



Roj: **STSJ MU 2435/2018 - ECLI:ES:TSJMU:2018:2435**

Id Cendoj: **30030340012018101097**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **959/2018**

Nº de Resolución: **1130/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE LUIS ALONSO SAURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 01130/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30030 44 4 2014 0003791

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000959 /2018

Procedimiento origen: DOI DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 462/2014

RECURRENTES: EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A., AYUNTAMIENTO DE MURCIA

ABOGADO: SANTIAGO BALLESTEROS ALVAREZ, LETRADO AYUNTAMIENTO , ,

RECURRIDOS: MINISTERIO FISCAL, ALQUIBLA S.L. , SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL , Verónica ,
ADMINISTRACION CONCURSAL DE ALQUIBLA S.L , Gabriel , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO: , JOSE FERNANDO ECHEVARRIA JIMENEZ , LETRADO DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO
ESTATAL , ANTONIO JOAQUIN DOLERA LOPEZ , JOSE FERNANDO ECHEVARRIA JIMENEZ , ANTONIO JOAQUIN
DOLERA LOPEZ , LETRADO DE FOGASA ,,,,,,,,,,,,,

En MURCIA, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por EXPERTUS MULTISERVICIOS, S.A. y por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MURCIA, contra la sentencia número 144/2017 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 11 de mayo, dictada en proceso número 462/2014, sobre DESPIDO, y entablado por Dª. Verónica y D. Gabriel frente a EXPERTUS MULTISERVICIOS, S.A., EXCMO. AYUNTAMIENTO



DE MURCIA, ALQUIBLA, S.L., ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ALQUIBLA, S.L., FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. La demandante D^a. Verónica ha venido prestando servicios con la categoría profesional de "auxiliar biblioteca" desde 23/05/2008 para Alquibla S.L. La relación laboral de la trabajadora demandante se desarrolló en virtud de varios contratos eventuales por circunstancias de la producción hasta el 18-10-08 y a partir del 24-10-08 mediante contrato indefinido a tiempo parcial hasta el 20/05/2012.

A partir del 18 de mayo de 2012, la empresa "Expertus Multiservicios SA" pasa a ser la nueva empresa adjudicataria de la Asistencia Técnica para la Red Municipal de bibliotecas de Murcia donde presta sus servicios la actora y por lo tanto, se subroga en su contrato y en todos los derechos y obligaciones del ámbito laboral.

Tras el cambio de adjudicataria en el servicio de gestión de Bibliotecas, la demandante ha venido prestando servicios para Expertus Multiservicios S.A. con contrato indefinido a tiempo parcial desde el 21-05-2012 hasta la finalización de su contrato, con un salario mensual de 911.42 Euros con inclusión de pagas extraordinarias y salario diario de 30,38 euros a efectos de tramitación.

El lugar de prestación de servicios tuvo lugar en las Bibliotecas de El Palmar, La Fama y Río Segura, formando parte de la Red Municipal de Bibliotecas de Murcia que depende del Ayuntamiento de dicha ciudad. En dicha sede, utilizaba los materiales que el Ayuntamiento pone a disposición de dicha biblioteca.

En el desarrollo de su labor estaba sometida a la supervisión de la coordinadora (Doña Blanca) y de la encargada de la red municipal y regional de bibliotecas municipal y regional, Doña Carina , todas ellas trabajadoras de Expertus Multiservicios SA. (Documento nº 22 de Expertus)

SEGUNDO. El demandante D. Gabriel ha venido prestando servicios con la categoría profesional de "Ordenanza" desde 18/10/2007 para Alquibla S.L. La relación laboral del trabajador demandante se desarrolló en virtud de contrato de duración determinada a tiempo parcial hasta el 1-4-10, momento el que se convierte el indefinido hasta el 20/05/2012.

A partir del 18 de mayo de 2012, la empresa "Expertus Multiservicios SA" pasa a ser la nueva empresa adjudicataria de la Asistencia Técnica para la Red Municipal de bibliotecas de Murcia donde presta sus servicios la actora y por lo tanto, se subroga en su contrato y en todos los derechos y obligaciones del ámbito laboral.

Tras el cambio de adjudicataria en el servicio de gestión de Bibliotecas, la demandante ha venido prestando servicios para Expertus Multiservicios S.A. con contrato indefinido a tiempo parcial desde el 21-05-2012 hasta la finalización de su contrato, con un salario mensual de 682,80 Euros con inclusión de pagas extraordinarias y salario diario de 22,76 euros a efectos de tramitación.

El lugar de prestación de servicios tuvo lugar en la Biblioteca de Javalí Nuevo, formando parte de la Red Municipal de Bibliotecas de Murcia que depende del Ayuntamiento de dicha ciudad. En dicha sede, utilizaba los materiales que el Ayuntamiento pone a disposición de dicha biblioteca.

En el desarrollo de su labor estaba sometido a la supervisión de la coordinadora (Doña Blanca) y de la encargada de la red municipal y regional de bibliotecas municipal y regional, Doña Carina , todas ellas trabajadoras de Expertus Multiservicios SA. (Documento nº 22 de Expertus)

TERCERO. En el desarrollo de su labor diaria, los actores, D^a Verónica Gabriel , estaban sometidos al control de presencia con mails de entrada y salida que enviaban directamente a Expertus. A través de correo electrónico, los actores comunicaban a las coordinadoras de Expertus sus vacaciones, bajas médicas u otras incidencias. Su salario era pagado por Expertus Multiservicios SA.

El horario de trabajo de los actores así como las funciones a prestar, entre otras condiciones del servicio, habían quedado fijadas por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de Prescripciones Técnicas aprobados el 15 de febrero de 2012 por la Junta de Gobierno, que por constar en las actuaciones se dan aquí por íntegramente reproducidos.



En concreto, el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas aprobados el 15 de febrero de 2012 por la Junta de Gobierno, fija en su punto 3 las funciones a prestar por la adjudicataria del servicio, entre las que se encuentran: la gestión de sucursales, la tramitación de procesos y tareas de auxilio y apoyo.

CUARTO. El 18 de mayo de 2012, la empresa Expertus Multiservicios SA" suscribió con el Ayuntamiento de Murcia, contrato "para la prestación de servicios en la Red Municipal de Bibliotecas de Murcia", conforme al proyecto y la oferta presentados y a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de Prescripciones Técnicas aprobados el 15 de febrero de 2012 por la Junta de Gobierno, y que por constar en las actuaciones se da aquí por íntegramente reproducido. Para dicho contrato se fijó la duración de un año prorrogable por otro período igual si se acordaba de forma expresa antes de su finalización. El 30 de diciembre de 2013, el Ayuntamiento publica la prórroga del contrato hasta el 17 de mayo de 2014.

QUINTO. El 19 de mayo de 2014 "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A." recibe comunicación del Ayuntamiento de Murcia por la que pone en su conocimiento que los servicios serán cubiertos por Concurso-oposición.

SEXTO. El 2 de mayo de 2014, los actores reciben comunicación de "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A." por medio de la cual se les comunica su decisión de extinguir su relación laboral por causas productivas y económicas, con efectos del 17 de mayo de 2104, dada la rescisión de la que tuvo conocimiento la empresa el 28 de abril de 2014, que tendría lugar el 17 de mayo de 2014, del contrato de servicios de gestión de sucursales, tratamiento de procesos y tareas de auxilio y apoyo de la Red Municipal de Bibliotecas de Murcia, por parte del Ayuntamiento de Murcia, y sin tener conocimiento la empresa de cómo se prestarían los mencionados servicios en lo sucesivo.

En la carta se fija una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, además del prorrateo de meses de los períodos de tiempo inferiores a un año, con un total de 3.427,33 euros a D^a Verónica y de 3.034,59 euros a D. Gabriel , que se entregan a los trabajadores. La indemnización se abonó conforme a la antigüedad con la que los actores fueron subrogados con Alquibla, es decir de 24-10-08 a D^a Verónica y de 18-10-07 para D. Gabriel .

Sendas cartas de despido obran aportadas en las actuaciones y su contenido aquí es dado por reproducido.

SÉPTIMO. Desde junio de 2013 hasta mayo de 2014, "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A." goza de 48 trabajadores asociados a la cuenta de cotización de la TGSS para la Provincia de Murcia.

El 5 mayo de 2014, "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A." goza de 575 trabajadores asociados a las distintas cuentas de cotización de la TGSS en España.

A fecha del despido, el 17 de mayo de 2014, "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A." había practicado el despido objetivo de 19 trabajadores indefinidos de Murcia y la finalización de 10 contratos de duración determinada para obra o servicio, con un total de 29 trabajadores.

En Murcia, el 30 de octubre de 2012, fueron nombrados como Delegados de personal 3 trabajadores, como resultado de las elecciones sindicales que tuvieron lugar en la empresa Expertus Multiservicios SA.

OCTAVO El 10 de mayo de 2014 se convocó en el BORM, un concurso-oposición para la creación de una lista de espera de Auxiliar de Biblioteca.

Por el servicio de cultura se propuso con fecha 4-6-14 que, en tanto se culminaba el proceso selectivo para cubrir 19 puesto de Auxiliar de Bibliotecas con funcionarios interinos, se adscribiera temporalmente a personal de colaboración social.

Con fecha 5-6-14 se presenta ante el Servicio Regional de Empleo y Formación la solicitud de adscripción temporal de 19 personas el régimen de colaboración social en el puesto de Auxiliar de Bibliotecas para refuerzo de bibliotecas municipales en el periodo vacacional.

Por Decreto de la Concejal Delegada de Seguridad y Recursos Humanos de fecha 1612-14 se procedió al nombramiento de funcionarios interinos con la categoría de Auxiliar de Biblioteca para ocupar 21 plazas vacantes, con efectos administrativos desde el día 1 de enero de 2015

NOVENO. El 14-10-14 se elabora por el Ayuntamiento de Murcia una Propuesta de modificación de la plantilla de personal del Ayuntamiento, en la que la atención al cambio jurisprudencial de la Sentencia de 22 de enero de 2014 de la sala de lo social del Tribunal Supremo, se considera que a fecha 1 de noviembre de 2014 el personal de colaboración social que presta sus servicios en el ayuntamiento de Murcia, y a los que es de aplicación el cambio jurisprudencial asciende a 446 trabajadores. Acordándose modificar la plantilla presupuestaria de personal laboral del Ayuntamiento en el sentido de crear 446 plazas con la clasificación que se detalla en el documento nº 2 del Ayuntamiento y que se da aquí por reproducida.



En ese mismo documento se hace constar que con fecha 23 de junio de 2014 se ha emitido informe por la Jefe de Servicio de cultura en el que manifiesta la necesidad de cubrir dos puestos de Auxiliares de Bibliotecas en el Archivo Municipal, ya que en mayo finalizó el contrato del Servicio de Atención el Sala del Archivo Municipal y que dichas plazas estaban desempeñadas, como refuerzo y de forma temporal, por dos trabajadores de colaboración social ante la finalización de la prestación de dichos servicios por la empresa concesionaria del Servicio de Atención el Sala del Archivo Municipal.

DECIMO. Los demandantes han prestado servicios en el Ayuntamiento de Murcia como Auxiliares de bibliotecas mediante adscripción al régimen de colaboración social desde el 11-6-14 hasta el 31-12-14.

UNDECIMO. A las presentes actuaciones es aplicable el Convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural publicado en el BOE el 8 de marzo de 2011, cuyo Art. 38 dispone que "En el caso que el cliente decida unilateralmente cerrar o autogestionar el servicio de manera provisional o definitiva, siempre que pase a prestar con sus propios trabajadores, la empresa o entidad que esté prestando el servicio no deberá asumir el personal destinado a dicho servicio. No obstante, si posteriormente la empresa principal decide volver a externalizar el servicio y lo hace en el plazo de un año desde la decisión anterior, los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente deben ser subrogados por la entrante, o la entrante deberá abonar a la saliente las indemnizaciones que la saliente habría tenido que abonar por causa de extinción de contrato de los trabajadores y trabajadoras que no hayan sido subrogados".

DUODECIMO. Los demandantes no son ni han sido representantes legales de los trabajadores ni delegados sindicales.

DECIMOTERCERO. Las preceptivas conciliaciones ante el SMAC tuvieron lugar el 25-6-14 con el resultado de INTENTADO SIN AVENENCIA.

SEGUNDO.- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a. Verónica contra las empresas "ALQUIBLA S.L.", "EXPERTUS MULTISERVICIOS S.A.", la Administración Concursal de "ALQUIBLA S.L.", el AYUNTAMIENTO DE MURCIA, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (S.P.E.E.) y contra EL SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO Y FORMACIÓN DE LA REGIÓN DE MURCIA (S.E.F.C.A.R.M.), al tiempo que estimo la demanda interpuesta por D. Gabriel acumulada a las presentes actuaciones contra los mismos demandados y registrada como DOI nº 482-14, declaro improcedente el despido de los demandantes con fecha de efectos a 17 de mayo de 2014, al tiempo que declaro que EL CESE de los demandantes COMUNICADO POR EL AYUNTAMIENTO CON EFECTOS DE 31-12-14 CONSTITUYE UN DESPIDO, que debe ser declarado NULO por haberse efectuado con vulneración del derecho fundamental a la igualdad y condeno al Ayuntamiento demandado a la readmisión de los trabajadores como indefinidos-no fijos con abono de los salarios dejados de percibir, debiendo abonar además a los trabajadores la cantidad de seis mil euros (6.000 euros) en concepto de daños y perjuicios.

Condeno a Expertus Multiservicios S.A. a abonar a D^a Verónica la Cantidad de DOSCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON VEINTISIETE CENTIMOS (218,27 euros) en concepto de diferencia de indemnización por despido, absolviendo a las demandadas del resto de pretensiones deducidas en su contra

TERCERO.- De la interposición de los recursos.

Contra dicha sentencia fueron interpuestos recursos de suplicación por el Letrado D. Santiago Ballesteros Álvarez, en representación de la parte demandada Expertus Multiservicios, S.A., y por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Murcia.

CUARTO.- De la impugnación de los recursos.

Los recursos interpuestos han sido impugnados por el Letrado D. Antonio Joaquín Dólera López, en representación de la parte demandante. Por el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de suplicación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia.

QUINTO.- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 10 de diciembre de 2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- La actora, D^a Verónica, presentó demanda, solicitando "que, admitiendo a trámite la presente demanda sobre despido contra Alquibla, S.L.; Expertus Multiservicios, S.A.; Excmo. Ayuntamiento de



Murcia y Fondo de Garantía Salarial, se sirva señalar la fecha para la celebración del acto oral del juicio y, previos los trámites legales, dictar sentencia por la que, estimando la demanda en su totalidad, declare la cesión ilegal de mano de obra de que mi mandante ha sido objeto, la relación indefinida no fija con el Ayuntamiento de Murcia, y la nulidad o improcedencia del despido con los efectos que en Derecho proceden, o subsidiariamente, abonando 256,87 € en concepto de diferencia de indemnización, reconociendo la responsabilidad solidaria en orden a lo reclamado de todos los codemandados".

La sentencia recurrida estimó la demanda.

El Excmo. Ayuntamiento de Murcia, disconforme, instrumento recurso de suplicación y pide "que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito de recurso de suplicación y previos los trámites oportunos, eleve los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia para que dicte sentencia que lo admita y revoque la sentencia impugnada al propio tiempo que declara que no hubo cesión ilegal de trabajadores entre la empresa Expertus Multiservicios, S.A. y el Excmo. Ayuntamiento de Murcia".

Expertus Multiservicios, S.A., disconforme, instrumentó recurso de suplicación y pide "que, por interpuesto recurso de suplicación contra sentencia 144/2017 del Juzgado Social 5 de Murcia, dicte en su día sentencia por la que, con expresa estimación de los motivos aducidos, desestime la cesión ilegal de trabajadores, y estime la procedencia del despido objetivo sin diferencias en el cálculo de la indemnización. Subsidiariamente, en caso de no admitir lo anterior, estime el derecho de subrogación de los contratos por parte del Ayuntamiento de Murcia".

La actora impugna ambos recursos.

El Ministerio Fiscal no aprecia violación de derechos fundamentales e interesa que se deje sin efecto la declaración de nulidad por esta causa.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- Por el Ayuntamiento de Murcia se instrumenta un motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS el ayuntamiento demandado solicita la revisión de los hechos declarados probados, con defectuosa formulación al incumplir los requisitos que establece el artículo 196.3 de La LRJS, pues no concreta cual sea el apartado del relato judicial cuya rectificación se solicita, no propone redacción alternativa ni se concretan la prueba documental o pericial en la que se sustenta la revisión. Con ocasión del citado motivo del recurso la parte promotora del mismo se limita a llevar a cabo una serie de argumentaciones y afirmaciones conducentes a poder concluir la validez de la contratación administrativa de servicios llevada a cabo que son propias de las que se pueden hacer con ocasión de la censura jurídica que se formula al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS y como tales han de ser valoradas.

Procede, en consecuencia, rechazar el primer motivo del recurso en cuanto a la revisión de los hechos, si bien en relación con el informe del Ministerio Fiscal, se pone de relevancia una infracción de derecho, a la que se refiere el último fundamento jurídico.

FUNDAMENTO TERCERO.- Siguiendo lo que dijimos en nuestra sentencia de 11 de julio de 2018, nº681/2018, por un principio de igualdad en la aplicación de la ley. En dicha sentencia se razonó que la sentencia recurrida ha estimado en parte la demanda y declarado la improcedencia del despido al haber apreciado que los términos en los que la demandante ha venido prestado servicios en una dependencia municipal, concretamente la biblioteca de La Ñora, en virtud de la contrata de servicios concertada entre el Ayuntamiento de Murcia y la empresa Expertus Multiservicios, S.A. es constitutiva de una cesión prohibida de trabajadores y por ello estima la pretensión de la demandante de integrarse como trabajador fijo del ayuntamiento de referencia. De tal criterio discrepa el autor del recurso, afirmando la validez de la contrata administrativa de servicios y por tanto la ausencia de cesión ilegal y de vinculación de la demandante con el mismo y solicita la revocación de la sentencia.

La cuestión principal que se debate en el presente recurso se centra, por tanto, en determinar si la externalización de una parte de su actividad (la cual se identifica en el contrato administrativo de servicios como Prestación de Servicios en la Red Municipal de Bibliotecas de Murcia), llevada a cabo por el ayuntamiento, mediante una contrata de servicios, fue o no válida, dependiendo de la respuesta a tal cuestión la existencia de una cesión prohibida de mano de obra.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores regula la "Cesión de Trabajadores", estableciendo en su apartado 1 que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan". En su apartado 2 establece la presunción de cesión ilegal de mano de obra, cuando dispone que "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".

La interpretación del citado precepto ha dado lugar a múltiples resoluciones e interpretaciones por parte de la jurisprudencia de la Sala IV del TS, la cual se resume en la sentencia de fecha 20 de octubre del 2014, recurso 3291/2013, cuando afirma que: a) "como punto de partida que en nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTs 27/10/94 -rec. 3724/1993; y 17/12/01 -rec. 244/2001"); b) que -"no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94 -rcud 3400/92); c) que "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma"; d) "es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial; e) "Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal " (STS 17/07/93 - rcud 1712/92) (STS 17/12/01 -rec. 244/2001)".

Como expresa la misma sentencia (20 de octubre del 2014, recurso 3291/201), la cesión de trabajadores con frecuencia se instrumenta a través de una contrata que tiene por objeto la prestación de determinados servicios por parte de la empresa contratista en las instalaciones propiedad de la empresa contratante, lo cual acrecienta la dificultad para diferenciar la existencia de una lícita contrata de servicios de una cesión prohibida de mano de obra; en tales casos la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el "empresario efectivo; entre ellos cabe destacar la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista. Y es que "para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas".

Más concretamente, el fenómeno de la cesión ilegal en el ámbito de las administraciones públicas, encubierto bajo distintas modalidades de contratación administrativa, ha sido también objeto de atención frecuente, siendo de destacar las numerosas sentencias dictadas en el año 2011, con ocasión de contratos de servicios otorgados por un ayuntamiento (por todas ellas la de, de fecha 2-6-2011, rec. 1812/2010), en las que el elemento definidor de la cesión ilegal se sitúa no tanto en el hecho de que el trabajador preste servicios en centro de trabajo de la empresa cesionaria o en la utilización de maquinaria u herramientas propias de la misma, o en el aparente ejercicio del poder empresarial, sino, fundamentalmente en que aunque la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al "suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo" a la empresa arrendataria. De ahí que, cuando se trata de empresas reales, con organización propia, la actuación empresarial en el marco de la contrata, o del negocio jurídico que da soporte a la cesión de trabajadores, sea un elemento esencial para la calificación.

En el presente caso, se ha de partir de los hechos declarados probados y, principalmente de la contratación administrativa de servicios llevada a cabo entre el ayuntamiento demandado y la empresa de servicios, la cual se integra con los pliegos de condiciones técnicas y cláusulas administrativas que los hechos declarados probados han dado íntegramente por reproducidas.

El contrato administrativo (folios 399 y ss) se remite a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas a efectos de concretar la actividad contratada; tal concreción se encuentra en el Pliego de Condiciones Técnicas (folios 412 y ss). En este documento se concreta que "la prestación que constituye el objeto del presente contrato cubrirá las siguientes funciones: A. Gestión de sucursales de la RMBM que quedan explicitadas en el epígrafe 3.1 del anexo1 y para lo cual la empresa deberá disponer, como mínimo de 2 puestos de carácter técnico. B. Tramitación de procesos de la RMBM que quedan explicitada en el apartado 3.2 del anexo 1, para lo que la empresa deberá de contar como mínimo de 20 puestos. C. Tareas de auxilio y apoyo que quedan explicitadas en el apartado 3.3 del anexo 1, para lo cual la empresa deberá contar con un mínimo de 10 puestos. A su vez, el anexo 1 describe minuciosamente, no solo las actividades a desarrollar por el personal de la empresa contratada, sino también los diferentes centros en los que cada empleado ha de prestar servicios.



No se ha alegado ni acreditado que la ejecución de la contrata de servicios se halla llevado a cabo en términos diferentes a los contemplados en los pliegos de condiciones técnicas.

Del examen de los mismos es preciso concluir que la actividad contratada estaba dotada de autonomía, al limitarse a la gestión de la red municipal de bibliotecas. Dados los términos de las condiciones técnicas no se puede concluir que la actora y el personal de la empresa contratista concurren con el propio personal del Ayuntamiento para prestar el servicio, de modo que no se trataba de completar el personal de que disponía el ayuntamiento a tal efecto; así mismo, de la prueba y documentación citada, se desprende que no se trataba de contratar el servicio por primera vez, sino de una nueva adjudicación de contrata que anteriormente se había concertado con empresa distinta (Alquibla); es igualmente relevante el hecho de que la decisión de dar por finalizada la contrata se debe a que el ayuntamiento ha decidido la prestación del servicio mediante su propio personal, para lo cual ha convocado las oportunas pruebas que garanticen su contratación cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad a las que podrán concurrir tanto la actora como las restantes trabajadora de la empresa contratista.

Es por ello que se debe apreciar que la actividad objeto de la contrata reunía los caracteres precisos para poder ser objeto de externalización a través de un contrato administrativo de servicios.

La empresa contratada (Expertus Multiservicios, S.A.) ocupa un gran número de trabajadores en todo el territorio español y está dotada de una organización adecuada para poder llevar a cabo el servicio contratado, máxime si el mismo no precisa de la aportación de medios materiales específicos y, fundamentalmente, la ejecución de la contrata precisa de elementos personales con los conocimientos idóneos. En el presente caso es irrelevante que los servicios se hayan de prestar en dependencias municipales (las distintas bibliotecas que integran la red municipal) pues ello era inherente a las propias características del servicio contratado y para su ejecución, con excepción del material de oficina preciso para llevar a cabo los trabajos de tipo administrativo, los principales elementos patrimoniales son aquellos con los que cuentan los inmuebles propiedad del ayuntamiento.

Los hechos declarados probados, cuya modificación no se ha instado, dejan constancia de que el poder de dirección, control y organización han correspondido a la empresa contratista ya que supervisaba el trabajo mediante dos coordinadoras y bajo la dirección de una encargada, dependientes de Expertus, siendo esta empresa la que controlaba su presencia en el centro de trabajo, organizaba las vacaciones y recibía las comunicaciones en relación a la baja médica, u otras incidencias, siendo así mismo la responsable del pago de su salario, si bien la empresa estaba obligada a respetar las condiciones de trabajo que se contenían en el pliego de prescripciones técnicas para el buen funcionamiento del servicio contratado.

Es por ello que, en el presente caso, concurren todos los requisitos y circunstancias que contempla el artículo 43.2 del ET que permiten excluir la existencia de una cesión prohibida de trabajadores, pues la determinación del objeto del contrato de servicios no permite concluir que se trate de una mera puesta a disposición de los trabajadores formalmente vinculados con la empresa contratista; esta última dispone de una actividad propia y diferenciada, así como de una organización propia y estable, y cuenta con los medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de la actividad contratada y en todo momento ha ejercido las funciones inherentes a su condición de empresario".

Esta Sala estima en consecuencia que la contrata administrativa de servicios existente entre el Ayuntamiento de Murcia y la empresa Expertus Multiservicios es plenamente válida, de modo que los términos en que la demandante ha venido prestando servicios, concretamente, en la biblioteca municipal de La Ñora, no reúnen ninguno de los caracteres que según los términos del artículo 43 del Estatuto, desarrollados por la jurisprudencia, pudieran considerarse como constitutivos de una cesión prohibida de mano de obra.

La sentencia recurrida en cuanto estima que la demandante ha sido objeto de cesión prohibida, vulnera el artículo 43 del ET, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia y revocar la sentencia tanto en cuanto declara la responsabilidad del citado Ayuntamiento en relación a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido por haber sido la actora objeto de una cesión prohibida de mano de obra.

El rechazo de la existencia de una cesión prohibida de mano de obra comporta, de un lado, la exención de responsabilidad por parte del ayuntamiento demandado, con la consiguiente responsabilidad del empleador formal y material en relación a la extinción del contrato de trabajo de la actora acordada por la terminación de la contrata de servicios que existía con el ayuntamiento de Murcia.

De conformidad con reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, la finalización de un contrato de obra o servicios, en un principio constituye una causa objetiva para la terminación de los contratos de trabajo de los empleados que prestaban servicios en la ejecución de tal tipo de contratas, de ahí que, la extinción del contrato



de la demandante, acordada al amparo de lo que dispone el artículo 52.2c del ET, de ser calificada , en un principio, como de despido procedente, con las consecuencias establecidas por el artículo 53.5.a), en relación con el 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores; ello sin perjuicio de lo que proceda como consecuencia del examen del otro recurso.

En dichos términos debe acogerse también el recurso de Expertus Multiservicios en cuanto niega la cesión ilegal.

FUNDAMENTO CUARTO.- Por Expertus Multiservicios, S.A., se plantea subsidiariamente la problemática referente a la subrogación empresarial, pero sobre el particular cabe decir que, teniendo en cuenta los términos del litigio si dicha empresa procedió a un despido objetivo, y este se ha considerado correcto, la problemática que se plantea carece de interés para dicha empresa y, como la concernida no recurrió sobre el particular, resulta improcedente cualquier otro análisis.

Además, como la petición es subsidiaria ello refuerza el criterio anterior.

Finalmente, complementando lo dicho En el Fundamento de Derecho Primero, el Ministerio Fiscal, en su informe de 28-1-2018 interesa que "no puede resultar comparable la situación de aquellos trabajadores cuya situación fue regularizada por el Ayuntamiento y los ahora demandantes en cuanto que, como se señalaba en la sentencia de 19-05-2015, a diferencia de lo que ocurría con los trabajadores regularizados, cuyos contratos no estaban sujetos a temporalidad, el contrato de colaboración social de los trabajadores demandantes si estaba sujeto a temporalidad, por cuanto dichos contratos se hicieron para refuerzo de bibliotecas municipales en el periodo vacacional, en tanto se culminaba el proceso selectivo para cubrir 19 puestos de Auxiliar de Bibliotecas con funcionarios interinos. Por lo anterior, y atendida la diferente situación entre unos y otros que justifica un trato distinto, se estima que no concurre vulneración del derecho a la igualdad por lo que procede la estimación del recurso en este particular", y, en consecuencia, tal motivo de recurso debe ser acogido, ya que tal situación evidencia justifica la diferencia de trato, dada la diferente condición de las personas concernidas, que, mientras se celebra un proceso selectivo, realizaron entretanto un trabajo temporal.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar los recursos de suplicación interpuestos por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia y Expertus Multiservicios, S.A. contra la sentencia de fecha 11 de mayo del 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia en el proceso 462/2014, en virtud de la demanda interpuesta por D^a. Verónica y D. Gabriel contra las empresas ALQUIBLA S.L., ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ALQUIBLA, S.L., EXPERTUS MULTISERVICIOS, S.A., EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MURCIA, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y MINISTERIO FISCAL para impugnar despido objetivo de fecha 17 de mayo del 2014, revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, previa desestimación de la cesión ilegal de mano de obra afirmada por la trabajadora demandante, declarar la procedencia de la extinción del contrato de la actora acordada por la empresa Expertus Multiservicios, S.A. por causa objetiva, con derecho de la trabajadora a consolidar la indemnización percibida y declarando a la misma en situación legal de desempleo.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0959-18.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social



TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0959-18.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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