorrogado o 11/3/2016 -con efectos dende o 12/3/2016- ata o 30/6/2016. Por outra banda, o actor (Gonzalo) foi contratado con efectos do 1/6/2016 con categoría de mariñeiro por medio dun contrato eventual con duración prevista ata o 30/9/2016", apoyando su pretensión en la documental de los folios 45 y 46, 57, 58 a 60, 61 a 71, 72 y 328 a 330 de autos, que integran base eficaz para el éxito de la revisión, siendo de añadir que la contraparte



no discute la existencia de error padecido en la sentencia de instancia al confundir el contrato eventual relativo a otro trabajador con el realizado al actor que lo fue, el del demandante, en fecha 1/6/2016 como se refleja en el párrafo final del ordinal controvertido que, en consecuencia, quedará redactado en la forma que propone el recurrente, antes reseñada, sin perjuicio del alcance que pudiera otorgársele en sede jurídica.

*La adición de un tercer párrafo al ordinal sexto, con arreglo al texto siguiente: "Na acta nº NUM003 da Xunta de Goberno da Deputación Provincial de Lugo, de data 19/2/2106, acórdase facer unha nova encomenda de xestión a SUPLUSA para atender o servizo turístico de rutas fluviais dos ríos Miño e Sil, con inicio o 12/3/2016 e remate o 31/12/2016", invocando los folios 440 a 450 de autos sin que haya de tener acogida habida cuenta de que en el original del ordinal de referencia ya se contempla la aprobación de la encomienda en las fechas a que se hace mención en el párrafo propuesto. Debe, pues, mantenerse inalterado el hecho probado sexto del relato histórico.

CUARTO.- En sede jurídica, con amparo procesal correcto, el actor-recurrente denuncia:

*En el motivo quinto la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, aseverando, en esencia, que su despido fue consecuencia de haber participado en elecciones sindicales celebradas en la empresa, siendo así que el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio", en tanto que el artículo 55.5 del mismo Texto Legal establece que "será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador", recogiendo la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sendas normas para vehicular la aplicación de lo previsto en los antes citados preceptos siendo, al efecto, las reseñadas en los artículos 96.1 y 181.2 de la citada LRJS, aplicables a los procedimientos, como el presente, en que se denuncie la vulneración de derechos fundamentales, y, en el caso de autos, hemos de partir de la consideración de que el actor en el momento del cese/despido que le comunicó la empresa a medio de carta de fecha 10/12/2015 y efectos de 31/12/2015 ostentaba la condición de delegado de personal -para la que había sido elegido con fecha 22/11/2015, a lo que no es óbice que la empresa hubiese impugnado la elección, dictándose laudo arbitral, desfavorable para la empleadora y que esta se hubiese alzado contra lo dispuesto en el laudo a medio de demanda judicial cuyo resultado desconocemos, pues ha de estarse a la fecha del despido con independencia de lo que "a posteriori" se determinase en el ámbito oportuno al efecto-, siendo de recordar que la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional, de cita ociosa, pone de relieve que la imposición de la carga de la prueba al empleador no tiene lugar en todo caso, sino cuando concurren, por haberlos aportado el trabajador, indicios suficientes, esto es, principios de prueba tendentes a revelar una intención discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales -por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 29/2000, 207/2001 y 214/2001-, acaeciéndose, en el caso, que, aun cuando el trabajador ha sido despedido poco después de haberse celebrado las elecciones sindicales en las que salió elegido, no es menos cierto que lo que ha alegado la empresa para extinguirle el contrato de trabajo es que finalizaba formalmente su duración, sin que se haya acreditado que en ese momento el trabajador hubiera cuestionado la regularidad de ese contrato en vía judicial o previa a la judicial, con lo cual al extinguir el contrato de trabajo la empleadora se limitó a seguir la propia dinámica de la relación laboral suscrita por las partes, y si alguna represalia se pudiera acreditar no sería tanto por la extinción como por no renovar el contrato en caso de que se le hubiera renovado a otros trabajadores en sus mismas circunstancias, lo que tampoco acaece pues, siendo cierto que se ha producido la contratación de otro trabajador con efectos de 1/1/2016 arropada bajo el manto de un contrato eventual por circunstancias de la producción para el "cuidado, mantenimiento y pilotaje de las embarcaciones de la Diputación hasta el inicio de las rutas", la empleadora alega en su escrito de impugnación que se contrató a este otro trabajador porque "tampoco el actor ha probado en el presente procedimiento sus aptitudes para, por ejemplo, poder pilotar embarcaciones ... circunstancia vital para poder realizar los trabajos que se demandaban por parte de la empresa y que concurrían en la persona elegida", lo cual, si bien no lo damos como cierto, hemos de precisar que a quien le correspondía acreditar esa identidad de circunstancias es al trabajador recurrente, y no lo ha hecho, máxime cuando, como se desprende de un análisis complementario e integrador de la documental de autos, en concreto las propias actas de la elección para representantes de los trabajadores, el contratado era el más antiguo en la empresa, sin que pueda soslayarse, y no es ello baladí, que el demandante fue contratado, nuevamente, como marinero de embarcación de pasaje, signando contrato el 31/5/2016 y duración de 1/6/2016 a 30/9/2016, por la empresa SUPLUSA, lo que dista de evidenciar un ánimo de perjudicar al actor o de apartarlo de la disciplina de la empresa por mor de la anterior participación en elecciones sindicales, de manera que no ha de tener éxito la censura jurídica a que se contrae el apartado quinto del recurso entablado por la parte actora frente a la resolución de instancia.



*En el motivo sexto, denuncia la infracción del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 4/2/2015 y 14/5/2014, en aras de que se considere existente la figura de un empresario plural o grupo laboral patológico de empresas conformado por la Diputación Provincial de Lugo y la Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) y, así las cosas, cabe señalar que la doctrina Jurisprudencial, por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 14/9/2001, ha establecido que "lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo... 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", añadiendo que "la finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes, pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000, que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio, por lo que el fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios", acaeciendo a tenor de los asertos que, con valor fáctico se integran en la fundamentación jurídica de la resolución aquí combatida que, no discutida la formal autonomía y personalidad jurídica de cada una de las codemandadas, se ofrecen evidencias que nos indican que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, siendo de destacar que, la Juzgadora "a quo", después de señalar que "...una vez practicada la prueba en el acto del juicio, debe estimar la existencia de la alegada cesión ilegal", deja patente, con valor fáctico, que "el actor ha estado trabajando para la Diputación Provincial de Lugo desde el año 2012 como si fuera un trabajador más de la misma, pese a haber sido contratado por la empresa codemandada que es instrumental de la Diputación como consta en sus propios Estatutos", así como que "no han acreditado las demandadas la existencia de persona alguna que ejerciese labor alguna de dirección y organización del trabajo del demandante... las órdenes e instrucciones de servicio son las que se reciben del personal de la Diputación. Las vacaciones se planifican por todo el personal de la brigada, incluido el demandante, de forma que el servicio se mantenga... no se acredita la existencia de persona alguna que tuviera función de dirección u organización... los horarios, las vacaciones y las instrucciones de servicio vienen dadas siempre desde la Diputación demandada... la demandada se limita a aportar al juicio los controles de cambios y ausencias, elaborados por los propios trabajadores, los pedidos de material y limpieza y gasoil para las embarcaciones objeto de la encomienda, así como los cuadrantes de organización del personal, distribuciones de vacaciones..." añadiendo que tales documentos no acreditan ese carácter empresarial..." y que "en cuanto a los medios materiales todos tanto los fungibles como los no fungibles, los proporciona la Diputación, así las embarcaciones y los embarcaderos son proporcionados por la propia Diputación Provincial de Lugo...", sin que tales razonamientos y consideraciones que condujeron a la Magistrada de instancia a declarar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, hayan sido desvirtuados por la recurrente, pues aun de considerar que existiese una mera apariencia formal de existencia de órganos de dirección y control por parte de la codemandada no se constató que se hubiese llevado a cabo la actividad bajo la directa y efectiva organización y dirección de la empresa SUPLUSA y el hecho de que se trate de una Empresa Pública no es óbice a la obligación de respeto y acatamiento de la normativa que rige la materia, todo lo cual, en esencia, configura una situación que pone de relieve la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, sin que sea dado aseverar concurrente un grupo patológico de empresas o de un empresario plural como pretende la recurrente que, cabe no olvidar, interesó con carácter subsidiario, la existencia de cesión ilegal que es, a la postre, lo que en línea con lo resuelto en la instancia consideramos existente. Debe, pues, decaer la censura jurídica señalada en el motivo sexto del recurso articulado por el demandante.

*Por último, en el motivo séptimo, denuncia, para el caso de que no se declare la nulidad -como aquí acaece- la infracción del artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores en el que se establece que "Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2", interesando que, en



atención a lo dispuesto en dicho precepto, se declare su derecho a la opción entre la extinción indemnizada de la relación laboral o la readmisión a su puesto de trabajo y asimismo el derecho a los salarios de tramitación si opta por esta última alternativa, siendo así que ha de tener acogida dicha pretensión pues, al menos en la fecha del despido que es lo que aquí cumple examinar, el demandante ostentaba la condición de representante de los trabajadores como delegado de personal y, en consecuencia, tenía a su favor la posibilidad de opción y, en su caso, la de salarios de tramitación ex artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO.- Por su parte, la Diputación Provincial de Lugo, articula su recurso en atención a sendos motivos, amparando el primero de ellos en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para solicitar la revisión del relato histórico y apoyando el segundo en el apartado c) del propio precepto, para interesar el examen de la normativa sustantiva y de la Jurisprudencia, pretendiendo, en el suplico del recurso, que se revoque la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto la declaración de cesión ilegal y condenando exclusivamente a SUPLUSA a las consecuencias del despido improcedente.

SEXTO.- En cuanto a la modificación del relato fáctico, la Diputación Provincial de Lugo, interesa la revisión del ordinal quinto, para que se redacte con arreglo al texto siguiente: "La entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) es una sociedad mercantil pública, cuyo capital social se encuentra íntegramente suscrito y desembolsado por la Corporación Provincial, que es el accionista único de dicha Sociedad. Dicha sociedad tiene la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Diputación Provincial de Lugo, estando obligada a realizar los trabajos que ésta le encomiende en las materias señaladas en este artículo y en el siguiente, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes y todo esto de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por la Diputación Provincial de Lugo (Cláusula 2 del artículo 2 de los Estatutos Sociales). Las relaciones de la Sociedad con la Diputación Provincial de la que es un medio propio e instrumental y servicio técnico, tiene naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de las encomiendas de gestión previstas en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado. La función de dirección y organización del trabajo en la sociedad es competencia del gerente de la misma D. Jesús Ángel que ostenta y ejerce la jefatura directa e inmediata del personal de la sociedad, distribuye y controla el trabajo y en general adopta las medidas necesarias para el mejor funcionamiento de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de los Estatutos. El domicilio y la sede de la Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA) están en la actualidad en la calle San Marcos nº 11, 2º, 27001, Lugo, siendo su anterior domicilio el de la Plaza de Santo Domingo, 6, 5º B, 27001, Lugo", ofreciendo como apoyo de su pretensión revisora la documental de los folios 144, 226, 228, 230, 232, 249, 261, 281, 285, 289, 292, 296, 314, 317 y 328 de autos, siendo de recordar que la suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación, que habilite para examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, de manera que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgador "a quo" a quien corresponde la valoración conjunta del acervo probatorio ex artículo 97.2 de la LRJS , teniendo la plena inmediación en la práctica de la prueba, por lo que no puede desvirtuarse dicho criterio, salvo que existan elementos que indefectiblemente lleven a la conclusión del error de la instancia, a lo que cabe añadir que no es viable la revisión, en el estricto marco del recurso extraordinario de suplicación, cuando se invocan genéricamente diversos documentos pues el recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que ponga 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, sin que sea facultad de la parte sustituir por su propio e interesado parecer, el objetivo criterio del Juzgador, máxime cuando el texto ofrecido contiene asertos de carácter conclusivo valorativo en aras de modificar los razonamientos de la Juzgadora "a quo", contenidos en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, relativos a la dirección y organización del trabajo del actor, explicitando la Juzgadora "a quo", en el apartado séptimo de lo jurídico, que no se discute el control meramente formal ejercido pero no se ha probado que la codemandada (se refiere a SUPLUSA) ejerciese de empresario real del demandante. Así pues, no ha de tener acogida la pretensión de revisión del ordinal quinto interesada por la entidad recurrente.

SÉPTIMO.- Ya en sede jurídica, la Diputación Provincial de Lugo, con amparo procesal correcto, denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y la Jurisprudencia al respecto, citando una sentencia del Tribunal Supremo de 11/7/2012 y diversas resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en aras de defender la inexistencia de cesión ilegal y, así las cosas, sin soslayar que las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia no integran Jurisprudencia a los efectos del artículo 193 c) de la LRJS pues aquella, como señala el artículo 1.6 del Código Civil , solo se integra por "la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho", cabe establecer, como ya hemos expuesto, en esencia, al sustanciar el recurso de la parte actora, que de inveterada doctrina Jurisprudencial se colige que lo plasmado en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, siendo esta 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, así como que 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 y, esto sentado, si bien es cierto que no toda cesión es fraudulenta ni persigue o genera necesariamente perjuicios para los trabajadores, como ha señalado la doctrina, bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio, de manera que el fenómeno interpositorio puede producirse también entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios, siendo así que, en el presente litigio, la Juzgadora "a quo" después de señalar en el fundamento jurídico sexto que "...una vez practicada la prueba en el acto del juicio, debe estimar la existencia de la alegada cesión ilegal", deja patente, con valor fáctico, que "el actor ha estado trabajando para la Diputación Provincial de Lugo desde el año 2012 como si fuera un trabajador más de la misma, pese a haber sido contratado por la empresa codemandada que es instrumental de la Diputación como consta en sus propios Estatutos", así como que "no han acreditado las demandadas la existencia de persona alguna que ejerciese labor alguna de dirección y organización del trabajo del demandante... las órdenes e instrucciones de servicio son las que se reciben del personal de la Diputación. Las vacaciones se planifican por todo el personal de la brigada, incluido el demandante, de forma que el servicio se mantenga... no se acredita la existencia de persona alguna que tuviera función de dirección u organización... los horarios, las vacaciones y las instrucciones de servicio vienen dadas siempre desde la Diputación demandada... la demandada se limita a aportar al juicio los controles de cambios y ausencias, elaborados por los propios trabajadores, los pedidos de material y limpieza y gasoil para las embarcaciones objeto de la encomienda, así como los cuadrantes de organización del personal, distribuciones de vacaciones..." añadiendo que tales documentos no acreditan ese carácter empresarial..." y que "en cuanto a los medios materiales todos tanto los fungibles como los no fungibles, los proporciona la Diputación, así las embarcaciones y los embarcaderos son proporcionados por la propia Diputación Provincial de Lugo...", sin que tales razonamientos y consideraciones que condujeron a la Magistrada de instancia a declarar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, hayan sido desvirtuados por la recurrente, pues aun de considerar que existiese una mera apariencia formal de existencia de órganos de dirección y control por parte de la codemandada no se constató que se hubiese llevado a cabo la actividad bajo la directa y efectiva organización y dirección de la empresa SUPLUSA, siendo de recordar que el fenómeno interpositorio puede producirse, y de hecho se produce en no pocas ocasiones, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura propios y que el hecho de que se trate de una Empresa Pública no es óbice a la obligación de respeto y acatamiento de la normativa que rige la materia, todo lo cual determina el rechazo de la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso articulado por la Diputación Provincial de Lugo frente a la sentencia de instancia.

OCTAVO.- Por lo expuesto, ha de acogerse en parte el recurso entablado por el demandante, Sr. Gonzalo , y ha de rechazarse el articulado por la Diputación Provincial de Lugo con las consecuencias a que nos referiremos en la parte dispositiva de la sentencia.

En consecuencia,

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de suplicación articulado por D. Gonzalo y desestimando el formulado por la Diputación Provincial de Lugo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de fecha 1 de septiembre de 2016 , en autos nº 101/2016, instados por D. Gonzalo frente a la Diputación Provincial de Lugo y la entidad Sociedad Urbanística Provincial de Lugo (SUPLUSA), sobre despido, revocamos la resolución de instancia en el puntual aspecto relativo a la opción entre la extinción indemnizada y la readmisión declaramos que corresponde al demandante la opción que habrá de efectuar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, entendiéndose que de no optar se entenderá que lo hace por la readmisión y que si la opción, expresa o presunta, es en favor de la readmisión, esta será obligada, así como que tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho, el trabajador demandante a los salarios de tramitación con arreglo a una cuantía diaria de 41,34 euros/día, manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución de instancia. Imponemos a la parte demandada recurrente el importe de las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante del mismo en cuantía de 605 euros. Ha de darse a los depósitos y consignaciones el destino legal correspondiente.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.



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 37 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 37 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 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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.