



Roj: **STSJ CLM 2832/2018 - ECLI:ES:TSJCLM:2018:2832**

Id Cendoj: **02003340022018100398**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **23/11/2018**

Nº de Recurso: **1388/2018**

Nº de Resolución: **1552/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PETRA GARCIA MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL**

**ALBACETE**

SENTENCIA: 01552/2018

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

**Tfno:** 967 596 714

**Fax:** 967 596 569

**Correo electrónico:** tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

**NIG:** 45168 44 4 2018 0000071

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0001388 /2018**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000032 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** LAFARGE CEMENTOS S.A.

**ABOGADO/A:** BEATRIZ MONTES ESCASO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** Martin , CEMENTOS LA PARRILLA S.A. , MATERIALES DE CONSTRUCCION AGUILAS S.A.

**ABOGADO/A:** EDUARDO FERNANDEZ DE BLAS, ,

**PROCURADOR:** MARIA TERESA AGUADO SIMARRO, , (con Ldo. Sr. FERNANDEZ DE BLAS)

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

**Magistrado/a Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. PETRA GARCIA MARQUEZ

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS**

D. JOSE MONTIEL GONZALEZ

D<sup>a</sup>. PETRA GARCIA MARQUEZ

D<sup>a</sup>. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO

En Albacete, a veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho.



Vistas las presentes actuaciones por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

#### EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

#### - SENTENCIA Nº 1552 -

En el **RECURSO DE SUPPLICACION número 1388/2018**, sobre **DESPIDO**, formalizado por la representación de **LAFARGEHOLCIM ESPAÑA S.A.U. (anteriormente LAFARGE CEMENTOS S.A.U.)** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Toledo en los autos número 32/2018, siendo recurrido/s **D. Martin , MATERIALES DE CONSTRUCCION AGUILAS S.A. y CEMENTOS LA PARRILLA S.A.**; y en el que ha actuado como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. PETRA GARCIA MARQUEZ, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que con fecha 11 de mayo de 2018 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Toledo en los autos número 32/2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que debo estimar la demanda de despido formulada por D. Martin contra la empresa **LAFARGE CEMENTO, S.A.U (actualmente LafargeHolcim España, S.A.)**, declarando la improcedencia del despido del actor que tuvo lugar con fecha 30 de noviembre de 2017, y debo condenar y condeno a la demandada a que proceda a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir conforme al salario declarado probado en el hecho primero, o le indemnice en la cuantía de **144.217,46 euros (de la cual, en su caso, se descontaría la cuantía percibida en concepto de indemnización)**.

*La opción antes dicha deberá realizarse ante la oficina de este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de esta sentencia entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.*

Desestimando la demanda presentada contra las mercantiles Cementos La Parrilla, S.A. y Materiales de Construcción Aguilas, S.A. debo absolver y absuelvo a las mismas de las pretensiones ejercitadas."

**SEGUNDO.-** Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- D. Martin ha prestado servicios como asistente técnico sanitario (ATS) para las siguientes empresas:

- *Mancomunidad Virgen de Montserrat conforme certificado de vida laboral desde el 4 de mayo de 1992 al 23 de julio de 1996 en el centro de trabajo de Lafarge Asland, S.A. sito en Moncada y Reixac.*

- *Gestión y Servicios Médicos, S.L. (GESEME Barcelona) desde el 30 de septiembre de 1996 al 28 de febrero de 2011 en el centro de trabajo de Lafarge Asland, S.A. sito en Moncada y Reixac.*

- *desde el 1 de marzo de 2011 para la mercantil Lafarge Cementos, S.A.U. en el centro de trabajo sito en Villaluenga de la Sagra (Toledo).*

*El salario percibido por el actor es de 4.868,10 euros/mes con inclusión de prorrata de pagas extras.*

**SEGUNDO.-** *Conforme certificado de vida laboral el demandante figura igualmente de alta en la mercantil Clínica Residencial Geriátrica, S.L. desde el 1 de diciembre de 1991 al 14 de noviembre de 1997.*

**TERCERO.-** *En el acta de la reunión del Comité de Seguridad e Higiene de la mercantil Lafarge Asland, S.A. de fecha 23 de marzo de 1992 es presentado el actor como nuevo ATS en sustitución del Sr. Valeriano , personal de la empresa Asland, jubilado. (doc. 8 de la parte actora).*

*En el año 1999 se constituyó el servicio de prevención propio de Asland (doc. 9 de la parte demandada), siendo los medios humanos de tal servicio los que menciona el documento, entre los que se encontraba con personal propio y con otros sanitarios (médicos y ATS) contratados a través de Empresas de Servicios, como el actor, en calidad de ATS de empresa y Técnico Superior de Prevención en Seguridad de la fábrica de Moncada durante 30 horas a la semana. De tal servicio de prevención figuraban en su constitución como coordinadores del mismo el Sr. Jose Ramón , técnico superior de prevención en seguridad y el Sr. Roberto como médico de empresa. Conforme a la página 7 de tal documento el demandante, como ATS de empresa, se incluía dentro de la estructura organizativa de dicho Servicio de Prevención propio.*



Tanto el Sr. Jose Ramón como el Sr. Roberto impartían al actor las instrucciones correspondientes mediante correo electrónico (testifical del Sr. Roberto).

*Durante su prestación de servicios en el centro de trabajo de Lafarge Asland sito en Moncada el actor era convocado en Madrid a las reuniones semestrales del servicio de prevención e igualmente intervino en junio de 2010 en la confección de la "Guía de Actuaciones Básicas en Primeros Auxilios" de la mercantil Lafarge (doc. 31 de la parte actora).*

*El actor hacía uso de cuenta de correo electrónico de Lafarge Asland.*

**CUARTO.-** *Con motivo de la renovación de la puesta en funcionamiento del Servicio Sanitario del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales como servicio propio de Lafarge Cementos, S.A.U. se le ofreció al actor el 29 de noviembre de 2010 su contratación por tal mercantil con las condiciones establecidas en el doc. 24 de la parte actora para su prestación de servicios en la fábrica sita en Villaluenga de la Sagra (Toledo).*

*Tal contratación se materializó mediante contrato indefinido de fecha 1 de marzo de 2011, previa comunicación escrita sobre las condiciones laborales de tal incorporación a la plantilla de la empresa de 22 de febrero de 2011 (doc. 1 de la parte demandada).*

**QUINTO.-** *Con fecha 27 de noviembre de 2017 se notifica al actor su despido por causas objetivas conforme al art. 52 c) y 53.1 ET, con efectos de 30 de noviembre de 2017 y en virtud de las causas objetivas económicas y organizativas que constan en la comunicación (doc. 29 de la parte actora que se da por reproducido en aras a la brevedad). En tal comunicación se indica que se pone a su disposición la cuantía de 21.906,27 euros netos en concepto de indemnización legal y 10.791,52 euros brutos (7.674,61 euros netos) en concepto de liquidación de haberes, incluyendo los salarios correspondientes a los 15 días de preaviso no concedido, cuantías que fueron abonadas mediante cheque bancario (doc. 4 de la parte demandada).*

**SEXTO.-** *En virtud de escritura pública de 21 de diciembre de 2017 la sociedad Lafarge Cementos, S.A.U., la sociedad Holcim (España) S.A., la sociedad Lafarge Aridos y Hormigones, S.A.U. y la sociedad Urbanización del Sur, S.A.U. se elevó a público las decisiones tomadas por tales sociedades el 11 de octubre de 2017 referidas a la fusión por absorción de las sociedades Holcim (España) S.A., Lafarge Aridos y Hormigones, S.A.U. y de la sociedad Urbanización del Sur, S.A.U. (sociedades absorbidas) por la mercantil Lafarge Cementos, S.A.U. (sociedad absorbente), procediéndose al cambio de denominación social de la sociedad absorbente por la de LafargeHolcim España, S.A. (doc. 15 de la parte demandada).*

**SÉPTIMO.-** *A finales del 2016 entre el Sr. Ángel Jesús, Director de Relaciones Laborales de la mercantil LafargeHolcim, y el actor se mantuvieron conversaciones a fin de extinguir la relación laboral entre las partes con un despido indemnizado, llegando la empresa a ofrecer al actor una indemnización de 60.000 euros, para cuyo cálculo se tomaba una antigüedad ficticia del actor del año 2008.(doc. 26 y 27 de la parte actora).*

**OCTAVO.-** *En el año 2016 la mercantil Lafarge Cementos ha visto reducido en un 3,1% respecto del 2015 el importe neto de la cifra de negocios, siendo el resultado de la explotación durante las mensualidades de 2014 a 2016 negativo, 15.528 (millones) €, 62.374 (millones) € y 21.938 (millones) €, respectivamente.*

*Conforme a la cuenta de pérdidas y ganancias el resultado es negativo en el 2015 (-859.078k€) en el 2016 (-16.635k€) y a fecha de septiembre de 2017 (-8.121k€).*

*El coste laboral del puesto de trabajo del actor importa la cifra anual de 73.430 euros.*

**NOVENO.-** *Desde el 1 de noviembre de 2016 se externalizó el servicio médico asistencial en la fábrica de Villaluenga de la Sagra. Tal externalización se materializó en contrato de 1 de febrero de 2017 firmado entre Lafarge Cementos, S.A.U. y la mercantil Colectivo Claris, Sdad. Coop. (doc. 8 de la parte demandada que se estima probado y se da por reproducido en aras a la brevedad. En tal contrato respecto del centro de trabajo de Villaluenga de la Sagra (Toledo), en que prestaba servicios el actor, se contempla la presencia de personal médico durante dos horas diarias de lunes a viernes, importando tal servicio 1790 euros mensuales.(23.020 euros anuales), conforme documento nº 8 de la parte demandada.*

**DÉCIMO.-** *El demandante no ostenta ni ha ostentado la representación legal de los trabajadores ni consta su afiliación sindical.*

**UNDÉCIMO.-** *Con fecha 10 de enero de 2018 tuvo lugar acto de conciliación ante el SMAC en virtud de papeleta presentada el 22 de diciembre de 2017, concluyendo el mismo sin avenencia respecto de Lafarge Cementos y sin efecto respecto de las otras empresas."*

**TERCERO.-** *Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de LAFARGEHOLCIM ESPAÑA S.A.U. (anteriormente LAFARGE CEMENTOS S.A.U.), el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de*



suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, que estima la demanda planteada por el actor contra las empresas LAFARGE CEMENTOS S.A.U. (actualmente LAFARGE HOLCIM ESPAÑA S.A.U.), CEMENTOS LA PARRILLA S.A. y MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN AGUILAS S.A., declarando la improcedencia del despido y como responsable del mismo y de las consecuencias a él aparejadas, a la primera de dichas patronales; muestra esta su disconformidad a través de cuatro motivos de recurso, sustentando el primero en el art. 193 b) de la LRJS, a fin de revisar el relato fáctico, y los restantes en el apartado c) del mismo precepto, encaminados al examen del derecho aplicado.

**SEGUNDO.-** En el primero de dichos motivos se interesa la modificación del hecho probado tercero, ofreciendo para el mismo el siguiente texto alternativo:

"En el acta de la reunión del Comité de Seguridad e Higiene de la Mercantil Lafarge Asland, SA. de fecha 23 de marzo de 1992 es presentado el actor como nuevo A.T.S. en sustitución del Sr. Valeriano , personal de la empresa Asland, jubilado (Doc. 8 parte actora).

El Servicio de Prevención de Lafarge-Asland S.A. se constituyó en diciembre del año 1999, indicándose que estaba compuesto por trabajadores propios y se reforzó a través de contratos con Empresas de Servicios Profesionales, que cuentan con Especialistas de Medicina en el Trabajo o en la Empres (Doc. 9 parte demandada) En concreto, en la pág. 214 de dicho documento se indica que los sanitarios, médicos y ATS contratados a través de Empresas de Servicios son, los siguientes: Biarnes Aguade, Jorge, en calidad de ATS de empresa y Técnico Superior de Prevención en Seguridad en la fábrica de Montcada durante 30 horas a la semana, junto con otro personal externo. A más a más, en la pág. 216 del mismo, se refiere que las funciones de Vigilancia de la Salud que no han sido asignadas a trabajadores propios, se cubren con los médicos y ATS contratados por Servicios Profesionales.

La Compañía se comunicaba con el coordinador del Servicio Médico a través de una cuenta genérica, "MedicoMontcada/ Montcada/ES/Cement/Lafarge@Asland", siendo que los correos más antiguos datan del año 2003 y en los mismos no aparece como remitente o destinatario Martin , conforme se deduce de los Documentos nº 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 23 presentados por la parte actora."

Motivo de recurso que debe ser desestimado, en tanto que la posibilidad de revisar el relato fáctico se hace depender de que el error que se denuncia cometido por el Juez "a quo" quede fehacientemente acreditado en base a dos únicos medios probatorios, los documentos y las pericias, siempre y cuando de ellos se deduzca de forma inequívoca la evidencia del error cometido, sin necesidad de tener que recurrir a conjeturas, hipótesis o razonamientos interpretativos sobre el sentido que se pretenda extraer de aquellas pruebas, siendo igualmente necesario que las alteraciones propugnadas resulten relevantes en orden a la resolución del tema objeto de debate, extremo que no acontece en el supuesto que nos ocupa, por cuanto que la modificación que se propone carece de trascendencia a los efectos del fallo, no derivándose de ella datos novedosos significativos de los que se puedan extraer conclusiones distintas o que desdibujen o desvirtúen las obtenidas por la Juzgadora de instancia en orden a la auténtica concreción de los temas objeto de debate. A lo que se une el hecho de que la admisión del texto propuesto implicaría prescindir de datos contenidos en el ordinal fáctico tercero, de notable valor fáctico, sin la menor razón justificativa para ello, y sin la más mínima evidencia de su falta de acreditación o de error valorativo alguno en su constatación. Todo lo cual determina su necesario rechazo.

**TERCERO.-** En el segundo motivo de recurso se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia sobre la posibilidad de entrar a valorar una potencial situación de cesión ilegal en un procedimiento de despido, y ello como consecuencia de la estimación en la instancia de dicha cesión ilegal alegada por el actor en la presente demanda de despido llevado a cabo por la empresa LAFARGE CEMENTO S.A.U., a fin de que fuese considerada como antigüedad del actor, a efectos del cálculo de la indemnización, la correspondiente al inicio de prestación de servicios para dicha entidad el 4-05-1992, aun cuando formalmente constase que la contratación se había llevado a cabo por otra empresa en concepto de contratista, lo que se entendía encubría un supuesto de cesión ilegal.

A tales efectos, no cabe duda de que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido pronunciando reiteradamente en el sentido de que *"el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y*





*obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; doctrina contenida en antiguas sentencias de la Sala de lo Social de dicho Tribunal como las de 22-09-1977, 21-12-1977 y 11-09-1986, entre otras, como en otras más recientes, tales como las de 8-07-2003 (Rec. 2885/2002), 12-02-2008 (Rec. 61/2007) y 14-09-2009 (Rec. 4232/2008), entre otras, de las que se deriva la conclusión de que concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal. Doctrina también matizada, entre otras por la STS de 7-05-2010 (Rec. 3347/2009), recogida en la reciente sentencia del mismo Tribunal de 21-06-2016 (Recurso: 2231/2014), en el sentido de que: "... el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC , cuando se producen los efectos de la litispendencia".*

Ahora bien la indicada doctrina jurisprudencial a lo que resulta aplicable es al ejercicio de la acción declarativa sobre existencia de cesión ilegal a fin de obtener las consecuencias propias de tal declaración; sin que la misma implique obstáculo alguno a la posibilidad de solicitar la declaración de existencia de tal cesión ilegal cuando se acciona por despido, siendo así que la hipotética situación de cesión se mantuvo hasta que este se produjo, aunque lógicamente al presentarse la correspondiente demanda la relación ya no existiese ni con la cedente ni con la cesionaria. Situación sobre la que también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras en la última de las sentencias antes mencionadas de 21-06-2016, indicando sobre el particular, remitiéndose a la doctrina unificada contenida en su previa sentencia de 8-07-2003 (Rec. 2885/2002) que:

*"Es cierto que el tenor del art. 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986 ). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal "; que " Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986 , la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980 , 19 de enero y 16 de noviembre de 1982 )"; que " La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL . Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir " y, finalmente, que " Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido ( sentencias de 16-2-1989 , 13-12-1990 , 19-1-94 -rec. 3400/92- y 21-3-97 -rec. 3211/96 -, entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec 909/02 ) y 27-12-02 (rec 1259/02 )- sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 LPL , para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET " ( STS/IV 14-septiembre-2009*

*-rcud 4232/2008);"*

Derivándose de ello la necesaria desestimación del motivo analizado.

**CUARTO.-** En el tercero de los planteados, se denuncia la infracción del art. 43 del ET, así como de la Jurisprudencia relativa a la concurrencia de cesión ilegal, negando la existencia de la misma que se declara en la instancia.

Según resulta acreditado, extremos no desvirtuados de contrario, el actor fue contratado por la empresa Mancomunidad Virgen de Monserrat el 4-05-1992 hasta el 23-07-1996 a fin de prestar servicios como ATS en el centro de trabajo de la empresa LAFARGE ASLAND S.A., situado en Moncada y Reixac.



Servicios que se siguieron prestando desde el 30-09-1996 al 28-02-2011, si bien mediante contratación por la entidad Gestión y Servicios Médicos S.L.

Constando en acta de la Reunión del Comité de Seguridad e Higiene de la entidad LAFARGE ASLAND S.A. de 23-03-1992 la presentación del actor como nuevo ATS en sustitución del Sr. Valeriano, personal de la empresa jubilado. Constituyéndose en el año 1999 el servicio de prevención propio de ASLAND, cuyos medios humanos estaban integrados por personal propio y por otros sanitarios (Médicos y ATS) contratados a través de empresas de servicios, como el actor, en calidad de ATS de empresa y Técnico Superior de Prevención en Seguridad de la fábrica de Moncada, figurando en la constitución de dicho servicio, como coordinadores, el Sr. Jose Ramón, técnico superior en prevención en seguridad y el Sr. Roberto, como médico de empresa, incluyéndose al actor, como ATS de empresa, dentro de la estructura organizativa del servicio de prevención propio, recibiendo las correspondientes instrucciones tanto del Sr. Jose Ramón, como del Sr. Roberto a través de correo electrónico. Siendo convocado en Madrid a las reuniones semestrales del servicio de prevención, interviniendo en el año 2010 en la confección de la Guía de Actuación Básica en Primeros Auxilios de la mercantil LAFARGE, haciendo uso de la cuenta de correo electrónico de dicha patronal.

Tras ello, en fecha 1-03-2011, pasa a ser contratado por la empresa LAFARGE CEMENTOS S.A.U., prestando sus servicios en el centro de trabajo situado en Villaluenga de la Sagra (Toledo), lo que se llevó a cabo con motivo de la puesta en funcionamiento del Servicio Sanitario de Prevención de Riesgos Laborales como servicio propio de dicha patronal, ofreciéndose al actor su contratación por dicha mercantil a fin de que prestase sus servicios en la fábrica de Villaluenga de la Sagra.

Y en fecha 27-12-2017 se le notifica su despido por causas objetivas económicas y organizativas, poniéndose a su disposición, mediante cheque bancario, la suma de 21.906,27 euros en concepto de indemnización más otros 10.791,52 euros en concepto de liquidación de haberes.

Visto cuanto antecede, y puesto que el tema a dilucidar es si en el caso del actor se produjo o no una cesión ilegal entre las empresas que figuraban como contratistas suscribiendo con él los contratos de fechas 4-05-1992 y 30-09-1993, se impone tener en cuenta, como punto de partida, que, tal y como se indica por el TS en su sentencia de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008\902): "nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET [RCL 199597]] lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [ STS 27/10/94 [RJ 1994531] -rec. 3724/1993 -]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas ( STS 17/12/01 [RJ 2002026] -rec. 244/2001 -). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, Pero en la válida "externalización" de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control- el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación sea inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores."

Constatación tras la cual el Alto Tribunal en esa sentencia lleva a cabo una recopilación sistemática de los diversos criterios tenidos en cuenta para apreciar la posible concurrencia de la figura de la cesión ilegal, concluyendo en el sentido de que:

"1.- De todas formas, cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, 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 indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [ STS 07/03/88 [RJ 1988863]]; el ejercicio de los poderes empresariales [ SSTS 12/09/88 [ RJ 1988877], 16/02/89 [ RJ 198974], 17/01/91 [RJ 19918] -rcud 990/90 - y 19/01/94 [RJ 199452] -rcud 3400/92 -] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... [ SSTS 17/01/91 [RJ 19918] -rcud 990/90 - y 11/10/93 [RJ 1993586] -rco



1023/92-] ( SSTS 14/09/01 [RJ 200282] -rcud 2142/00 -; 17/01/02 [RJ 2002755] -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 [RJ 2003092] -rcud 3054/01 -; y 14/03/06 [RJ 2006230] -rcud 66/05 -).

2.- Y en otras ocasiones se ha dicho que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo [ STS 11/07/86 [ RJ 1986026 ]; 17/07/93 [RJ 1993688] -rcud 1712/92 -; 11/10/93 [RJ 1993586] -rco 1023/92 -; 18/03/94 [RJ 1994548]

-rcud 558/93-; y 12/12/97 [RJ 1997315] -rcud 3153/96-], debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita [ STS 12/09/88 [RJ 1988 877 ]; y 19/01/94 [RJ 199452] -rcud 3400/92 -]. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del ET (RCL 199597), mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar 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 ( STS 30/05/02 [RJ 2002567] -rec. 1945/2001 -)."

Consideraciones las indicadas que, en su aplicación al caso que nos ocupa, deben conducir a ratificar la efectiva existencia de una cesión ilegal del actor en los términos explicitados por la Juzgadora de instancia, en tanto que, teniendo en cuenta, como indica el Tribunal Supremo en la Sentencia antes indicada, que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías; necesario es deducir de lo actuado la existencia de una disociación efectiva entre la relación laboral real y formal del trabajador recurrente con la empresa condenada, lo que se infiere de las circunstancias concurrentes y que tal y como razona adecuadamente la Juzgadora de instancia, extremos en absoluto desvirtuados de contrario, ponen de manifiesto que el actor, desde el inicio de la prestación de sus servicios, pasa a formar parte de la propia estructura organizativa de la empresa para la que los desarrolla, siendo así que la razón de su ingreso en la empresa lo era para sustituir a un trabajador de la misma que había cesado en ella por jubilación, recibiendo directamente las órdenes e instrucciones de dicha entidad, utilizando sus medios materiales, sin que conste prueba alguna sobre la efectiva dotación de infraestructura y organización propia de las empresas que figuraban como empleadoras, ni la aportación por estas de los medios materiales necesarios para el desempeño de sus funciones, así como de la existencia del correspondiente control o dirección de su actividad, la cual se siguió prestando en los mismos términos cuando se le contrata directamente a fin de que pase a desarrollar sus funciones en otro centro de la misma empresa. Evidencias todas ellas del carácter meramente formal y no real de la relación laboral autónoma con las entidades que figuraron como empleadoras y que impide el acogimiento del motivo analizado, imponiéndose la ratificación de la resolución impugnada por ajustarse plenamente a la legalidad.

**QUINTO.-** En el último motivo de recurso se denuncia la infracción del art. 53.1.b) del ET y de la Jurisprudencia existente sobre el alcance del error en la fijación del importe de la indemnización que debe ponerse a disposición del trabajador en los casos de despido objetivo, oponiéndose así al pronunciamiento de instancia en el que catalogándose como inexcusable el error relativo a la cuantificación de la indemnización abonada al actor, al no computar en su cálculo la verdadera antigüedad que ostentaba, lo que implicaba una diferencia cuantitativa de 36.510,93 euros, resuelve catalogando como improcedente dicho despido.

Sobre el tema a dilucidar, el art. 53.4.c) del ET considerará como improcedente el despido objetivo cuando no se cumplan las previsiones contempladas en el apartado primero del mismo, entre ellas, no poner a disposición del trabajador, simultáneamente con la entrega de la comunicación escrita del cese, la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, a menos que la diferencia en el cálculo de la indemnización entregada con la que efectivamente correspondiese, se debiese a un error excusable.

Excusabilidad que no cabe apreciar en el caso analizado, por cuanto que en la cuantificación de la indemnización a abonar al actor la demandada computó como antigüedad la existente desde el 1-03-2011, en lugar de la ostentada en virtud de la efectiva existencia de una cesión ilegal, y que databa del 4-05-1992, error injustificable, puesto que la antigüedad ostentada por el actor no podía ser considerada como una cuestión desconocida por la empleadora, siendo de aplicación la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 11-10-2006 (Rec. 2858/2005), según la cual: "el "error excusable" es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia; y a la hora de precisar este último concepto [diligencia] bien puede acudir, con la más cualificada doctrina civilística, a la que es propia del hombre medio



o del "buen padre de familia" [art. 1903 CC], en el bien entendido de que frente a la protección que merece quien se equívoca, debe prevalecer la consideración de la seguridad jurídica, si con el error se incurre en culpa lata. Y al efecto también hacemos nuestra la afirmación civilista de que más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de "justa o injusta lesión de intereses en juego"; y que "el error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo". De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar."

Razones las explicitadas que deben conducir a desestimar el motivo analizado, y con ello, en su integridad, el recurso planteado.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de la empresa LAFARGEHOLCIM ESPAÑA S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, de fecha 11 de mayo de 2018, en Autos nº 32/2018, sobre despido objetivo, siendo recurridos D. Martín, MATERIALES DE CONSTRUCCION AGUILAS S.A. y CEMENTOS LA PARRILLA S.A., debemos **confirmar** la indicada resolución. Imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente, por ser preceptivas, incluidos los honorarios del Letrado de la parte impugnante, que se cuantifican prudencialmente en 500 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y**

**3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 1388 18;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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