



Roj: **STSJ AND 175/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:175**

Id Cendoj: **41091340012016100001**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **113/2015**

Nº de Resolución: **24/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 113/15 Sentencia nº **24/2016**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.**

**DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a catorce de enero de dos mil dieciseis.

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

**EN NOMBRE DEL REY** , ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 24/2016**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Ángela , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num 6 de Sevilla, en sus autos núm. 1339/13, ha sido Ponente la lltma. Sr<sup>a</sup>. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Según consta en autos, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Ángela , contra D<sup>a</sup> Juliana , Produsa; Produsa Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. y Ayuntamiento de Utrera, sobre Contrato de Trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 22 de mayo de 2,014 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda.

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

**PRIMERO.**- Ángela , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de PRODUSA SOCIEDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE UTRERA S.A., (en adelante PRODUSA), desde el día 3.07.1990, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, en virtud de contrato indefinido, estando la relación laboral sometida al convenio colectivo de empresa y percibiendo un salario día a efectos de indemnización de 91,66 euros.

**SEGUNDO.**- En fecha 16/10/12, la SOCIEDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE UTRERA, S.A. comunicó a la actora su despido mediante carta fechada el mismo día, con efectos para el día 16/10/12 , y por causas objetivas al amparo de lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores .



**TERCERO.-** La SOCIEDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE UTRERA, S.A.. fue constituida en el año 1989 por el Ayuntamiento de Utrera

Su objeto social es promover la iniciativa pública y/o privada en cuanto a la creación de empresas en el término municipal de Utrera y comarca; apoyar a la pequeña y mediana empresa, así como a las cooperativas, orientándolas sobre sus posibilidades, en sectores económicos apropiados, productos, mercados y gestiones beneficiosas para un desarrollo socio económico equilibrado de la zona; informar de los beneficios y ayudas que la Administración ofrece en cada momento para la creación de empresas y estímulos a la inversión así como su difusión; crear un fondo de documentación que incluya inventario de recursos naturales, medios de comercialización, suelo industrial existente y disponible, características de la mano de obra y datos de interés para los inversores; promoción, participación e integración en otras sociedades cooperativas o mercantiles; promoción de la gestión, realización y desarrollo de Planes de Formación que favorezcan la cualificación profesional de los ciudadanos de la comarca; promoción y venta de todo tipo de parcelas rústicas o urbanas, solares y edificaciones, ya sean naves industriales, locales comerciales y viviendas, tanto libres como de protección oficial y de precio tasado.

La presidencia y los cargos de consejeros han venido recayendo sobre el alcalde de Utrera y concejales.

En los años 2010 y 2011, se adoptaron una serie de acuerdos por el Pleno del Ayuntamiento de Utrera, como el de 10-6-2010 por el que se acordó considerar a Produsa como medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento por razones de eficiencia; acuerdo por el que se encomendó a Produsa la gestión para la realización de las obras de acondicionamiento de infraestructuras inherentes a la reordenación urbana relativa a la Colonia militar del Aire en Utrera; decreto de Alcaldía de 12-5-2011 por el que se aprobó el convenio regulador de la subvención a Produsa por parte del Ayuntamiento para actividades de formación, promoción y desarrollo y de administración y empleo para el 2011; encomienda de servicio de coordinación y seguridad de las obras municipales.

Estos acuerdos fueron suspendidos en abril de 2012 a raíz de la incoación de oficio de procedimiento de revisión del acuerdo de 10-6- 2010.

**CUARTO.-** La SOCIEDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE UTRERA, S.A. se encuentra en situación de concurso de acreedores, declarando por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, procedimiento número 481/2012, siendo designada administradora concursal a Dña. Juliana .

**QUINTO.-** La funciones de la actora se han desarrollado siempre en el seno y funcionalidad de Produsa, con las condiciones aplicables a su personal, regida por el convenio colectivo de Produsa, propio y diferente al de la aplicación a los empleados municipales, concretamente por el convenio colectivo para los empleados de régimen laboral de la sociedad de promoción y desarrollo de Utrera S.A, inicialmente suscrito para los años 2004-2005 que ha sido prorrogado año a año de conformidad con lo estipulado en su artículo 2, al no mediar denuncia por ninguna de las partes.

La sociedad Produsa es una sociedad de economía mixta participada mayoritariamente por el Ayuntamiento de Utrera, con un objeto social perfectamente definido en sus estatutos, con plena autonomía funcional y personalidad jurídica propia y totalmente independiente de sus accionistas. Produsa es una sociedad con un objeto social propio y estable, dedicada a temas de promoción inmobiliaria, y de formación para el empleo, con autonomía funcional y económica suficiente para el desarrollo de sus funciones, las cuales desarrolla en un edificio cedido por el Ayuntamiento de Utrera, con medios personales y materiales propios, para la cual la actora ha prestado en exclusividad sus servicios para los que fue contratada. La actora desde su incorporación a Produsa, ha trabajado siempre bajo las ordenes y dependencia de dicha sociedad, no prestando servicios para el Ayuntamiento de Utrera.

Los patrimonios de ambas empresas, Produsa y Ayuntamiento de Utrera, se encuentran totalmente diferenciados e identificados, además operar en el tráfico mercantil de manera independiente y responden de sus deudas y obligaciones de manera autónoma.

Las únicas prestaciones de servicios de la sociedad Produsa al Ayuntamiento de Utrera lo han sido siempre y en todo caso a través de las encomiendas de gestión recogidas en el artículo 15 de la ley 30/1992 . En definitiva, es una sociedad mercantil constituida por el Ayuntamiento de Utrera al que sirve de instrumento para la gestión de la política municipal de la vivienda.

**SEXTO:** Ángela no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

**SEPTIMO.** - En fecha 5/10/13 se presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 30/10/2013 sin avenencia.



El actor formuló reclamación administrativa previa en fecha de 15.10.2013, frente al AYUNTAMIENTO DE UTRERA, sin éxito.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Ángela , que fue impugnado por la parte contraria.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de suplicación lo interpone la actora contra la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que solicitaba que se declarara la existencia de una cesión ilegal de la "Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. (PRODUSA)" al Ilmo. Ayuntamiento de Utrera.

La Sala sin entrar a examinar los concretos motivos de recurso debe estimar de oficio las excepciones de falta de acción, inadecuación del procedimiento y caducidad de la acción impugnatoria del despido, al constar que la demandante vió extinguido su contrato por causas económicas, al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores el día 16 de octubre de 2.012 y presentar la reclamación previa y la conciliación previa reclamando la existencia de una cesión ilegal el día 5 de octubre de 2.013, por lo que no puede pretender que se le reconozcan derechos relativos a una relación laboral que ha sido resuelta un año antes, extinción que es válida al no constar que se haya impugnado el despido, modalidad procesal que era la adecuada para reclamar la existencia de una cesión ilegal, lo que no puede pretender es que por vía de una acción declarativa de cesión ilegal, solicitar el reingreso en el Ilmo. Ayuntamiento de Utrera, entidad con la que no existe, ni existió relación laboral.

Para reclamar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, es requisito necesario que la relación laboral esté viva en la fecha de interposición de la demanda, pronunciándose en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 mayo 2010 (RJ 2010\2607), seguida por la sentencia de 29 octubre 2012 (RJ 2013\1566), en las que se declara 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 (RJ 1986, 4953)). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".* ( sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2.003 (RJ 2003, 6412) -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 (RJ 2008, 3026) -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 (RJ 2009, 5533) -rcud. 4232/08 - entre otras) .....

**... 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 Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando se producen los efectos de la litispendencia.... **Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula .."**

En este caso presentada la demanda más de un año después de haber cesado en la empresa "Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. (PRODUSA)", no podemos sino declarar que existe una falta de acción, excepción que se identifica con: **" A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada ".... , asimismo, la doctrina de esta Sala IV en torno a la justificación de las acciones declarativas viene exigiendo la concurrencia de dos elementos (así lo hemos recordado en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009 -rcud. 2570/2008 - (RJ 2009, 6156), con cita de sentencias anteriores): A) La existencia de una verdadera controversia (" Por ello, se entiende que no pueden plantearse «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera «litis», pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo»" - sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 [rec. 4163/2005]- (RJ 2007, 3478)). B) La concurrencia de una necesidad de protección jurídica ("existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción").** ( sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo 2011 (RJ 2011\3101)".

En este caso la pretensión declarativa que se ejercita si prosperase carecería de efectos en la relación jurídica del actor, ya que carece de vinculación con el Ayuntamiento y con "Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. (PRODUSA)", por haberse extinguido su contrato con anterioridad.



**SEGUNDO.-** Además la acción declarativa ejercitada constituye un fraude procesal al pretender eludir las consecuencias dañosas de la caducidad de la acción impugnatoria del despido producido el día 16 de octubre de 2.012, y presentar la reclamación previa al Ilmo Ayuntamiento de Utrera y la conciliación previa a la empresa "Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. (PRODUSA)" el día 5 de octubre de 2.013 casi un año después, al ser el procedimiento de impugnación de despido el adecuado para examinar la existencia de una cesión ilegal, que justificaría el carácter fraudulento del cese y el derecho a integrarse en el Ayuntamiento demandado.

Como declara la Jurisprudencia del Tribunal Supremo el derecho al proceso, como medio para obtener tutela judicial, no autoriza a quien lo ejerce a elegir a su arbitrio un proceso determinado y obtener dentro de él una respuesta judicial de fondo, **sino que su ejercicio ha de ajustarse a las normas reguladoras del proceso que son imperativas y no disponibles por las partes**; por ello, entre las facultades del Juzgado o Tribunal se comprenden, la de declarar si la pretensión deducida es de las que deben sustanciarse a través de un concreto proceso, distinto del utilizado por los demandantes, y ordenar que se utilice el proceso adecuado para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida.

Sobre la obligación de acumular al proceso de impugnación de despido la demanda sobre la existencia de una cesión ilegal, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 2009 . (RJ 2010\369), en la que citando las de 8 de julio de 2.003 (RJ 2003, 6412), y 12 de febrero de 2.008 (RJ 2008, 3026) (recurso 61/2007), que interpretan el artículo 27.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , con doctrina aplicable al actual artículo 26.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social declaran que: *".. . en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de "cuestión previa" o "cuestión prejudicial interna", necesarias para establecer las consecuencias del despido". Lo que determina que es perfectamente posible y lícito desde el punto de vista procesal alegar en una demanda por despido todas las particularidades que afecten a la relación de trabajo y que hayan de incidir en la respuesta judicial que ante una eventual condena por nulidad o improcedencia de la medida extintiva hayan de producirse"* , por ello, continúa diciendo esta sentencia *"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"* .

Por lo expuesto la recurrente debió de accionar contra el despido producido el día 16 de octubre de 2.012, reclamando la existencia de una cesión ilegal, pretensión que no puede ser planteada cuando ha caducado la acción para impugnar el despido, y la relación laboral no está vigente por haberse extinguido válidamente mediante despido objetivo, que no nos consta que haya sido impugnado.

En consecuencia, concurriendo las excepciones de falta de acción, inadecuación del procedimiento y caducidad de la acción impugnatoria del despido, excepciones todas ellas que pueden ser estimadas de oficio por afectar a cuestiones de orden público procesal, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, sin necesidad de pronunciarnos sobre las revisiones fácticas solicitadas que van dirigidas todas ellas a acreditar la existencia de una cesión ilegal de la trabajadora de la empresa "Sociedad de Promoción y Desarrollo de Utrera S.A. (PRODUSA)" al Ilmo. Ayuntamiento de Utrera.

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos de oficio las excepciones de falta de acción, inadecuación del procedimiento y caducidad de la acción impugnatoria de despido, en el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Ángela contra la sentencia dictada el día 22 de mayo de 2.014, por el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla en el proceso seguido en reclamación de cesión ilegal de trabajadores a instancias de D<sup>a</sup>. Ángela contra el ILMO. AYUNTAMIENTO DE UTRERA y la SOCIEDAD DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE UTRERA, y desestimamos la demanda interpuesta, sin pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal** dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones



comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN.**- En Sevilla a 14 de enero de 2,016

FONDO DOCUMENTAL CENDO