



Roj: **STSJ CANT 32/2019 - ECLI:ES:Tsjcant:2019:32**

Id Cendoj: **39075340012019100032**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2019**

Nº de Recurso: **792/2018**

Nº de Resolución: **70/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA nº 000070/2019**

En Santander, a 30 de enero del 2019.

#### **PRESIDENTA**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MERCEDES SANCHA SAIZ**

#### **MAGISTRADOS**

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA (Ponente)**

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Marí Juana , D. Adolfo y D<sup>a</sup>. María Cristina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Cuatro de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Según consta en autos se presentó demanda por D<sup>a</sup>. Marí Juana , D. Adolfo y D<sup>a</sup>. María Cristina , siendo demandados Santurban S.A. y el Ayuntamiento de Santander, sobre Despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 30 de julio de 2018 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.**- Como hechos probados se declararon los siguientes:

##### **1º.- Circunstancias de las relaciones laborales.**

1-D.<sup>a</sup> Marí Juana .

Ha prestado servicios para la empresa SANTURBÁN, S.A. con las siguientes circunstancias laborales:

-Antigüedad: 08 de agosto de 2017.

-Categoría profesional: auxiliar administrativa.

-Centro de trabajo: Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Santander, Concejalía de Familia, Servicios Sociales, Inmigración y Cooperación al Desarrollo. Centro de Acogida Princesa Letizia.

-Salario diario percibido: 58,75 euros diarios brutos con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

-Jornada completa.



-Modalidad contractual: obra o servicio determinado.

-Fecha de efectos del despido: 07 de enero de 2018.

-La trabajadora no ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

(Medios de prueba: hechos no controvertidos).

2-D. Adolfo .

Ha prestado servicios para la empresa SANTURBÁN, S.A. con las siguientes circunstancias laborales:

-Antigüedad: 08 de agosto de 2017.

-Categoría profesional: auxiliar administrativo.

-Centro de trabajo: Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Santander, Concejalía de Familia, Servicios Sociales, Inmigración y Cooperación al Desarrollo.

-Salario diario percibido: 58,75 euros diarios brutos con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

-Jornada completa.

-Modalidad contractual: obra o servicio determinado.

-Fecha de efectos del despido: 07 de enero de 2018.

-El trabajador no ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

(Medios de prueba: hechos no controvertidos).

3-D.<sup>a</sup> María Cristina .

Ha prestado servicios para la empresa SANTURBÁN, S.A. con las siguientes circunstancias laborales:

-Antigüedad: 08 de agosto de 2017.

-Categoría profesional: trabajadora social.

-Centro de trabajo: Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Santander, Sección de mayores, ayuda a domicilio y teleasistencia del Ayuntamiento de Santander, Concejalía de Familia, Servicios Sociales, Inmigración y Cooperación al Desarrollo. Centro de Acogida Princesa Letizia.

-Salario diario: 78,92 euros diarios brutos con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

-Jornada completa.

-Modalidad contractual: obra o servicio determinado.

-Fecha de efectos del despido: 07 de enero de 2018.

-La trabajadora no ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

(Medios de prueba: hechos no controvertidos).

## **2º.- Objeto de los contratos suscritos con SANTURBÁN, S.A.**

Los contratos de los tres demandantes están suscritos con SANTURBAN, S.A. para el desempeño de las funciones propias de sus categorías, supuestamente en el centro de trabajo de la empresa en la calle de Magallanes, 30 de Santander, con cargo al programa de corporaciones locales del Servicio Cántabro de Empleo.

El contrato de trabajo está formalmente basado en la Orden HAC/08/2017 de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, reguladora de las subvenciones del Programa de Colaboración del Servicio Cántabro de Empleo con las Corporaciones Locales para la inserción laboral de personas desempleadas en la realización de obras y servicios de interés general y social. Igualmente resulta de aplicación la Orden HAC/16/2017 que aprueba la convocatoria de tal programa de subvención para 2017.

(Medios de prueba: hechos no controvertidos).

## **3º.- Realidad de la prestación de servicios. Centro de trabajo y funciones.**



La relación laboral de los demandantes se ha desarrollado en el Ayuntamiento de Santander en los servicios anteriormente citados.

Los tres trabajadores han participado en actividades formativas del Ayuntamiento de Santander; han desarrollado el trabajo físicamente en las instalaciones del Ayuntamiento; las instrucciones de trabajo les han sido impartidas en todo momento por personal del Ayuntamiento; ésta ha sido la entidad que les ha facilitado los medios de trabajo, incluida dirección de correo electrónico del dominio @ayto-santander.es y el acceso a las aplicaciones municipales necesarias para el desarrollo del trabajo de sus servicios; el horario de trabajo era el mismo que el del personal de la Concejalía; y debían acordar las fechas vacacionales con sus compañeros de trabajo para el reparto de las tareas.

En particular, los demandantes han desempeñado las siguientes funciones:

1- D.<sup>a</sup> Marí Juana .

-Digitalización y copiado de documentación

-Elaboración de listados relativos a las personas usuarias y al centro (listados auxiliares, media estancia, ola de frío, etc.).

-Archivo de los documentos de ingreso de las personas usuarias.

-Control y ordenación de los expedientes de las personas usuarias.

-Destrucción de documentación.

-Ordenación de las fichas de las personas usuarias.

-Ordenación de los expedientes de las personas usuarias.

-Atención telefónica y personal de las personas usuarias.

-Recepción de personas usuarias, con primera resolución del caso y derivación al técnico responsable.

-Registro informático de los datos de la persona usuaria y registro manual en los libros de alta y baja.

-Registro y toma en depósito de los efectos personales de las personas usuarias.

-Labores auxiliares en aula de informática, con registro de personas usuarias y orientación para búsquedas en la red.

-Labores auxiliares en biblioteca, con registro de préstamos y control de Devoluciones.

- Labores auxiliares en la totalidad del centro, incluidas las salas de reuniones y de manualidades.

2-D. Adolfo :

-Información y atención al público para la derivación a la persona responsable del expediente.

-Actualización de los expedientes de los servicios SAO, TAO y CAD, para las altas y bajas de los mismos.

-Ordenación, control y archivo de la documentación de cada expediente.

-Localización de expedientes con antigüedad superior a cinco años para su destrucción.

-Archivo diario de los expedientes utilizados en la fecha previa.

-Control del archivo histórico y actualización del mismo por fechas, con localización eventual de expedientes para su reactivación.

-Utilización de herramientas informáticas para el trabajo de archivo.

3-D.<sup>a</sup> María Cristina

-Información y atención presencial y telefónica sobre recursos generales para personas mayores.

-Información y orientación para el acceso a los servicios y prestaciones de teleasistencia, ayuda a domicilio y comida a domicilio.

-Información y orientación sobre recursos de Sistema de Atención y Ayuda a la Dependencia.

-Visitas domiciliarias y realización de informes sociales de valoración.

-Tramitación de incidencias tanto con los usuarios como con las empresas adjudicatarias de los servicios.

- Coordinación con los trabajadores sociales de las Unidades de Trabajo Social municipales en relación con los servicios de atención a personas mayores.
  - Coordinación con la Jefa de Sección para valoración de casos de SAO, T AD y CAD.
  - Revisión de SAO y aplicación de un cuestionario de satisfacción por parte del usuario.
  - Aplicación del baremo económico para la concesión de los distintos servicios.
  - Colaboración en actividades de formación organizadas por la Concejalía "I<sup>a</sup> Jornada El deber de los profesionales en la prevención y detención de malos tratos hacia las personas mayores".
  - Tareas administrativas y de archivo de expedientes.
  - Actualización del callejero en la aplicación informática vigente para la gestión de los servicios (SAO, TAO, CAD).
  - Participación en la atención a personas en situación de vulnerabilidad.
  - Intervención en el protocolo de actuación ante derivaciones de los servicios de bomberos o policía local.
- (Medios de prueba: hechos no controvertidos).

#### **4º.- Baja en la Seguridad Social.**

Los demandantes fueron dados de baja en la Seguridad Social con fecha 07 de enero de 2018.

(Medios de prueba: hechos no controvertidos).

#### **5º.- Acta de infracción.**

Con fecha 05 de diciembre de 2017 se extendió acta de infracción contra las empresas SANTURBAN, S.A. y AYUNTAMIENTO DE SANTANDER por una infracción muy grave de cesión ilegal de mano de obra ( art. 8.2 LISOS ), imponiendo una sanción de 6.251 euros.

Los inspectores giraron visita el 23 de octubre de 2017 a los centros COMPLEJO MUNICIPAL DE DEPORTES, COCHERAS TUS, TALLERES MUNICIPALES y CEFEM.

El acta de infracción, que se da por reproducido, contiene las siguientes conclusiones sobre los hechos constatados

- Todos los trabajadores entrevistados únicamente reciben instrucciones y supervisión de su trabajo por empleados municipales, sin que en ningún caso se acredite que las instrucciones, o directrices para el desempeño de sus funciones, sean impartidas por personal de SANTURBAN S.A.
- El control horario de los trabajadores adscritos al Programa de Empleo se hace desde las distintas dependencias municipales.
- Los medios materiales y elementos imprescindibles para el desarrollo de la actividad laboral, uniformes y equipos de protección individual son de titularidad municipal, sin que SANTURBAN S.A. haya aportado bien patrimonial alguno.
- El elenco de tareas realizadas por los trabajadores de SANTURBAN S.A. constituyen actividades normales del AYUNTAMIENTO, desempeñando los trabajadores entrevistados exactamente las mismas funciones que los trabajadores municipales.
- Los permisos y vacaciones son tramitados a través de los responsables de los distintos centros municipales.
- Los trabajadores adscritos al Programa de Empleo no conocen la identidad de sus supuestos responsables en SANTURBAN S.A.

El acta de infracción fue confirmada por resolución de 04 de abril de 2018 de la Directora General de Trabajo.

(Medios de prueba: acta de infracción y resolución mencionados).

#### **6º.- SANTURBAN, proceso de contratación y extinción de contratos.**

Por Orden HAC/08/2017, de 15 de marzo, se establecieron las bases para participar en la convocatoria de obtención de subvenciones del Programa de colaboración del Servicio Cántabro de Empleo consistentes en la financiación de costes laborales y de Seguridad Social generados por las contrataciones llevadas a cabo por corporaciones locales o entidades dependientes o vinculadas a una administración local que resulten beneficiarias, de personas desempleadas para la ejecución de obras o servicios de interés general y social.

Dicha Orden disponía que los plazos de ejecución de cada proyecto no podían superar los seis meses computados desde el inicio del proyecto (art. 16).

SANTURBAN S.A. es una sociedad mercantil anónima de carácter unipersonal constituida por escritura pública de 19 de septiembre de 2001, cuyo único accionista es el Ayuntamiento de Santander.

Constituye su objeto social la promoción industrial y de empleo y de promoción de servicios de infraestructuras y equipamientos relacionados con estas materias dentro del municipio de Santander.

Dicha empresa cuenta con una plantilla de 33 trabajadores distribuidos en las siguientes áreas funcionales: Administración, Formación orientación empleo- autoempleo, Innovación, Cultura (subdividida en CDJS y formación cultural), Inmigración-CMICAD, Igualdad y autonomía personal, Centros cívicos y Centro Medioambiental.

La empresa SANTURBAN S.A. concurrió a la convocatoria de obtención de subvenciones del Programa de colaboración del Servicio Cántabro de Empleo. Por resolución de 15 de junio de 2017 la mercantil resultó adjudicataria de las referidas subvenciones. Como consecuencia de ello procedió a la contratación de 168 trabajadores a los que adscribió al Programa de Empleo.

Todos los trabajadores adscritos al Programa de Empleo están vinculados a SANTURBAN S.A. en virtud de contrato de obra o servicio, a tiempo completo. En todos los contratos figura como centro de trabajo la calle Magallanes 30, domicilio social de SANTURBAN.

La vida laboral de la empresa y la finalización de los contratos de los trabajadores del citado Programa son los contenidos en el documento nº 6 del ramo de prueba de la parte actora, que se da por reproducido.

(Medios de prueba: acta de infracción y vida laboral).

#### **7º.- Conciliación.**

Previa a la interposición de las demandas tuvieron lugar los actos de conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia.

(Medios de prueba: actas de conciliación).

**TERCERO.-** En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva:

"En atención a lo expuesto, se estiman las demandas interpuestas por D.ª Marí Juana , D. Adolfo y D.ª María Cristina contra el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER y SANTURBÁN, S.A. y, en consecuencia:

1-Se declara la existencia de una cesión ilegal del art. 43 ET de los trabajadores demandantes.

2-Se tiene por ejercitada la opción de los demandantes de adquirir la condición de indefinidos no fijos en el Ayuntamiento de Santander.

3-Se declara la improcedencia de los despidos de los actores efectuados el día 07 de enero de 2018.

4-Se condena al AYUNTAMIENTO DE SANTANDER y SANTURBÁN, S.A. a pasar por las anteriores declaraciones.

5-Se condena al Ayuntamiento de Santander a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de los trabajadores como indefinidos no fijos en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono a los mismos de las siguientes indemnizaciones:

-D.ª Marí Juana : 807,81 euros.

-D. Adolfo : 807,81 euros.

-D.ª María Cristina : 1085,15 euros.

5-a) Efectos de la opción por la indemnización.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

5-b) Efectos de la opción por la readmisión.

Solo en el caso de que la empresa opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

5.c) Efectos de la falta de ejercicio de la opción.



En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

6- Se condena solidariamente a SANTURBÁN, S.A. de las consecuencias económicas del despido.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara improcedente el despido de los actores, con efectos desde el día 7 de enero de 2018, y las consecuencias económicas inherentes a esta declaración que detalla. A consecuencia de cesión ilegal de la empresa empleadora demandada a la entidad local también demandada, por lo que las relaciones laborales devinieron indefinidas. Contratados en el centro sito en la calle Magallanes 30 de Santander, con cargo al programa de corporaciones locales del SCE. Desarrollando funciones en el Ayuntamiento de Santander atendiendo a necesidades estables del mismo en condiciones iguales a las del personal propio del Ayuntamiento, en cuanto al trabajo desarrollado, cometidos, dependencia, etc. Participando en actividades formativas del ente local, desarrollando físicamente su trabajo en dependencias del ente local, las instrucciones de trabajo les fueron impartidas por personal del Ayuntamiento. Que les facilita los medios de trabajo..., con igual horario del personal de la concejalía en que se incardinan, que es controlado por el ente local. Debiendo acordar vacaciones y días de permiso, con sus compañeros de trabajo, para el reparto de tareas del Ayuntamiento.

Proporcionando Santurban solo trabajadores pese a ser una empresa real, sin haber puesto en juego su organización ni ningún elemento material esencial para el desarrollo de actividad ni sus facultades de gestión empresarial con relación a los trabajos contratados a través del programa de empleo para la prestación de servicios en los centros municipales a que hace referencia las actas de infracción en que se funda y que se dan por reproducidas. Siendo el Ayuntamiento de Santander quien organiza dichos servicios en todos sus aspectos y asume el riesgo de explotación del mismo.

Rechazando la declaración de despido nulo coincidente a la extinción del contrato suscrito con cargo a las subvenciones citadas en sus contratos que, con carácter principal, postulan. Por cuanto, la inobservancia de los requisitos del art. 51.1 del ET no es oponible, cuando la extinción no obedece a la iniciativa del empresario sino a la del legislador por finalización del proyecto correspondiente según doctrina jurisprudencial que refiere ( STS de 19-7-2017 rec. 3428/2015 ).

Frente a esta decisión formula recurso de suplicación la representación letrada de los actores, con amparo procesal en la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesando la adición de un nuevo hecho declarado probado. Respecto del número de trabajadores de la entidad contratante y aquellos cuyas relaciones se han visto extinguidas. Con fundamento documental en el expediente de despido colectivo iniciado por la propia empresa contratante de sus servicios que como doc. núm. 95, al oficio remitido el 8-5-2018 por el jefe del servicio de relaciones laborales de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Cantabria, mediante como envío nº 13 acompañado al expediente de regulación de empleo 86/2017, promovido por Santurban S.A. (doc. 95 a 106).

Destacando de ellos la relación de trabajadores afectados (doc. 97 y 98), con 168 trabajadores contratados para el programa de corporaciones locales entre los que figuran los actores (pag. 11, 12 y 16 del doc. 98). Aunque en el momento del expediente eran 166 (doc. 96 solicitud de ERE) y en la memoria justificativa (doc. 99), sobre la necesidad del citado ERE para extinguir contratos de trabajo. Porque podrían ser indefinidos sus contratos por fraudulentos y, por ello, la necesidad de acudir a esta formalidad en la extinción contractual por superare el umbral legal según doctrina jurisprudencial que expone. Argumentando la Dirección General de Trabajo en el expediente que la empresa no justifica la concurrencia de causas económicas y productivas alegadas en el ERE colectivo. No siendo su objeto solucionar un eventual problema futuro, como pudiera ser la declaración de fijeza de plantilla por fraude de ley. Lo que hizo que la empresa, en su argumentación, desistiera de su planteamiento. Pretendiendo su redacción literal siguiente:

"Mediante escrito de 01.12.2017, la empresa notificó a la Dirección General de Trabajo el inicio del procedimiento para la extinción de los 166 contratos de trabajo suscritos en el programa de corporaciones locales, por superar, conforme expone en la memoria, el umbral legalmente establecido y resultar preciso conforme a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

Mediante escrito de 11.12.2017, la Dirección General de Trabajo advirtió de la falta de concurrencia de las causas alegadas y de no ser el momento oportuno para el inicio del expediente".





No obstante, el precepto en que se funda con relación al artículo 196.3 del mismo Texto legal, precisa la cita por la recurrente de documental fehaciente, directa y clara que sin precisar conjetura acredite error del Juzgador de la instancia en la omisión pretendida; y, que sea relevante al éxito del recurso. No autorizando tales preceptos una conjunta valoración de la prueba aportada interesada de parte, frente a la imparcial del Juzgador del mismo activo probatorio, para llegar a resultados fácticos diferentes que no se sustentan tampoco en el art. 97.2 LRJS.

En tal sentido, las afirmaciones en la memoria explicativa de la empresa, su propia solicitud del ERE, ni como actos propios de la entidad codemandada tienen virtualidad para alterar el relato fáctico esencial al recurso. Pues, no son sus posibles interpretaciones (no aceptadas por lo demás por la DG de trabajo) para concluir lo que en definitiva propone la parte recurrente que es la calificación como nulo por ser exigible la tramitación del mismo. Lo que, evidentemente, no se ha concluido al desistir la empresa de formulación. Por ser materia de aplicación de normativa que además ha sido objeto de interpretación jurisprudencial contraria a dicha conclusión.

Las expectativas o previsiones de futuro que incluso una de las codemandadas (ha sido condenada a las consecuencias del despido el ente local que no intervino en las citadas actuaciones administrativas del ERE), cuando no se ha dictado resolución (la empresa desistió del ERE iniciado) y dado que además la excepción de cosa juzgada del art. 222.1 y 4 de la LEC, solo vincula por resolución judicial firme. Nada relevante añaden al litigio. Siendo cierto no obstante, que la parte demandada no se ha opuesto al carácter indefinido de la contratación de los actores.

Lo que en modo alguno se declara para la totalidad de los 166 contratados de la codemandada, ni todos ellos consta (por documento fehaciente) fueran objeto de análisis de las actuaciones inspectoras que concluyeron cesión ilegal al Ayuntamiento de Santander, de mano de obra. Ni lo eran al momento del despido comunicado de los actores, ni en un plazo de 90 días antes o después, del mismo, respecto de los ceses precisos al efecto, según indica la normativa aplicable. O, al menos, así no se declara probado en la recurrida y no se cita ningún documento fehaciente que permita concluir fraude de ley en la totalidad de contratos temporales suscritos por Santurban como fomento del empleo dirigido a determinadas personas contempladas como colectivo al que van dirigidas en las órdenes de contratación a que responden dichos contratos, respecto del Ayuntamiento codemandado.

En conclusión, se desestima la adición fáctica solicitada.

**SEGUNDO** .- Con amparo procesal en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente denuncia infracción de lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, con relación a la doctrina jurisprudencial contenida en STS de fecha 3-7-2012. Si incluso, sin modificación fáctica, del mismo relato de la recurrida deduce que las codemandadas incurrieron en cesión ilegal de los trabajadores actores y del resto de la plantilla de la codemandada (166 o 168), contratados por la primera para prestar servicios en la segunda. Razón por la que ambas fueron objeto de sanciones administrativas (HP 5º). Siendo la consecuencia de la cesión en virtud del art. 43.4 ET, que son contratados indefinidos, no fijos. Una vez declarada la cesión ilegal el 11-12-2017 (doc. 5 de la actora y actas de infracción doc. 88 y 92). De lo que deduce que, al ser necesaria la tramitación de un ERE que no lo ha sido, las extinciones comunicadas por finalización del contrato, como las notificadas a los demandantes de este procedimiento, no son válidas, al no tratarse de contrataciones temporales y determina la nulidad de su despido.

Dado que superan el umbral del número de trabajadores que a ello obliga el art. 51.1 del ET. Contemplado la doctrina aplicada en la recurrida extinción por imperativo legal de contratos de trabajo que fueron declarados irregulares, con posterioridad. Lo que aquí no sucede, pues lo fueron antes.

Ahora bien, la parte recurrente parte de un relato en que el total (166 o 168) de contratados por Santurban para el Ayuntamiento de Santander, fueron declarados indefinidos por fraude de ley por cesión ilegal, antes de la extinción del contrato de trabajo de todos ellos; o, al menos, de los actores del presente litigio.

Cuando lo que se declara probado y así se deduce de las mismas actas de infracción a que elude la propia recurrente (sin otras resolución administrativa o judicial que lo declare), lo concluido es que (HP 5º) se extendió acta de infracción contra las entidades Santurban y Ayuntamiento de Santander, por falta muy grave de cesión ilegal de mano de obra imponiendo la sanción correspondiente (confirmada mediante resolución de 4-4-2018). En atención a visita de la Inspección, girada el día 23-10-2017 a los centros del complejo municipal de deportes, cocheras TUS, Talleres Municipales y CEFEM. En virtud de denuncia del Sindicato CC.OO., con relación a determinados empleados que nominalmente se designan (20), entre los que no figuran los actores (3 empleados más). Respecto de una plantilla de la empresa Santurban de 168-166 empleados según el momento de contratación o extinción de contrato de los actores. Sin que se detalle el número de empleados del Ayuntamiento de Santander (de otras documentales unidas a las actuaciones parece deducirse que son unos 315, aunque no se declara probado en la recurrida).



Limitando el análisis de la inspección a los trabajadores entrevistados que se detallan.

Con la funciones concretas de los demandantes de este procedimiento y centros de destino detalladas en el HP 1º, 2º y 3º.

Y, dado que posibles interpretaciones de la parte codemandada o incluso de la administración con competencias en el ERE iniciado y no concluido, no contenidas en resolución administrativa ni sentencias firmes, no son aquí vinculantes a la resolución del litigio. En el concreto aspecto de si es exigible la tramitación de un ERE colectivo para la extinción de los contratos de trabajo suscritos entre los litigantes. Pues ello no es propiamente hecho, que debe ser probado. Sino valoración o conclusión jurídica sobre los declarados probados que se mantienen inalterados del relato de la recurrida y sobre los que debe pronunciarse la sala en el recurso formulado.

De todo ello, como en el supuesto fáctico analizado en nuestra precedente sentencia de fecha 8-10-2018 (rec. 458/2018 ), si bien, en ella el recurso y planteamiento de declaración de despido nulo giraba sobre una pretendida vulneración de derechos fundamentales como es el principio de indemnidad de los actores que sí habían sido designados nominalmente en la denuncia a la inspección de que su reclamación derivaba. Se concluye que ni siquiera el reconocimiento del despido improcedente de los actores por la entidad empleadora es suficiente a la declaración de nulidad solicitada, dado que la mayor parte de los trabajadores afectados han sido indemnizados y les han abonado diferencias retributivas con relación a convenio que les es de aplicación del Ayuntamiento codemandado, por la cesión ilegal. Verdadero empleador, según las actas de infracción referidas en el propio recurso.

Destacando en estas actuaciones, que los actores Sres. Marí Juana y Adolfo , con categoría profesional de auxiliares administrativos, en el departamento de servicios sociales del Ayuntamiento de Santander, Concejalía de Familia Servicios Sociales Inmigración y Cooperación al desarrollo. Y, la Sra. María Cristina trabajadora social en el departamento de servicios sociales del mismo Ayuntamiento, sección de mayores, ayuda a domicilio y teleasistencia del Ayuntamiento de Santander, en el centro de acogida Princesa Letizia. Suscribieron con Santurban contrato para el desempeño de funciones propias de sus categorías, en el centro de trabajo de la entidad en la calle Magallanes 30 de Santander con cargo al programa de Corporaciones locales del servicio Cántabro de Empleo. Basado en la orden HAC/08/2017, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo reguladora de las subvenciones del programa de colaboración del SCE con las corporaciones locales para la inserción laboral de personas desempleadas en la realización de obras y servicios de interés general y social. Y, la orden HAC/16/2017 que aprueba la convocatoria de tal programa de subvención para 2017.

Todo ello, con relación a la citada denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra entre SANTURBAN al Ayuntamiento de Santander, relativa a otros contratos de trabajo y centros de desempeño de este tipo de contratos relativo a 20 empleados que no detallan las contrataciones de los actores. En total 23 empleados, ignorándose los términos y condiciones del resto de empleados de la empleadora y del ente local demandado. Siendo una mera conjetura de parte no fundada en la documental que cita, que permita concluir que la totalidad de todos ellos constituye cesión ilegal o son contratos en fraude de ley.

Contratados, como la totalidad de los empleados (de su propio personal, unos 33 trabajadores, se ignoran las características) a través del programa de colaboración del Servicio Cántabro de Empleo y las Corporaciones Locales de Empleo (HP 5º).

Contratación temporal fraudulenta que la parte demandada admite respecto de los demandantes (en la precedente sentencia de la sala se analiza respecto de otros empleados de los 20 afectados por el acta de infracción administrativa -f. 110 de las actuaciones-), en virtud de la actuación inspectora, por cesión ilegal que no recurren. No respondiendo a temporalidad alguna de lo que se deduce su carácter indefinido, no fijo. Como aquí sucede, lo que ni los demandados impugnan en el recurso.

Analizando la doctrina jurisprudencial invocada por la parte recurrente ( STS de 3-7-2012 ), la extinción de contratos de trabajo por obra o servicio determinado antes de que finalizara la misma. Concurriendo causa organizativa y productiva consistente en reducción de la contrata, sin tramitar el ERE correspondiente. Que nada tiene que ver con el relato fáctico de la recurrida restante, que se mantiene inalterado y no impugna la parte recurrente.

Cuando aquí lo declarado probado es que los actores, ven extinguido su contrato de trabajo a consecuencia de la extinción de la subvención para la participación de los demandantes en el plan de integración laboral de trabajadores desempleados, por término de seis meses, contenido en su propio contrato de trabajo (hasta el 7 de enero de 2018). También sin que la actuación inspectora les afectase directamente, ni hubieran reclamado cesión ilegal alguna antes de la extinción o despido cuestionado. Como que se ignora cuantos empleados más





de igual tipo o modalidad contractual han reclamado por cesión ilegal, al margen de los referidos afectados por actuación inspectora, alguno de los que fueron demandantes en el anterior procedimiento conocido por la sala.

Cuando, precisamente, en aplicación de la doctrina unificada contenida en la recurrida se declara que estas contrataciones ni siquiera siendo declaradas fraudulentas o indefinidas, cuando con una administración se conciertan, afectan a las contrataciones analizadas en el art. 51 del ET que funda el recurso.

Doctrina jurisprudencial constante y mantenida en reiteradas resoluciones posteriores como SSTS/4ª de fecha 21-12-2017 (rec. 3425/2015), 19-12-2017 (rec. 4254/2015), 14-12-2017 (rec. 3610/2015) y 17-10-2017 (rec. rcud 3427/2015 y 3239-2015) y 26-9-2017 (rec. 62/2015) y las que en ella se refieren. En todas ellas se afirma que, aun partiendo de la ausencia de justificación de la temporalidad y del número de extinciones llevadas a cabo en las mismas fechas y colectivo de trabajadores: "...no es acogible la pretensión de nulidad del despido en casos como el que hoy resolvemos, y ello porque, en primer lugar, se ha de comenzar por formular la afirmación de que la Directiva 98/59 -artículo 1, número 2º b)- no resulta aplicable a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público, como evidentemente lo es la Administración demandada".

Las referidas sentencias describen la aplicabilidad a las Administraciones de las previsiones del artículo 51.1 ET, con relación a la Disp. Adicional Vigésima, para regular las extinciones colectivas o para delimitar el ámbito de su incidencia y para excluir es éstos casos la nulidad de los despidos que se pretende.

Pero, "...si el supuesto de despido colectivo en el sector público ha de resolverse con exclusiva aplicación del art. 51.1 ET, es claro que para determinar el umbral numérico que impone el despido colectivo debe atenderse tanto a las genuinas causas de tal tipo extintivo [las económicas, técnicas, organizativas y de producción], cuanto a las que obedezcan a "iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador", a excepción de las que respondan al tiempo válidamente convenido [y transcurrido] o realización -completa y debida- de obra o servicio determinado. Y es en este punto en el que se observa la trascendencia de que no se aplique la Directiva 98/59/CE y sí exclusivamente el art. 51 ET, habida cuenta de que -como hemos indicado en alguna ocasión- la Directiva "conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pues solo exige que se trate de "motivos no inherentes a la persona del trabajador".

Sentado ello, en esa aplicación del art. 51 ET al supuesto fáctico en ellas debatido, se parte de dos indicaciones normativas: a).- El art. 13 de la Ley 35/2010 [17/Septiembre], en redacción dada por el RD-Ley 13/2010, dispuso que "se proroga hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario... aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008... referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años"; y b).- El art. 15 del RD-ley 13/2010 [3/Diciembre], con mandato reiterado por la DF 14 de la Ley 2/2012 [29/Junio], prescribió por su parte que "[con el fin de reforzar la atención a las personas demandantes de empleo y a las empresas que ofertan empleo, se aprueba la medida consistente en la incorporación de 1.500 personas como promotoras de empleo, que realizarán su actividad en las oficinas de empleo de los Servicios Públicos de Empleo, desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012".

Por lo que si bien dicha doctrina dirigida al análisis de supuesto de los indicados Orientadores/Promotores de Empleo del servicio andaluz de empleo. Pero, como aquí sucede, nos hallamos ante ceses referidos a trabajadores contratados como temporales, tal como legalmente se había habilitado, que habían alcanzado la cualidad de indefinidos -según los diversos relatos de hecho de las sentencias objeto de unificación de doctrina y coincidente con el relato de presente procedimiento-, o bien porque su contrato se formalizara de forma indebida [en tanto que la obra o servicio no se hallaba debidamente identificada], o porque realizaron funciones ajenas a las singulares objeto de contratación (o como aquí sucede por cesión ilegal al no ostentar la dirección y su trabajo la empleadora sino el ente local en que prestaron efectivos servicios los actores y 20 empleados más).

Y, aunque en la comunicación de los ceses hubiera podido invocarse cualesquiera causas relacionables con las propias de un despido colectivo [finalización del Plan Extraordinario; agotamiento financiero...], lo cierto y verdad es que no ha obedecido propiamente a una decisión de su empleadora aparente [la "iniciativa del empresario", a la que se refiere el art. 51.1 ET], sino más propiamente a la exclusiva iniciativa del legislador, pues desde el momento en que el art. 13 de la Ley 35/2010 o en las presentes actuaciones el art. 4.d) de la Orden habilitante de cada contratación de los actores, dispone como prevé expresamente su contrato y como se ha dicho, que el cese comunicado en aquella fecha límite a los demandantes, a virtud de las referidas normas que motivan su contratación. No obedece a la voluntad de la Administración local ni empleadora contratante,



sino a exclusiva decisión legal. Que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término -con la misma fecha- a la prestación de los servicios pactados.

Así como, en dicho supuesto fáctico, aquí el cese impugnado no es adoptado por concurrir causa económica, organizativa o productiva (reguladas en el art. 51.1 del ET invocado en el recurso e interpretado en la doctrina invocada por la parte recurrente), sino a consecuencia de la contratación misma de los actores como desempleados en el programa de corporaciones locales, como el resto de empleados no afectados por el acta de infracción y sobre cuya regularidad en la contratación nada fehaciente adiciona el expediente sancionador tramitado.

Lo que el Ayuntamiento de Santander efectúa no directamente sino a través de entidad de la que es su único accionista, con el objeto de promoción industrial y de empleo y de promoción de servicios de infraestructuras y equipamientos relacionados con estas materias, dentro del municipio de Santander. Siendo esta la causa de su contratación y su cese se prevé en el cumplimiento de un plazo que ya consta en el contrato en el momento de la formalización por vincularse a determinadas subvenciones y normativa que contempla igual vigencia, para el resto de empleados de Santurban. Sin que se conozcan las modalidades y circunstancias de la contratación laboral del Ayuntamiento de Santander.

Contratos de trabajo de interés social (desempleados de larga duración, jóvenes adscritos a programas de garantía juvenil...), formalizados en cumplimiento de políticas activas de empleo desarrolladas por las Comunidades Autónomas en desarrollo de la Ley de Empleo aprobado por RD Legis. 3/2015, de duración temporal prevista en la propia normativa de la contratación suscrita.

Que a su extinción prevista en el contrato se les comunica el cese. Como a la totalidad de contratos suscritos bajo esta modalidad entre las codemandadas, por lo que ninguna causa sobrevenida se declara afecte a la contratación suscrita, sino la prevista en la propia contratación que sucede al momento del cese. Ni deben amortizarse puestos de trabajo, dado que no ocupan ninguno previsto en RPT, sino que se trata de la indicada modalidad cuya finalidad es la formación y práctica o promoción de empleo del personal al que va destinado. A lo que la constatación de fraude de ley por cesión ilegal al no hacer valer la empleadora su organización frente a quien realmente ha aportados medios y organizado el servicio en que se integran (la entidad local), en cuyos servicios se incluye el contratado a los actores. Al suponer la improcedencia de su despido, no precisa la tramitación del ERE pretendido.

Siendo el día 7-1-2018, los actores, como la totalidad de los afectados por esta modalidad contractual de Santurban (hasta 168 según las fechas de cada contratación). Cada uno en la fecha prevista en su contrato de trabajo de conformidad a la correspondiente orden que autoriza la subvención en que se funda.

Destacando aquí, como en la recurrida, que los demandantes como el conjunto de los contratados por la codemandada Santurban son contratos de trabajo fundados en determinada Orden de empleo, con fechas de inicio y fin de contrato. En marco general de contratación de los demandantes y demandadas, el resto de afectados por la denuncia a ITSS, pero también otros de los contratados por igual causa sin estar afectados por esta denuncia nominalmente o sin presentar demanda judicial por cesión. Por la mera información de bajas en seguridad social de los empleados contratados bajo la modalidad que se suscribe la de los actores. Por responder a la contratación y ceses de los trabajadores afectados por la misma normativa que es la que funda todas estas contrataciones y sus ceses.

A lo que se añade que ni la parte recurrente impugna que no se trata de trabajadores fijos, por el hecho de cesión ilegal o contratación fraudulenta. Sino que tratándose de contrato referenciado a una administración pública, se trata de laborales indefinidos, no fijos. Por no haber accedido al puesto a través del concurso público correspondiente.

En la contratación entre los litigantes, sometida al marco de previsión de ayudas al empleo que afectan a todo un colectivo y modelos de contratación temporal, no solo relativos a los actores sino a otros empleados. De los que algunos más también están afectados por la denuncia sindical (no todos) y que igualmente se detalla en el acta de infracción. Finalizando siempre sus contratos en la fecha determinada en el contrato, según listado de trabajadores, también aportado al expediente sancionador cuestionado. Sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que por sus concretas circunstancias corresponde para cada uno de ellos.

Ceses, que se enmarcan en todos los acordados para los empleados contratados por planes de fomento del empleo de trabajadores desempleados. Con contratos amparados normativamente. Que son cesados de forma generalizada y unánime, sin perjuicio de las indemnizaciones que a cada uno supone, por las circunstancias propias que les afectan.



Y, sin que los derechos de un trabajador indefinido de la administración por fraude en la contratación supongan mayor protección frente a la extinción de su contrato que la concluida en la recurrida (efectos del despido improcedente).

El mero reconocimiento de un despido improcedente o si no existen motivos de despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5 del ET, la única calificación que puede tener el despido es de despido improcedente (STS/4ª de 5-5-2015, rec. 2659/2013). Siempre que del relato de la instancia se deduzca que la empresa adujo realmente una causa de despido, por ejemplo, vinculada indirectamente de algún modo a las actuaciones de ITSS, pero sustancialmente al margen de ellas. Que es lo que aquí sucede cuando se cesa en la fecha prevista en el contrato suscrito al amparo de norma que promueve el empleo entre un colectivo al que pertenecen los actores.

Aunque por las circunstancias concretas de ejecución de su servicio hayan supuesto, al igual que respecto del éxito de la denuncia a la ITSS por cesión ilegal de otros empleados, su carácter indefinido no fijo.

Cuestión diferente es que, cumpliendo o incumpliendo la empresa el deber que le impone el art. 49.1.c) ET -es decir, acreditada o no la temporalidad pactada-, la decisión extintiva merezca la declaración de improcedencia, tal como expresamente impone el art. 55.4 ET.

El despido no ha de ser calificado de nulo, en el supuesto fáctico aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por el órgano judicial de la instancia, ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva nada tiene que con el objeto del expediente de regulación de empleo colectivo regulado en los art. 51 y concordantes del ET. Sino por vencimiento del plazo pactado contractualmente, según expresa declaración fáctica de la recurrida.

Hasta el punto de que según afirma, que la misma Orden que funda su contratación (art. 4.d) ya contempla el límite temporal a su contratación. Circunstancia común a la general contratación que destacan los impugnantes del recurso o la extinción de más contratos (de los que se ignora cuantos han sido declarados en fraude de ley, al margen de los demandantes del procedimiento también seguido ante la sala). Que no se corresponde a la denuncia o demandas planteadas ilegales por el sindicato CC.OO. Al ser concertados sus contratos de trabajo con el límite temporal coincidente a su fecha.

Sin que puedan ser incluidos en las previsiones del art. 51 del ET las extinciones contractuales al término de su vigencia pactado contractualmente. Que la parte recurrente incluye en la totalidad de los contratos suscritos en el cómputo que pretende.

Cuando además Santurban se declara para la contratación de los demandantes, es una mera interposición en el verdadero contrato de trabajo de los actores con el Ayuntamiento cuya referencia numérica debiera considerar en el cómputo que pretende. Que no se declara probado, pero parece de mayor entidad que la empleadora ficticia. En cualquier caso, sin que el número de trabajadores que se declaran afectados por la cesión ilegal a que el fraude en la contratación de los actores afecta (20 incluidos en la denuncia sindical y 3 actores de este procedimiento), al ascender a lo sumo a 23 empleados sea suficiente al despido colectivo que postula.

En atención a lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que no incurre en la infracción de normas denunciada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.ª Marí Juana, D. Adolfo y D.ª María Cristina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Santander de fecha 30 de julio de 2018, en virtud de demanda formulada por los recurrentes contra la empresa SANTURBAN S.A. y Ayuntamiento de Santander, en reclamación por despido y, en su consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

### Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha



de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

### **Advertencias legales**

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El 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, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0792 18.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES 55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0792 18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen 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 adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

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