



Roj: **STSJ AND 8512/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:8512**

Id Cendoj: **41091340012017102530**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2017**

Nº de Recurso: **2891/2016**

Nº de Resolución: **2512/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 2891/2016 (A) Sentencia nº 2512/17
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a 14 de Septiembre de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 2512/17

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús Luis y MATADERO LINENSE S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras, en sus autos núm. 267/14, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Jesús Luis contra el Excmo Ayuntamiento de la Liena de la Concepción y Matadero Linense S.L., sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 26 de junio de 2015 por el referido Juzgado, con estimación parcial de la demanda.

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

PRIMERO.- El actor, D. Jesús Luis, mayor de edad, con DNI nº NUM000, ha venido prestando sus servicios retribuidos por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada SOCIEDAD MUNICIPAL MATADERO LINENSE, SL, con antigüedad de 1-7-2002, con la categoría profesional de "Peón", con un salario diario a efectos de despido de 64,45 €/día.

La sociedad precitada es íntegramente capital municipal del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, dedicando su actividad a Matadero de reses y otros animales para el consumo humano, resultando de aplicación el Convenio colectivo Estatal de Industrias Cárnicas, si bien el día 19 de abril de 2010, el Presidente de la Sociedad Municipal del Matadero Linense SL, en reunión con el Delegado de personal de la misma, D. Marcelino, con la presencia de miembros de la sección sindical de UGT en el Ayuntamiento de La Línea, y el conjunto de los trabajadores de Matadero Municipal, acordaron que "A la vista de las perspectivas mercantiles que ofrece el Matadero, y las posibilidades de concesionar la gestión del mismo a terceros, de lo que se irá



informando puntualmente a los trabajadores, y con el compromiso de la Presidencia de mantener en cualquier caso la estabilidad laboral de los trabajadores caso de cierre de la sociedad, por el Sr. Presidente se ofrece, y por la representación sindical se acepta que con efectos del 1 de mayo del corriente año, se procederá a la equiparación salarial de los trabajadores municipales con el convenio colectivo municipal para el personal laboral." -Docs. Nº 1 a 4 aportados por la parte actora y hecho primero de la demanda no controvertido-

SEGUNDO.- El día 5 de julio de 2010 se concertó contrato de colaboración en la prestación de servicios de matadero municipal de La Línea entre Matadero y el contratista adjudicatario GANADEROS Y EMPRESARIOS CÁRNICOS ASOCIADOS SL (en adelante, GECA), para que éste realizara el servicio de dirección y gerencia de la actividad comercial, el control y dirección de la prestación diaria del servicio de matadero, y en general, toda aquella actividad propia e inherente a dicho servicio. La cláusula segunda del contrato dice que el mismo no conlleva pago de precio alguno a favor del adjudicatario, quien se repercutirá de los costes de explotación mediante el cobro de tasas especificadas en la correspondiente ordenanza fiscal, así como cualquier ingreso procedente de la gestión y/o actividad del matadero y sus edificaciones complementarias, estableciéndose como canon en metálico, a favor de Matadero, que el adjudicatario debería abonar la cantidad de 180.000 euros anuales, pagaderos mensualmente al final de cada mes a razón de 15.000 euros mensuales, más 7.957,94 euros trimestrales correspondiente a las amortizaciones del préstamo hipotecario que grava las instalaciones donde se ubica el Matadero y que Matadero se obliga a destinar al abono de dicho préstamo. Asimismo, se establece un canon variable, a favor de la Sociedad Municipal, correspondiente al 50% de los beneficios que se obtengan por el servicio de matadero, pagaderos al finalizar cada ejercicio contable.

Según la cláusula tercera "El contrato tendrá una duración de UN AÑO Y MEDIO (18 meses) comenzando a prestarse a partir del presente contrato y finalizando el 30 de octubre de 2011, pudiendo prorrogarse por período máximo de otros 18 meses.

Para el otorgamiento de la prórroga es necesario que exista mutuo acuerdo de las partes, antes de la finalización del contrato, permaneciendo las características inalterables durante el período de prórroga."

La cláusula cuarta establecía que "El personal en plantilla de la sociedad municipal Matadero Linense SL, continuará prestando sus servicios como personal de la sociedad municipal, sin que exista obligación de subrogación por parte de la adjudicataria que, no obstante, de así solicitarlo u ofertarlo como mejora, podrá subrogarse en los contratos laborales que estime conveniente traspasar a su plantilla propia. El personal de la sociedad municipal prestará sus servicios en el matadero municipal, en colaboración con la adjudicataria del contrato de colaboración del servicio del matadero."

Según la cláusula quinta, las obligaciones especiales del contratista son: "Dispondrá de personal suficiente para la correcta prestación del servicio y tener la capacitación necesaria para el mismo.

El personal que preste este servicio deberá disponer de herramientas personales necesarios para la prestación del servicio.

Abonar los gastos de suministro de luz, agua, teléfono y en general cuantos sean precisos para el correcto funcionamiento del servicio."

La Cláusula sexta establecía que "La prestación de servicios de que se trata se llevará a cabo en el Matadero Municipal de La Línea. Por lo tanto, el contratista utilizará y gestionará los edificios del matadero municipal con sus deversas instalaciones y maquinaria, cámaras frigoríficas, etc. que se encuentran en estas instalaciones y son necesarias para la prestación del servicio. Asimismo, el personal de la sociedad municipal colaborará en la gestión del servicio, para mayor eficacia del mismo." -Doc. nº 3 aportado por la demandada-

TERCERO.- Consta en las actuaciones informe de la inspección de trabajo, de fecha 15-1-2014, en el que se hace constar, y así se ha de considerar probado, lo siguiente:

"La empresa SOCIEDAD MUNICIPAL DE MATADERO LINENSE, S.L., dedicada a la actividad de industrias cárnicas, en fecha 19-12-13 ha presentado ante la Autoridad Laboral comunicación de iniciación de Expediente de Regulación de Empleo nº 370/2013, para la extinción de los contratos de los 15 trabajadores que integran su plantilla, por causas económicas.

Con fecha 10 de enero de 2013, se giró visita al Ayuntamiento de La Línea de la concepción, manteniéndose entrevista con D. Fructuoso , primer Teniente de Alcalde y concejal de Urbanismo, que actúa en representación de la sociedad municipal, siendo además el liquidador designado durante el proceso de disolución de la Sociedad. En el curso de la visita se examina la documentación aportada inicialmente, y la remitida a la Autoridad Laboral como consecuencia de requerimiento de subsanación (cuentas provisionales del año 2013, declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría, solicitud de informe al representante legal de los trabajadores e informe emitido por el mismo). Se aporta igualmente Acta de



finalización del período de consultas de fecha 3 de enero de 2014, donde consta que no se ha alcanzado acuerdo entre las partes. Con fecha 13-01-13 se mantuvo entrevista telefónica con D. Marcelino , Delegado de personal de la plantilla.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, se procede a emitir informe sobre los extremos de la comunicación empresarial a que se refiere el artículo 2 y sobre el desarrollo del periodo de consultas, según los criterios fijados en el artículo 11.

1. Comunicación empresarial.- La empresa, una vez subsanadas las deficiencias apreciadas por la Autoridad Laboral, acompaña al expediente la documentación prevista en los artículos 3 y 4 del Real Decreto, y ha realizado simultáneamente la comunicación de inicio del expediente a la Autoridad Laboral, y a los representantes de los trabajadores, a efectos de iniciar el período de consultas. El Delegado de personal manifiesta que se le ha entregado toda la documentación prevista reglamentariamente.

2. Desarrollo del período de consultas.- No se observan irregularidades en este aspecto, y se han celebrado dos reuniones antes de su finalización. La única alegación de la representación de los trabajadores en contra de la regulación de empleo, la constituye su petición de incorporarse a la plantilla municipal, a lo que la empresa opone razones de imposibilidad legal. Los trabajadores manifiestan que se proponen ejercitar las acciones judiciales oportunas para alcanzar su objetivo.

La Sociedad adeuda a los trabajadores las nóminas de ellos últimos 7 meses, y no se encuentra al corriente en los pagos a la seguridad social." -ff. 308 y 309-.

En relación con la comunicación de regulación de empleo precitada, la Autoridad Laboral procedió a notificar la decisión empresarial a la Entidad Gestora de las Prestaciones el día 16-1-2014 -(f. 310)-.

El día 16-1-2014, Matadero comunicó a la autoridad laboral el resultado del periodo de consultas y la decisión final de despido colectivo por causas económicas adoptada (ff. 313 a 318)-.

CUARTO.- El día 13 de enero de 2014, el actor recibió carta de despido por parte de Matadero, con el siguiente tenor literal:

"Por la presente le comunicamos la rescisión, mediante despido colectivo, de la relación laboral que mantenemos con Vd. Los hechos en los que se fundamenta este despido constituyen CAUSAS ECONÓMICAS, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, conforme a la nueva regulación dada por Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de enero, de Medidas urgentes para la reforma laboral.

Así se entenderá, de conformidad con la citada norma, que concurren causas económicas cuando los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Es más, la situación económica de la empresa hace inviable seguir realizando su actividad dado que sus pérdidas acumuladas superan el 50% de los fondos propios de la sociedad, encontrándose, pues, la empresa en los supuestos de imperativo legal de disolución de las sociedades, establecidos en los apartados d) y e) del artículo 363 del Real Decreto 1/2010 de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo que la extinción de los contratos de trabajo, que afectan a la totalidad de la plantilla, se produce como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. Estas circunstancias quedan acreditadas suficientemente en el expediente y en la documentación facilitada a la representación de los trabajadores.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores se comunicó a la autoridad laboral la instrucción del expediente de regulación de empleo el pasado 19 de diciembre, iniciándose el 23 de diciembre el periodo de consulta que se concluye sin acuerdo, como figura en el acta de finalización de 3 de enero de 2014, fecha ésta última fijada de común acuerdo entre las partes por la imposibilidad material de realizar antes la sesión, y donde de conformidad con lo establecido en el artículo 7º.6 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, las partes dieron por finalizado el periodo de consulta, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno.

Conforme a lo establecido en el art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores , le informamos con un plazo de preaviso de 15 días que la relación laboral quedará extinguida el próximo día 29 de enero de 2014.



Que a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores, le corresponde una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, que asciende a una cuantía de: 10.871,12 €.

Fundamentada la decisión extintiva en causas económicas, se le comunica, como exige el artículo 53.1 c) ET, la imposibilidad de esta Empresa, como consecuencia de esta situación, de poner a su disposición esta indemnización de manera inmediata, sin perjuicio del derecho que le asiste de exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. Asimismo tiene derecho a los emolumentos devengados hasta la fecha de la extinción de su relación laboral, cuyo importe quedará recogido en el finiquito.

También aprovechamos para informarle que desde el día de hoy y hasta la fecha de su rescisión de su contrato, conforme establece el artículo 53.2 del Estatuto de los Trabajadores, podrá disfrutar Vd. de un permiso retribuido de 6 horas semanales con la finalidad de buscar un nuevo empleo.

En el momento de la firma del finiquito tiene Vd. derecho a ser asistido por un representante de los trabajadores, habiéndose dado traslado al comité de empresa de esta decisión a los efectos oportunos." -Doc. nº 1 aportado con la demanda -.

QUINTO.- En el año 2012, Matadero tuvo unas pérdidas de 307.117,37 euros -f. 500-. A fecha 30 de septiembre de 2013, Matadero tuvo pérdidas por importe de 239.590,21 euros -f. 12 de la documental aportada por la parte demandada -.

SEXTO.- El actor no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, cargos de representación legal o sindical de los trabajadores, estando afiliado al sindicato UGT -Hecho no controvertido-.

SÉPTIMO.- El día 25-2-2014, se presentó por la parte actora papeleta de conciliación ante el CMAC frente a la empresa demandada SOCIEDAD MUNICIPAL MATADERO LINENSE, S.L., celebrándose el acto el día 12 de marzo de 2014 con el resultado de "SIN AVENENCIA"- f. 141-.

El día 25 de febrero de 2014, la parte actora presentó reclamación administrativa previa frente al Ayuntamiento demandado -ff. 142 a 151-, que fue desestimada por silencio administrativo.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Jesús Luis y Matadero Linense S.L., que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jesús Luis, calificó como nulo el despido acordado por la Sociedad Municipal Matadero Linense S.L. el 29 de enero de 2014, en el marco de un despido colectivo, por no acreditar haber cumplido el trámite de comunicar a la autoridad laboral, ni a la representación legal de los trabajadores la decisión de despido colectivo adoptada y las condiciones del mismo, lo que determinaba la caducidad del procedimiento de despido colectivo, absolviendo al Excmo. Ayuntamiento de la Línea de la Concepción de todas las pretensiones deducidas en su contra en la instancia, por no existir una cesión ilegal de trabajadores, extinguiendo la relación laboral en la fecha de la sentencia, condenando a la Sociedad Municipal Matadero Linense S.L. al pago a D. Jesús Luis de 40.857,41 € de indemnización y 34.601,85 € de salarios de tramitación.

La sentencia ha sido recurrida en suplicación por ambas partes, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitando el actor la condena al Excmo. Ayuntamiento de la Línea de la Concepción, por considerar que existía una cesión ilegal de trabajadores entre el Ayuntamiento y la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L.", y esta empresa pretendiendo que se declare la validez formal del despido colectivo acordado.

En primer lugar examinaremos el recurso de suplicación interpuesto por la Sociedad Municipal Matadero Linense S.L., por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia la infracción del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, norma en la que se funda la sentencia de instancia para declarar la caducidad del despido colectivo, pretendiendo una nueva redacción del fundamento jurídico quinto, considerándolo una revisión fáctica de la sentencia, fundamentada en una nueva valoración de la prueba, motivo jurídico que no puede prosperar.

El artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, dispone que: "Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.



Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan."

En el recurso se pretende que se declare que la Sociedad Municipal Matadero Linense S.L. ha cumplido todos los trámites del despido colectivo, y se declare la procedencia del despido del actor por concurrir las causas económicas alegadas en la carta de despido objetivo, como justificativo del mismo, pretendiendo hacer valer una notificación a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores que no figura en el relato fáctico, ni se ha tratado de introducir por la vía de la revisión fáctica de la sentencia.

En este caso en el relato fáctico no figuran las notificaciones que se mencionan de la decisión empresarial del despido colectivo y de las condiciones del mismo, ya que el día 10 de enero de 2.014, como se declara probado en el hecho 3º, no hubo ninguna notificación formal a la autoridad laboral, sino una visita de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social al Ayuntamiento para entrevistarse con el liquidador de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L.", examinar la documentación del expediente, incluso para entrevistarse telefónicamente con el Delegado de Personal, por lo que no existe una comunicación de la decisión de realizar el despido colectivo, en la que se indicaran el número de trabajadores afectados por el despido colectivo, la fecha del mismo, ni el importe de la indemnización, por lo que no podemos entender cumplido este trámite.

Tampoco el acta final del período de consultas puede considerarse una notificación en forma al representante del personal de las condiciones del despido, ya que en este acta sólo figura que no se llegó a ningún acuerdo, por lo que fue acertada la sentencia de instancia al declarar la caducidad del despido colectivo.

La notificación empresarial a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, es un trámite formal que está regulado en el artículo 12 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, norma que establece que: "1. A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas...."

3. La empresa deberá remitir a la autoridad laboral, además de la información a que se refieren los dos apartados anteriores, las actas de las reuniones del periodo de consultas debidamente firmadas por todos los asistentes.

4. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin que el empresario haya comunicado la decisión de despido colectivo indicada en dicho apartado, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento."

Este artículo ha sido interpretado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2.015 (RJ 2015/5803), que cita la de 19 de noviembre de 2.014 (RJ 2015/1765) , en la que se declara que "no cabe ninguna duda en cuanto a que el despido colectivo, como acto de voluntad del empresario, que tras el período de consultas, con o sin acuerdo, decide extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, exige, ineludiblemente, que la decisión final del despido sea comunicada o notificada a los representantes legales de los trabajadores, o dicho de otra manera, la voluntad empresarial no puede quedarse en una simple hipótesis o propósito manifestado con la iniciación y tramitación de la fase de consultas, sino que debe materializarse en una decisión expresiva e inequívoca de extinguir las relaciones laborales...

Esta comunicación o notificación de la decisión empresarial se erige en presupuesto constitutivo de la extinción, de modo que si no hay comunicación no hay despido. ..

Existen además otra serie de razones que ponen de manifiesto la necesidad de una comunicación expresa y formal de la empresa a los representantes de los trabajadores con respecto a su decisión final sobre el despido colectivo. En efecto, no sólo dicha comunicación constituye el presupuesto de la decisión extintiva, sino que también es presupuesto constitutivo para el ejercicio de otras acciones, a las que dota de seguridad jurídica. Así sucede con la regulación del despido individual del apartado 4 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores "Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados,", insistiendo en ello la norma reglamentaria,"Tras la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo a que se refiere



el artículo 12, el empresario podrá comenzar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores afectados," (artículo 14.1 del Real Decreto 1483/2012).

La necesidad, por su trascendencia, de la citada comunicación expresa y formal, se pone de manifiesto también en la regulación del despido colectivo que lleva a cabo la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no sólo en cuanto a establecer que, "La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo" (artículo 124.6), sino también y en especial, cuando en el apartado 3 del propio precepto, dispone que, "Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 (los representantes legales de los trabajadores) o por la autoridad laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta ley , una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva".

En definitiva, si la comunicación o notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, es precisamente la determinante del inicio de los plazos para ejercer las acciones expuestas, no puede negarse su trascendencia como requisito esencial para la efectividad del mismo, ni puede entenderse cumplido el mismo de cualquier manera, pues a este respecto la propia norma indica - artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores - que debe llevarse a cabo de forma imperativa (remitirá) y el contenido de la misma (la decisión final del despidos colectivos que haya adoptado y las condiciones del mismo). La omisión de la exigencia de comunicar a los representantes de los trabajadores la decisión de despido colectivo, no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo, después de los despidos individuales, y en su caso, de la posible demanda empresarial con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva, dotando a la regulación procesal del despido colectivo, en cuanto al ejercicio de dichas acciones, tanto para los trabajadores como para la empresa, de la necesaria e imprescindible seguridad jurídica, al tiempo que facilita el control judicial de las mismas.

A) Como se ha visto, hemos configurado la comunicación expresa sobre la decisión final de despido que adopta la empresa (cuando el periodo de consultas acaba sin acuerdo) como auténtico presupuesto para la validez del procedimiento, como un "requisito esencial" que no puede suplirse mediante vías indirectas que trasladen a la representación legal de los trabajadores noticia de lo acordado por su empleador.

Nuestra repetidamente citada sentencia del Tribunal Supremo 19 noviembre 2014 (rec. 183/2014) (RJ 2015, 1765) se inclinó por predicar la nulidad del despido colectivo Al elevar la notificación de referencia a la condición de requisito esencial para la efectividad del despido colectivo, su ausencia equivale a la inexistencia del periodo de consultas con arreglo a Derecho....

C) Como queda expuesto, el actual artículo 51.2 Estatuto de los Trabajadores en su párrafo último dispone que si el empresario no comunica su decisión sobre el despido colectivo "se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan"....

Luego, no pueden ser subsanados y se tienen como no realizados, y ese efecto es el que se desprende del artículo 12.4 Real Decreto 1483/2012 : la empresa no puede despedir a los trabajadores, pero puede iniciar un nuevo procedimiento de despido....

También aquí hemos de mantener el criterio del precedente a que venimos aludiendo de forma reiterada y calificar el despido colectivo como nulo pues la ausencia de un procedimiento de consultas con arreglo a las condiciones legalmente exigidas (al omitirse uno de sus elementos constitutivos) aparece (antes y ahora) como el primero de los supuestos en que esa es la calificación pertinente...".

En consecuencia, conforme a esta doctrina no habiéndose tramitado el despido colectivo en legal forma, se considera inexistente, por lo que el despido del actor, que por el número de trabajadores afectados por el despido debe tramitarse como un despido colectivo, es un despido nulo, lo que conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa Sociedad Municipal Matadero Linense S.L. y ratificar la declaración de nulidad del despido.

SEGUNDO.- En el recurso interpuesto por el actor, también por la vía del apartado c) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción del art 43 del Estatuto de los Trabajadores , pretendiendo que se declare la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, por haberse producido una sucesión de empresas entre el Excmo. Ayto de la Línea de la Concepción y la Sociedad Municipal Matadero Linense S.L..



La Sala debe seguir el criterio establecido en su sentencia n.º 3244/16 de 24 de noviembre de 2016, por no alegarse en el recurso, ni hechos ni fundamentos jurídicos que justifiquen su modificación, como declaramos en esta sentencia se pretende en el recurso que se declare que el verdadero empleador de la recurrente es el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y que la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L." es una empresa instrumental del Ayuntamiento, aunque esté dotada de personalidad jurídica propia, careciendo de sustrato material y dirección diferenciada y separada del propio Ayuntamiento, siendo éste el que organiza, dirige, e imparte las órdenes e instrucciones de trabajo; por lo que insiste en considerar que existe una cesión ilegal de mano de obra en favor del Ayuntamiento codemandado solicitando su condena solidaria y que se declare que el Ayuntamiento era el empresario real del demandante.

En este caso hemos de tener en cuenta que la función de matadero municipal, no es una competencia obligatoria del Excmo. Ayuntamiento de la Línea de la Concepción, conforme al artículo 25.2 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, tampoco constituye un servicio público básico conforme al artículo 31 de la Ley 5/2010 de 11 de junio de de Autonomía Local de Andalucía, en relación con el artículo 92.2 d) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, por lo tanto la prestación del servicio de matadero municipal al no ser de prestación obligatoria por el Ayuntamiento a sus ciudadanos no puede nunca considerarse una sociedad instrumental, que sólo se utilizan para desempeñar competencias municipales.

La prestación del servicio de matadero es una iniciativa económica local, regulada en el artículo 45.1 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, norma que establece que: "En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia.", regulando el artículo 46.2 a las empresas públicas locales como medio para desarrollar esta iniciativa empresarial que tiene una finalidad de obtener un beneficio, al margen de los impuestos y las tasas, estableciendo que: "Tendrá la consideración de empresa pública local cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.", contemplando el artículo 48.1 el régimen jurídico de estas empresas disponiendo que: "La empresa pública local se regirá, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia, patrimonial y de contratación."

Por lo expuesto, la creación por el Excmo. Ayuntamiento de la Línea de la Concepción de una empresa dedicada a matadero municipal, que por imperativo legal tiene que tener el control del capital social y de sus órganos societarios, además de ostentar facultades de control financiero y de su actividad, como consecuencia de la obligación de controlar la inversión pública, no es motivo suficiente para declarar la existencia de una responsabilidad conjunta y solidaria, como se pretende en el recurso.

TERCERO.- Por otra parte la función del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es la de evitar los fenómenos de interposición, tanto los que tienen un carácter específicamente fraudulento, como los que producen por una disociación entre el empresario real y el empresario formal, que es el que figura en el contrato de trabajo, no apreciándose en este caso ninguna intención de defraudación, ya que el recurrente prestaba servicios dentro del marco organizativo y directivo de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L." en la fecha del despido, empresa que se subrogó en su relación laboral con el Ayuntamiento por la vía del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como incluso se reconoce en el recurso, sin que exista una posterior subrogación en su relación laboral con la empresa "Ganaderos y Empresarios Cárnicos Asociados S.L." el 5 de julio de 2010, que concertó un contrato de colaboración con la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L." en la gestión del Matadero, ya que no consta en los hechos, ni se ha tratado de introducir por vía de la revisión fáctica de la sentencia, que estuviera sometido a las órdenes de esta empresa, sino que en todo momento estuvo incluido en el ámbito organizativo y directivo de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L.", utilizando los medios materiales de esta empresa municipal, siendo remunerado por la misma.

Como también declarábamos en nuestra sentencia n.º 2720/16 de 19 de octubre, La cesión ilegal de trabajadores, prohibida con carácter general -salvo casos excepcionales- por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, constituye uno de los fenómenos de interposición ilícita en la figura del empleador o empresario que la realidad ofrece, caracterizado por su configuración triangular en la que entre el verdadero empleador y el trabajador se introduce a un tercero, un falso titular formal de la relación laboral.

Los iniciales criterios interpretativos del Tribunal Supremo acerca de cuáles eran las circunstancias fácticas a partir de las que podría deducirse la existencia de dicha cesión ilícita fueron luego -en su esencia- positivadas por la modificación del referido precepto operada primero por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, en versión luego confirmada por la subsiguiente Ley 43/2006, de 29 de diciembre. A tenor del actual precepto, redactado por tales normas modificadoras, "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."

En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Por otra parte no cabe apreciar que exista una voluntad de incorporación de los trabajadores de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L." en el Ayuntamiento, por el hecho de que se concertara el 19 de abril de 2.010, un acuerdo de equiparación salarial con los trabajadores municipales, ya que este acuerdo tiene sólo una eficacia salarial, sin que contenga ningún compromiso de incorporación de trabajadores al Ayuntamiento que vulneraría de lleno los principios de igualdad, mérito y capacidad, que para el acceso a la función pública establece el artículo 103.3 de la Constitución Española .

El compromiso de estabilidad que en el mismo se contiene debe entenderse cumplido con la permanencia de los trabajadores durante cuatro años previos a su despido, sin que pueda ser obligado el Ayuntamiento por dicho compromiso, cuando las condiciones económicas de la empresa han variado de forma significativa y se va a disolver y liquidar, ya que aunque el Presidente de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L." fuera también el Alcalde de la Línea de la Concepción, ello no obliga al Ayuntamiento, ya que el compromiso citado lo adoptó como Presidente de la "Sociedad Municipal Matadero Linense S.L.", por lo que sus acuerdos no pueden exceder del ámbito empresarial, ni tener efectos con posterioridad a la disolución de la sociedad.

En definitiva, del inalterado relato fáctico no se desprende que el demandante, al tiempo del despido y desde hacía varios años antes, estuviera desarrollando labores o prestando servicios efectivos para el Ayuntamiento, en sus dependencias, con sus medios materiales y bajo las órdenes e instrucciones de trabajo directas provenientes de un superior del mismo Ayuntamiento; sino, por el contrario, en dependencias de la Sociedad Municipal Matadero Linense, que tiene, su propia infraestructura con unas instalaciones y oficinas propias, y cuyos responsables efectuaban un efectivo y directo ejercicio de las atribuciones empresariales en cuanto a las decisiones a adoptar sobre los trabajadores de la misma, razones por las cuales no es posible apreciar la denunciada situación de interposición ilícita en la figura del empleador o empresario, por lo que debemos desestimar íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por el actor, confirmando la sentencia impugnada.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por D. Jesús Luis y por la SOCIEDAD MUNICIPAL MATADERO LINENSE, S.L., contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, recaída en el procedimiento seguido en impugnación de despido a instancias de D. Jesús Luis contra la SOCIEDAD MUNICIPAL MATADERO LINENSE, S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN y confirmamos la sentencia de instancia impugnada, en todos sus pronunciamientos, sin imposición de costas al no haberse impugnado el recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y 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 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.



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".

Asimismo se advierte a la Sociedad Municipal Matadero Linense, S.L. que, si prepara el recurso, deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito especial de 600 €, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-2891-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto que se trata de un "Recurso".

Se advierte también a la recurrente Sociedad Municipal Matadero Linense, S.L. que, 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" del Banco de Santander oficina urbana Jardines de Murillo sita en esta Capital Avda. de Málaga núm. 4, núm. de cuenta 4052-0000-65-2891-16, tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del/de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse 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.

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 14 de Septiembre de 2017