



Roj: **STS 1041/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1041**

Id Cendoj: **28079149912016100006**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **11/02/2016**

Nº de Recurso: **98/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11279/2014,**
STS 1041/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Juan Martínez Pancorbo, en nombre y representación de D. Prudencio , D. Luis María , D. Aureliano , D. Evaristo , D. Lázaro , D. Secundino , D^a Camino , D^a Justa , D. Cesareo , D. Gumersindo , D. Obdulio , D. David , D. Arsenio , D. Eutimio , D. Leopoldo , D. Vidal , D. Alfonso , D. Emiliano , D. Leon y D. Teodosio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 11 de diciembre de 2014 , numero de procedimiento 23/2014, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Prudencio , D. Luis María , D. Aureliano , D. Evaristo , Lázaro , Secundino , D^a Camino , D^a Justa , Cesareo , D. Gumersindo , D. Obdulio , D. David , D. Arsenio , D. Eutimio , D. Leopoldo , D. Vidal , D. Alfonso , D. Emiliano , D. Leon y D. Teodosio contra CAMINOS JAÉN, S.A. y la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE JAÉN, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido CAMINOS JAÉN, S.A. y la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE JAÉN .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Prudencio , D. Luis María , D. Aureliano , D. Evaristo , D. Lázaro , D. Secundino , D^a Camino , D^a Justa , D. Cesareo , D. Gumersindo , D. Obdulio , D. David , D. Arsenio , D. Eutimio , D. Leopoldo , D. Vidal , D. Alfonso , D. Emiliano , D. Leon se presentó demanda de impugnación de DESPIDO COLECTIVO de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que "se declare la nulidad de la decisión extintiva del despido colectivo producido, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a que se readmitan a los trabajadores en sus puestos de trabajo, con elección por parte de los trabajadores de la empresa en la que deben integrarse, y con abono de los salarios de tramitación o,

Subsidiariamente se declare no ajustada a derecho la decisión extintiva y en consecuencia la improcedencia de los despidos efectuados, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a que readmitan a los trabajadores en sus puestos de trabajo, correspondiendo a los trabajadores la elección de la empresa en la que deben ser readmitidos, con los efectos inherentes a dicha declaración y en su caso los condene al abono de los salarios de tramitación y,



Subsidiariamente de las peticiones anteriores, en caso de no estimarse la existencia de cesión ilegal de trabajadores, se declare la nulidad o subsidiariamente no ajustada a derecho la decisión extintiva, con los efectos inherentes a dicha declaración."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimando la excepción de cosa juzgada alegada por la Excm. Diputación demandada y desestimando la demanda formulada por Prudencio, Luis María, Aureliano, Evaristo, Lázaro, Secundino, Camino, Justa, Cesareo, Gumersindo, Obdulio, David, Arsenio, Eutimio, Leopoldo, Vidal, Alfonso, Emiliano, Leon y Teodosio contra CAMINOS JAÉN S.A. y EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE JAÉN, declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva colectiva impugnada y absolvemos a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "**PRIMERO.-** Los actores han venido trabajando como operarios de distinta categoría profesional, en el ramo de la construcción, desde el inicio de su relación laboral, en la creación, reparación y mantenimiento de los caminos rurales, de titularidad municipal, de la Provincia de Jaén. Actividad de la que se encargaba en un principio, de forma directa, la Diputación. Así, fueron dados de alta por la citada Administración Provincial, realizándose unas pruebas selectivas previas a su contratación, salvo los trabajadores Camino, D^a. Justa y D^o. Teodosio, que fueron contratados directamente por el empresa demandada. Posteriormente la Diputación decidió que la prestación de los servicios de ejecución, reparación y mantenimiento de caminos rurales de la Provincia de Jaén se gestionara bajo la fórmula asociativa del Consorcio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley 7/1993, de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía, y, para ello, se constituyeron 8 Consorcios de Caminos Rurales de los que formaban parte la Diputación y distintos municipios agrupados por zonas geográficas de la Provincia de Jaén. De este modo los trabajadores pasaron a depender laboralmente de los Consorcios de Caminos Rurales, en las fechas que constan en los informes de vida laboral. Finalmente, tras la constitución de la Empresa Caminos Jaén S.A., han pasado a depender de ésta, hasta su despido colectivo mediante el ERE cuyo resultado se impugna. **SEGUNDO.-** 1.- La Entidad Caminos Jaén S.A. se constituyó con fecha 11 de Marzo de 1999 ante el Notario D. José María Cano Reverte, al objeto de dar cumplimiento al pliego de condiciones administrativas que han de regir el concurso público para la selección de socio particular para la constitución de una sociedad anónima cuyo objeto social es la prestación de servicios de conservación, reparación mantenimiento y ejecución de caminos rurales y otros de uso público que sean competencia de la Diputación Provincial de Jaén. La actividad social consiste en realizar los trabajos de conformidad con el encargo que se le efectúe desde la Diputación Provincial. Para la realización de esta actividad la Diputación puso a disposición de la Mercantil un parque de maquinaria cuya utilización y explotación debía reservarse, exclusivamente, a los trabajos encargados en el marco de las Encomiendas de gestión efectuadas por los ocho Consorcios de Caminos de Jaén. El domicilio social se encuentra en Plaza de San Francisco nº 2 (Palacio de la Excm. Diputación Provincial de Jaén) siendo su CIF A-23404643. Teniendo su domicilio comercial y oficinas en la calle Ramón de Espantaleón nº 4, 2º de Jaén. 2.- Los servicios de mantenimiento y reparación de los caminos que se venían prestando a través de los Consorcios eran de competencia municipal según el art. 25.2 d) LRBLR. 3.- La Sociedad constituida, Caminos Jaén SL, se obligaba a contratar a todo el personal que prestaba sus servicios en los 8 Consorcios de Caminos de la Provincia de Jaén (art. 2 de los Estatutos Sociales, en adelante E.S). 4.- Se estableció que, una vez expirado el período de duración de la Sociedad (15 años) revertirían a la Diputación de Jaén, en condiciones normales de uso, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios, sin contraprestación por parte de Diputación (art. 4 E.S.). 5.- Las obras a ejecutar por Caminos Jaén S.A. serían aquellas que encargara la Diputación Provincial. 6.- Los precios por la ejecución de los trabajos que realizaba la Sociedad, eran fijados por resolución de la Diputación Provincial de Jaén. 7.- Además la Diputación se reservaba las siguientes facultades específicas: inspección de los servicios en cualquier momento; obligar a la Sociedad a que asegure los medios personales y materiales suficientes a juicio de Diputación; introducir mejoras en las condiciones de prestación del servicio, diferentes a las inicialmente pactadas; posibilidad de aportar el valor de las concesiones de los servicios, debidamente valoradas por la Diputación de Jaén, a efectos de responsabilidad económica en las ampliaciones de capital; el derecho a nombrar un Delegado de la Diputación que ejercería facultades de inspección y vigilancia, etc. (art. 9 E.S.). 8.- Las acciones de la Sociedad constituida se dividieron en "serie A" (20 acciones desembolsadas por Diputación) y "serie B" (30 acciones desembolsadas por los socios del capital privado), estableciéndose que en los cinco últimos años de vida de la Sociedad el número de votos de la Diputación sería el doble de los que correspondían a la proporción del capital por ella aportado. (art. 5 E.S.). 9.-La Diputación, además de los derechos de tanteo y retracto que le



asistían a la misma o a los accionistas de la serie A, la transmisión debía aprobarse con el voto favorable de las tres cuartas partes del número estatutario de votos de la Junta General (art. 7 de los E.S.). Por tanto hacían falta 38 votos para que pudiera obtenerse el citado consentimiento. 10.- En cuanto a la Administración de la Sociedad se estableció que: -El Presidente de la Junta General era el Presidente de la Diputación Provincial (art. 17 E.S.). -El Presidente del Consejo de Administración sería el Presidente de la Diputación Provincial o Diputado en quién delegase. (art. 19 E.S.). -El Presidente del Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de dicho Consejo. (art. 21 E.S.). -El Secretario del Consejo de Administración ha venido siendo, un funcionario (Técnico) de la Diputación Provincial, D. Rafael , Jefe del Servicio de Gestión Económica y Presupuestos, con poderes de la empresa, el cual ha sido designado, también, liquidador de la Sociedad. 11.- Se estableció en los Estatutos la obligación societaria de dotar anualmente un fondo que permita a Diputación la recuperación de las inversiones en activos revertibles en el periodo de vida de Caminos Jaén S.A, estableciéndose además que, en todo caso, expirado el plazo de duración de la Sociedad, revertirán a Diputación todos los bienes, instalaciones y material de servicio en condicione de uso. (Art. 36 ES). 12.- Se estableció un fondo de reserva destinado a amortizar las acciones de la serie B, representativa del capital privado, cuya efectividad y cuantía podría ser acordada por la Junta General; efectividad que habría de tener lugar en su totalidad si se acordara la disolución de la Sociedad, debiendo ser, en este caso, amortizadas dichas acciones con preferencia de otras clases de pasivo, si el citado fondo de reserva resultase insuficiente. 13.- La facturación de la Sociedad por los trabajos realizados iba dirigida a la Diputación la cual abonaba las cantidades correspondientes y las descontaba de las transferencias de fondos que posteriormente hubiera de realizar al Ayuntamiento en cuyo término municipal se hubieran realizado los trabajos de reparación de los caminos rurales. 14.- También correspondía a la Diputación Provincial, una vez concluido el periodo de vida social inicial de 15 años, adoptar el acuerdo de prórroga de la existencia de la Sociedad (art. 4 E.S.). Sin embargo dicho acuerdo para prorrogar la vida de la Sociedad nunca se adoptó. **TERCERO.**- el 17 de marzo de 2014, la Junta de accionista decidió disolver la Sociedad y entrar en liquidación, elevando a público dicha decisión mediante escritura de 2 de junio de 2014. Por escrito de 23 de julio del 2014, fue comunicado al Delegado de Personal, en base a las razones objetivas previstas en los apartados 49.1.g) y artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores . Se comunicaba en el mismo, que a los efectos previstos en el artículo 51.2 del ET con igual fecha se iniciaba la apertura del periodo de consultas, en relación con la medida de despido colectivo al afectar a la totalidad de la plantilla de la Empresa. En fecha 31 de julio de 2014, se entrega, la memoria explicativa de las causas objetivas del despido estableciéndose el numero de trabajadores en plantilla, numero de trabajadores afectados, periodo en que se provee efectuar la medida solicitada aunque sin plazo concreto, causa del cese de actividad, inicio del periodo de consultas relación nominal de trabajadores afectados que coinciden con los trabajadores que han restado servicios en el ultimo año y, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores relación de trabajadores mayores de 55 años. Respecto a este ultimo extremo, se señala que no consta, ni en la documentación de periodo de consultas ni en la comunicación del expediente referencia a las medidas establecidas para la formalización de convenio especial con al Seguridad Social. Igualmente, era enviada el mismo día 31 de julio, copia de dichas comunicación, a la Autoridad laboral. **CUARTO.**- Con fecha 5 de agosto de 2014, se celebro la primeras de las reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Se levanto la oportuna acta, que por obrar a los folios 1150 a 1152, se da por reproducida, donde queda plasmada la exposición, intervenciones y cuestiones planteadas por los asistentes, así como las respuestas dadas por parte de los representantes legales de los Consorcios. **QUINTO.**- Con fecha 12 de agosto de 2014, se celebro una nueva reunión, asistiendo los representante de los trabajadores y de la empresa, y cuyo contenido plasmado en la oportuna acta, que por obrar a los folios 1153 a 1155, se da por reproducido donde se recoge además, de las exposiciones, intervenciones y cuestiones planteadas por los asistentes, las respuestas dadas por parte de los representantes legales de los Consorcios. **SEXTO.**- Con fecha 14 de agosto del 2014, se celebró la última reunión asistiendo igualmente los representantes de los trabajadores y de la empresa, en la que ambas partes ratificándose en lo manifestado en el periodo de consultas y no siendo posible la finalización mediante acuerdo, se da por finalizado el periodo de consultas tras cumplir los 15 días previsto legalmente a tal efecto, y se levanta la sesión y se cierra sin acuerdo, Acta que consta en el folio 1158. **SÉPTIMO.**- La Dirección General de Relaciones Laborales de la Consejería recabó el preceptivo informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y remitió la correspondiente comunicación a la Dirección Provincial de Servicio Publico Estatal. En virtud de la orden de servicio, se emitió con fecha 20 de agosto de 2014 el oportuno Informe de la Inspección de Trabajo, cuyo contenido se da aquí por reproducido, tras una reunión mantenida el día 12 de agosto, con la representación de la empresa y de los trabajadores (folio 1160). **OCTAVO.**- Según resulta de las cuentas anuales (folios 1289 y siguientes), la empresa presente perdidas durante el año 2012 de 72.057,01 ?, durante el año 2013 de 71.350,20 ? y hasta julio de 2014 de 142.686,40 ? (folio 1535)."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de D. Prudencio , D. Luis María , D. Aureliano , D. Evaristo , D. Lázaro , D. Secundino , D^a Camino , D^a Justa ,



D. Cesareo , D. Gumersindo , D. Obdulio , D. David , D. Arsenio , D. Eutimio , D. Leopoldo , D. Vidal , D. Alfonso , D. Emiliano , D. Leon y D. Teodosio , siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y, evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal, se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser íntegramente desestimado, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2015, ante el pleno de la Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, acto que fue suspendido, señalándose nuevamente para votación y fallo la Sala de Pleno del día 20 de enero de 2016, en que tuvo lugar. En dicho acto el Sr. Magistrado ponente manifestó su criterio contrario al parecer de la mayoría, por lo que se ordenó confeccionar la ponencia al Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez, anunciando la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga su propósito de formalizar voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por demanda presentada en 23/09/14, la representación de los trabajadores instó frente a decisión extintiva adoptada en procedimiento de despido colectivo [en adelante, PDC] por la empresa «Camino Jaén, SA» [a partir de ahora, CJ]: a) con carácter principal, partiendo de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, que se declare la nulidad del despido colectivo y se condene a la readmisión de los despedidos a elección de los trabajadores; b) subsidiariamente, bajo el mismo presupuesto de cesión ilegal, que la decisión extintiva se declare no ajustada a derecho y se condene igualmente a la readmisión, conforme elección de los despedidos; y c) en último término, de no acogerse la cesión ilegal, que se declare la nulidad o subsidiariamente no ajustada a derecho la decisión extintiva, «con los efectos inherentes a dicha declaración».

2.- La STSJ Andalucía/Granada 11/12/14 [autos 23/14] desestimó la demanda y declaró ajustada a derecho la extinción colectiva acordada e impugnada.

3.- Se formula recurso de casación con tres motivos en los que se solicitan -al amparo del art. 207.d) LRJS -adiciones de diversos párrafos -posteriormente se precisarán- a los ordinales segundo, sexto y octavo. Y con la cobertura procesal del art. 207.e) LRJS el recurso articula tres motivos, en los que denuncia las infracciones normativas que siguen:

a).- Por considerar que la verdadera empleadora era la Diputación Provincial [DP, en adelante] y dando por acreditada la existencia de cesión ilegal de trabajadores, el recurso refiere vulneración del art. 48.3 ET , en relación -entre otras- con las SSTS 03/10/05 [rec. 3911/04] y 14/03/06 [rec. 66/05].

b).- Defendiendo la existencia de fraude de ley ya en la constitución de la sociedad CJ, afirma la recurrente que se ha conculcado el art. 6.4 CC , en relación con los arts. 1 , 4 , 5 y 43.3 ET , en relación con las SSTS 17/02/14 [rec. 142/13] y 17/02/14 [143/13].

c).- Manteniendo falta de negociación en el periodo de consultas, se denuncia igualmente la vulneración del art. 124.11 LRJS , en relación con la STS 01/03/01 [rec. 2019/00] y la STC 107/2000 .

SEGUNDO.- 1.- Con la primera de las revisiones se pretende que en el ordinal segundo de los HDP se añada -con pretensión acreditativa de «confusión patrimonial»- un nuevo apartado -el «15»- expresivo de que «La sociedad Camino Jaén SA nunca abonó durante los 15 años de su vida social el canon que se había establecido por el uso de la maquinaria cedida por la Diputación Provincial que, a su vez, nunca fue reclamado por dicha Administración Provincial. Por otra parte, a lo largo de los años Camino Jaén llevó a cabo trabajos encargados por la Diputación por importe de 403.891,57 ? que no facturó hasta el año 2014, cuando ya estaban prescritos y otros trabajos por importe de 538.331,04 ? que nunca llegó a facturar».

En apoyo de ella se invocan los folios 402 a 412, 434 a 443 y 1534, documentos que nos llevan a que la variación fáctica propuesta sea aceptada tan solo en parte, porque de un lado hemos de excluir su último apartado [«cuando ya estaban prescritos y otros trabajos por importe de 538.331,04 ? que nunca llegó a facturar»]; y de otro, procede sustituir la expresión «no se facturó hasta el año 2014» por la más precisa -y correcta- de que «se hallaba reconocida y pendiente de pago en 2014», tal como atinadamente observa el Ministerio Fiscal. Y en justificación de ello hemos de decir: a) el texto acogido tiene acreditación literosuficiente en el informe -folios 409 a 412- del Director del Área de Economía y Hacienda de la DP demandada; y b) el texto rechazado ha de serlo, porque en parte hace referencia a una calificación jurídica -prescripción de los créditos- de inaceptable constancia en el relato fáctico [entre las recientes, SSTS SG 18/07/14 -rco 11/13 -; SG 22/12/14 -rco 147/14 -; y SG 16/07/15 -rco 180/14 -] y en parte -deuda de 533.698,77 ?- porque ni la documental resulta literosuficiente para el texto que se propone ni cabe -en este trámite- invocar con cualidad revisoria un informe pericial [por ejemplo, SSTS SG 29/09/14 -rco 305/13 -, FJ 3.2 ; SG 20/05/15 -rco 251/14 -; y 12/11/15 -rco 182/14 -], como



tampoco es hacedero llegar a la conclusión pretendida por la vía de conjeturas, razonamientos o hipótesis [por ejemplo, SSSTS 26/05/09 -rco 108/08-; 19/06/12 -rco 210/11-; y 25/03/14 -rco 103/13-].

2.- En la segunda revisión fáctica -orientada a demostrar falta de buena fe en la negociación- se solicita que el sexto de los HDP, que complementa con párrafo indicativo de que «A lo largo del proceso de negociación únicamente se ofreció por la empresa Caminos Jaén la extinción de todos los contratos de trabajo con indemnización de 20 días de salario por año de servicio, sin que se pudiera de manifiesto por la empresa demandada ninguna propuesta distinta de la disolución y liquidación de la Sociedad, en consonancia con la decisión adoptada por la Junta de Accionistas de Caminos Jaén el día 17 de marzo de 2014. Al mismo tiempo que se tramitaba el ERE, durante el mes de Julio de 2014, se llevó a cabo la disolución de todos los Consorcios de Caminos Rurales de la Provincia de Jaén».

Se pretende justificar la variación propuesta en los documentos que figuran como folios 128 a 130, 1499 a 1502, 1139 a 1142 y 1424 a 1431. Pero ha de ser rechazada en su integridad, habida cuenta de que los documentos invocados al efectos no solamente carecen de la exigible literosuficiencia, en tanto que por sí mismos no acreditan directamente la referida conclusión, en ninguno de los dos aspectos a que el texto se refiere [inexistencia de propuestas; disolución de los Consorcios], sino que el mismo aparece contradicho por otros elementos probatorios - art. 207.d) LRJS - [en concreto, el Acta de 12/08/14: «Los liquidadores manifiestan su voluntad de acometer ... acciones alternativas que permitan la recolocación de los trabajadores...»] y en todo caso -como razonaremos posteriormente- el texto que se propone carecería de la adecuada trascendencia que justificase su incorporación al relato factual [recientes, SSSTS SG 24/09/15 - rco 309/14 -; SG 20/10/15 - rco 172/14 -; y 12/11/15 -rco 182/14 -].

3.- La última de las revisiones propuestas -relativa a la situación económica de la empresa- interesa incorporar al octavo ordinal del relato de hechos, referencia a que «Si bien el Consejo de Administración ha formulado las cuentas anuales de 2013 bajo el principio de la empresa en funcionamiento, al estimar que puede obtener la contratación de obras con la Diputación Provincial de Jaén en importe suficiente para el ejercicio 2014 y siguientes para el mantenimiento de empleo y continuidad de la sociedad».

Como cobertura probatoria del texto que se propone, el recurso invoca Los documentos que figuran como folios 1312 a 1349, el informe pericial obrante a los folios 1456 a 183, y los folios 1532 a 1435 y 1446 a 1453. Propuesta que tampoco podemos aceptar, porque: a) ya hemos destacado que la prueba pericial no está contemplada en el art. 207.d) LRJS como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación [art. 193.b), aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" [aparte de las citadas más arriba, SSSTS SG 29/09/14 -rco 305/13 -, FJ 3.2 ; SG 20/05/15 - rco 251/14 -; y 12/11/15 -rco 182/14 -]; b) la cita de un bloque de 76 documentos no es acorde a las exigencias de la revisión probatoria en este trámite extraordinario, pues conforme a doctrina reiterada de la Sala «la cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a los efectos del recurso de casación», porque «el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora...; esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone» [en tal sentido, SSSTS 03/05/01 -rco 1434/00 -; y 12/02/13 -rco 254/11 -]; y c) en todo caso, tampoco el planteamiento fáctico pretendido afectaría al sentido del fallo y su intrascendencia -como se verá- obstaría la incorporación pretendida.

TERCERO.- 1.- Antes de proceder al examen de las tres denuncias normativas se impone, a los efectos de una más adecuada explicación de nuestro criterio, hacer un sucinto resumen de los datos de hecho acreditados y sometidos a su calificación jurídica.

2.- La mayoría de los actores -trabajadores fijos discontinuos- iniciaron prestación de servicios para la DP de Jaén entre 1992 y 1996, siendo su cometido la creación reparación y mantenimiento de los caminos rurales de titularidad municipal. Posteriormente pasaron a prestarlos bajo la fórmula asociativa de «Consortios de Caminos Rurales», integrado por la DP y los distintos Municipios. Y en 11/03/99 se constituyó la empresa CJ, de composición mixta [DP/capital privado].

3.- Son prescripciones destacables de los Estatutos Sociales de la sociedad demandada los siguientes:

a).- La actividad social sería la encargada por la DP y más en concreto las encomiendas de gestión efectuadas por los Consortios de Caminos de Jaén, a cuyo efecto la DP puso a disposición de la Sociedad constituida un parque de maquinaria que habría de revertir a la DP -en condiciones normales de uso- expirado el plazo previsto de duración de la Sociedad [15 años].



- b).- La Sociedad se obligaba a contratar -como realmente hizo- a todo el personal de los referidos Consorcios.
- c).- La DP se reservaba -entre otras- las siguientes facultades: fijar los precios de la ejecución a realizar; obligar a la Sociedad a asegurar convenientemente los medios materiales y personales; inspección y vigilancia de los servicios, pudiendo al efecto nombrar un Delegado de la DP que realizase tal cometido.
- d).- Aunque las acciones desembolsadas por la DP eran inferiores al capital privado, el número de votos que se atribuían a la Administración era el doble de su proporción al capital, por lo que ostentaba la mayoría.
- e).- La Junta General era presidida por el Presidente de la DP; y asimismo éste -o un Diputado provincial en quien delegase- presidía el Consejero de Administración, habiendo ejercido como Secretario del mismo un funcionario técnico de la DP.
- f).- Se previó un periodo de vida social por 15 años, aunque la DP se reservó la posibilidad de acordar su prórroga.

4.- Son igualmente datos a tener en cuenta -de entre los declarados probados- los que a continuación indicamos:

- a).- La facturación de la Sociedad iba dirigida a la DP, que abonaba las cantidades correspondientes y las descontaba de las transferencias de fondos a realizar a los Ayuntamientos en los que se hubieran realizados los trabajos de reparación de caminos rurales.
- b).- Tal como aceptamos añadir en el apartado revisorio, la Sociedad no llegó a abonar canon alguno a la DP por el uso de la maquinaria cedida, y en 2014 la Administración provincial adeudaba a CJ -con reconocimiento extrajudicial- trabajos por importe de 403.891,57 ?.
- c).- En 02/06/14 se elevó a escritura pública acuerdo adoptado por la Junta General en 17/03/14, de disolver la Sociedad y entrar en liquidación.
- d).- En 23/07/14 se comunica a la RLT el inicio de PDC, por las causas de los arts. 49.1.g) y 51 ET, con entrega de la Memoria Explicativa y documentación correspondiente [31/07], celebrándose las preceptivas reuniones los días 5, 12 y 14/Agosto, día en el que se cierra la sesión sin acuerdo y se levanta acta.
- e).- La Sociedad ha presentado pérdidas de 72.057,01 ? en 2012, 71.350,20 ? en 2013 y de 142.686,40 ? hasta Julio/2014.

CUARTO.- 1.- Como más arriba indicamos, el primer motivo de examen del Derecho aplicado se concreta en denunciar que la decisión recurrida incurrió en vulneración del art. 48.3 ET, con el argumento -reproduciendo literalmente la demanda- de que como la DP «resulta ser la auténtica empleadora», por lo que «el ERE tramitado se encuentra viciado de nulidad, porque no cabe considerar ... que la supuesta situación de crisis existente en la empresa interpuesta justifique la extinción de todos los contratos de trabajo, debiendo producirse, para subsanar dicho fraude de ley, la readmisión de los trabajadores en la empresa que ellos elijan, a tenor de lo establecido en el art. 43.4 ET»; planteamiento basado en las afirmaciones de que la Sociedad «estaba promovida, dirigida, controlada y financiada» por la DP, que no sólo era «destinataria del servicios y del fruto del trabajo realizado», sino que «decidió la liquidación... de carácter meramente instrumental, para prestar el mismo servicio que la Diputación llevaba a cabo con anterioridad, de forma directa primero, a través de los Consorcios después y finalmente mediante la Sociedad codemandada interpuesta».

2.- La contestación a tal denuncia ha de partir del propio concepto de cesión ilegal, no definida en el art. 43 ET, pero que la doctrina de la Sala caracteriza afirmando que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal [SSTS 21/03/97 -rcud 3211/96-; ... 15/02/11 -rcud 2123/10-; y 21/02/11 -rcud 1645/19-].

Asimismo hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS 19/01/94 -rcud 3400/92-; ... 19/06/12 -rcud 2200/11-; y 11/07/12 -rcud 1591/11-). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, «es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio» [entre las modernas, SSTS 17/12/10 -rcud 1655/10-; ... 02/06/11 -rcud 1812/10-; y 11/07/12 -rcud 1591/11-].



3.- Ahora bien, esta legalidad y doctrina laboral no puede cuestionar -ni dejar sin efecto, obviamente- la realidad normativa que en el ámbito del Derecho Administrativo desarrolla la gestión de los servicios públicos, en cuyo ámbito local -conforme al art. 85.2 LRBRL, en redacción dada por la Ley 57/2003, de 16/Diciembre-, los servicios públicos podrán llevarse a cabo mediante «gestión directa» [a) por la propia entidad local; b) por Organismo autónomo local; c) por Entidad pública empresarial local; y d) por sociedad mercantil con capital social íntegramente público] o por «gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos»; materia que primeramente regulaba el art. 156 TRLCAP [Real Decreto legislativo 2/2000, de 16/Junio, de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], posteriormente pasó a hacerse el art. 253 de la LCSP [Ley 30/2007, de 30/Octubre, de Contratos del Sector Público] y que en la actualidad contempla el vigente art. 277 del TRLCSP [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público], estableciendo como «modalidades» de la contratación de la gestión de los servicios públicos, aparte de otras [concesión; gestión interesada; concierto], precisamente la «Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

QUINTO.- 1.- De esta forma procede rechazar la existencia de una material cesión ilegal de trabajadores. Y ello es así, porque CJ posee organización e infraestructura propias, sus trabajadores permanezcan en el círculo organizativo y directivo de la sociedad y no hay confusión alguna de actividades o de prestación de servicios con los empleados de la DP. Realidad empresarial no empañada por el hecho de que: a) la actividad a realizar sea encomendada por la DP y se corresponda con cometidos de esta última como Administración Pública; b) los medios materiales utilizados sean asimismo de propiedad pública; y c) la DP se haya reservado un importante papel en su máxima dirección y señaladas funciones de inspección y control.

2.- En justificación de nuestras anteriores afirmaciones debemos hacer algunas precisiones aclaratorias:

a).- Señalemos que la naturaleza pública de la actividad y su concreta fijación por la DP no son sino consecuencia de que estamos en presencia -como indicamos más arriba- de la gestión de un servicio público en su modalidad «indirecta» y a través de empresa mixta; gestión que en su desarrollo por fuerza ha de ser concretada por la Administración pública titular del servicio.

b).- Indiquemos también que la propiedad de los medios de producción corresponda a la DP no excluye la realidad empresarial de la sociedad demandada, pues como hemos señalado en reiteradas ocasiones [así, recientemente SSTs 04/04/14 -rc 132/13-, asunto «Iberia Express»; y SG 20/10/15 -rc 172/14 -FJ 5.1.b), asunto «Tragsa»], no comporta patología alguna determinante de «confusión patrimonial» la utilización de infraestructura o medios de producción ajenos o comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso; y con mayor motivo cuando la cesión de bienes para el desarrollo del servicio público está contemplada legal y estatutariamente.

c).- Observemos que la circunstancia de que la DP no hubiese adoptado acuerdo para prorrogar la vida de la sociedad una vez transcurridos los 15 años estatutariamente previstos, en manera alguna puede atribuirse a una defraudatoria voluntad, pues la referida prórroga era una mera posibilidad prevista estatutariamente frente a la vigencia inicialmente pactada [art. 4 ES], que en pura lógica empresarial únicamente procedería habría de actuar en supuestos de exitosa gestión del servicio público, pero que -ello es obvio- por fuerza habría de excluirse cuando la misma hubiese fracasado [como era el caso de CJ, con acusadas pérdidas].

d).- Destaquemos, finalmente, que las prerrogativas con que cuenta la Administración Pública en el ámbito de la contratación administrativa, desconocidas en la contratación privada, son una manifestación de la potestad general de autotutela que se le atribuye en aras de una mejor protección del interés público, trayendo causa en la Ley que no en el contrato, por lo que no son expresión de un derecho subjetivo contractualmente reconocido sino de una potestad atribuida «ex lege», precisamente para atender la finalidad de conseguir una mejor satisfacción de los intereses públicos, comprendiendo tales prerrogativas -víd. DCE 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público- tanto el «ius variandi» negocial [interpretación, modificación y resolución del contrato: arts. 210, 220, 230 TRLCSP], como la inspección, vigilancia y control de la actividad a realizar; recordemos, a estos efectos, la previsión contenida en el art. 279.2 TRLCSP y expresiva de que «[e]n todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate».

Es más, se admite en doctrina la constitucionalidad de la llamada «huida» del Derecho Público al Derecho Privado usando la técnica de persona jurídicas instrumentales [utilización por la AP de las formas del ordenamiento privado], pero siempre que no se transgredan ni la garantía institucional de la AP ni la reserva exclusiva de ésta respecto de las actividades de dirección, instrucciones y policía, que comporten el necesario control de la gestión de los servicios públicos.



3.- En definitiva, como destaca con acierto el razonado estudio del ministerio Fiscal, «[n]o puede fundarse la cesión ilegal... en que CJ realizara las obras que le encargaba la Diputación, o que los precios era fijados por dicha Diputación, ni que se reservaba facultades específicas... ni, en fin, cualesquiera de las condiciones establecidas en el pliego de condición del servicio, pues son condiciones propias de la encomienda de un servicio público y más en supuestos de empresas mixtas... ». A lo que añadir la consideración de que en la presente litis no estamos en presencia de aquellos supuestos en lo que al amparo de las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, realmente se llevaba a cabo la dirección directa y exclusiva de la prestación del trabajo por parte de un Ayuntamiento [SSTS 17/12/10 -rcud 1647/10 -; ... 04/05/11 -rcud 1674/10 -; y 11/05/11 -rcud 2096/10 -].

SEXTO.- Las precedentes afirmaciones, sin embargo, parece que pudieran tener mácula en la adición que hemos aceptado -vía revisoria-, de incorporar un apartado 15 al segundo de los HDP, relativo al impago del canon debido a la DP por el uso de los diversos materiales puestos a disposición de la sociedad y al débito por parte de la DP -todavía en 2014- de facturas por importe de 403.891,57 euros. Afirmación que a falta de una explicación que no consta, bien pudiera entenderse -como afirma el Ministerio Fiscal-, la primera como una «desidia por parte de la Diputación» o una suerte de mayor aportación para la mejor gestión del servicio público, al objeto de no «causar o incrementar un déficit en los resultados de una empresa que tenía por objetivo real un servicio público»; y la segunda, no sólo como manifestación de esa misma desidia, pero en este caso por parte de CJ, sino que incluso pudiera entenderse como una singular contrapartida frente a la benevolencia de la DP en orden al pago -no abonado- del canon. En todo caso, esa falta de explicación no se nos presenta con entidad suficiente como para ella deducir -además de una deficiente o singular gestión empresarial- la pretendida cesión ilegal de trabajadores.

SÉPTIMO.- La ya referida forma -tan legal como usual- de gestionar servicios públicos mediante sociedades mixtas determina que rechazemos la segunda de las denuncias, que se hubiese conculcado el art. 6.4 CC , en relación con los arts. 1 , 4 , 5 y 43.3 ET , en relación -igualmente- con las SSTS 17/02/14 [rec. 142/13] y 17/02/14 [143/13]. Y sobre la que dice el recurso que la sociedad CJ fue constituida en fraude de ley y al objeto de que la relación laboral real con los trabajadores accionantes no coincidiese con la formal, evitando así toda responsabilidad en orden a las garantías que a tales empleados le correspondían, siendo prueba de ello -se dice- la expresa fijación de 15 años de vida social.

Sobre este aspecto -fraude en la constitución de la sociedad mixta- cumple indicar:

a).- Si bien no son ajenos a la casuística judicial pluralidad de supuestos en los que las Administraciones Públicas incurren objetivamente en fraude de Ley, de todas formas está privado de todo soporte documental e incluso argumental de mínima solidez que la Diputación Provincial pudiera haber constituido la sociedad mixta, no con la legal intención de gestionar el servicio público en una modalidad reglamentaria de gestión indirecta, sino con el propósito torticero de que en un lejano futuro -al cabo de quince años- no le alcanzasen determinadas consecuencias laborales.

b).- Destaquemos, además, que la sociedad no se constituye como pública, que obviamente facilitaría -por ser una sola la voluntad- el elemento intencional ese alegado fraude, sino como mixta y además con mayoría de capital privado [30 acciones de «serie A» -privada-, frente a las 20 acciones de «Serie B» -pública], en la que el doloso ánimo habría de estar -lo que es ciertamente fantasioso- tanto en la DP como en los accionistas privados. Y

c).- En todo caso, la pretensión de que la expresa fijación de 15 años de vida social estuviese viciada -como se afirma- por ánimo defraudatorio, no sólo carece - como dijimos- de todo apoyo probatorio o argumental de elemental consistencia, sino que además desconoce que se trataba de gestionar un servicio público y que respecto del mismo dispone el art. 278 TRLCSP: «El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto... »; aparte de que en justificación de la temporalidad fijada ha de decirse que ni tan siquiera se hubiera presentado razonable no poner cautela temporal a una gestión cuyo éxito y conveniencia mal podían aventurarse ilimitados en el tiempo.

OCTAVO.- 1.- En el último de los motivos destinados al examen del Derecho aplicado, el recurso mantiene -alegando supuesta infracción del art. 124.11. LRJS - que en el PDC faltó una verdadera negociación, porque -se argumenta- «no sólo entendemos que se han eludido los trámites legales de la negociación, sino que ni tan siquiera ha existido la misma, todo ello debido a la postura inflexible de la demandada ... sin duda propiciada por el cumplimiento del objetivo último de la estrategia previamente establecida que ... consistía en extinguir la relación laboral con el mínimo coste económico y sin responsabilidad de la» DP.

2.- Señalemos, en primer término, que la regla contenida en el art. 51.2 ET [«... durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»] ofrece innegable



generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo, pero en la configuración de tal obligación «no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial» (SSTS -todas de Pleno-27/05/13 -rco 78/12-, asunto «Aserpal »; ... 20/10/15 -rco 181/14-, asunto «GEA 21 SA »; y 23/10/15 -rco 169/14-, asunto «Torraspapel, SA »).

3.- De otra parte, aunque la proyección del deber de buena fe sobre el curso de las negociaciones por fuerza ha de ofrecer un casuismo que dificulta notablemente las formulaciones generales, la Sala -tanto en procesos de despido colectivo como de MSCT- ha efectuado algunas declaraciones que nos han de servir de orientación en el caso. Singularmente: a) que en «el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, mas tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información» [SSTS 30/06/11 -rco 173/10 -; 26/03 / 14 -rco 158/13 -; y 22/12/14 -rco 185/14 -]; b) que «configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones» [SSTS 18/02/14 -rco 74/13 -; 21/05/14 -rco 249/13 -; y 24/09/15 -rco 41/15 -]; c) que la carencia de buena fe que está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas, por lo que la mala fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones [diez] y hay variación sobre las iniciales propuestas de la empresa [STS 21/05/14 -rco 249/13 -]; y d) por el contrario, ha de apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio [SSTS 20/03/13 -rco 81/12 -; 21/05/14 -rco 162/13 -; y 22/12/14 -rco 185/14 -] (SSTS -todas de Pleno- 16/07/15 -rco 180/14-, asunto «HP »; 16/09/15 -rco 230/14-, asunto «Recuperación Materiales Diversos, SA »; 29/09/15 -rco 1/15-, asunto «Montajes Elementos de Calderería, SL »; 20/10/15 -rco 181/14-, asunto «GEA 21 SA »; y 23/10/15 -rco 169/14-, asunto «Torraspapel, SA »).

4.- Aplicada la doctrina de la Sala al debate de autos, se impone el rechazo de la infracción denunciada:

a).- En primer lugar, porque aquellas afirmaciones respecto de que «se han eludido los trámites legales de la negociación» y de que la postura «inflexible» de la empresa obedecía a su designio defraudador, en manera alguna se corresponde con los inmodificados HDP, por lo que con ellas se incurre por el recurrente en el vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (recientes, SSTS 02/02/15 -rco 279/13 -; 30/06/15 -rcud 854/14 -; y 23/10/15 -rco 169/14 -);

b).- En segundo término, por lo que atañe la imputada falta de voluntad negociadora, es de observar -como detalladamente expone el Ministerio Fiscal- que no se corresponde con el contenido de las actas a que se remiten los ordinales Cuarto, Quinto y Sexto de la sentencia recurrida, puesto que en la reunión del día 5 se discutió la situación económica y se habló de la documentación aportada y de otra que se solicita; en la del día 12, la RLT se limita a preguntar si CJ si va a proponer solución alternativa a la extinción de todos los contratos o propuesta económica que mejore el importe legal, obteniendo como respuesta que la situación económica no permite mejorar la propuesta inicial, aunque se expresa la voluntad de acometer -con cargo a recursos sociales o mediante convenio con terceros- acciones formativas orientadas a la recolocación; y en la del día 14 únicamente se hace constar la entrega de un informe e incidencias relativas al mismo.

c).- Así las cosas resulta claro, de un lado que la RLT no formula propuesta alguna y se limita a inquirir de CJ si tiene prevista alguna alternativa; de otro, que la empresa únicamente admite -sin concretarse por ella ni requerirse por la parte social- la posibilidad de llevar a cabo acciones formativas, sin que la empleadora las concrete en las negociaciones ni la parte social requiera su concreción; y en todo caso, que CJ excluye limitar las extinciones contractuales o mejoras indemnizatorias, en atención a la extinción de la sociedad y a su situación económica. Con lo que nos hallamos en una situación en que -como razona la decisión recurrida y reitera el Ministerio Fiscal- la disolución de la sociedad impide ofrecer alternativas distintas al despido de toda la plantilla, y la situación económica negativa también dificulta en grado sumo aumentar el montante indemnizatorio. Situación que nos permite recordar -y aplicar- precedente de esta Sala en el que manifestamos que «dada la grave situación económica de la empresa ... [ésta] no tenía posibilidad real de ofrecer otras alternativas más favorables a los trabajadores, por lo que no cabe calificar de mala fe el que no formulara



propuestas que mejoraran las iniciales ofrecidas en el periodo de consultas» [así, la ya citada STS 20/10/15 -rco 181/14-, asunto «GEA 21 SA»].

NOVENO.- 1.- Habida cuenta del valor complementario del ordenamiento jurídico que corresponde a la doctrina jurisprudencial [art. 1.6 CC], la Sala echa en falta en el presente debate un tema de innegable interés y sobre el que -por ello- no procede efectuar consideración alguna, y es el relativo a la posible incidencia que hubieran podido tener -en manera alguna afirmamos- tanto la legal reversión del servicio público encomendado a la sociedad mixta [art. 283 TRLCSP] cuanto la estatutaria devolución de «todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios » [art. 4 Estatutos Sociales], en orden a una no menos hipotética aplicación del art. 44 ET que -en su caso- hubiese podido entenderse abortada por el PDC de autos, en términos que guardarían similitud con los supuestos examinados por esta Sala en los muy numerosos despidos colectivos de los «Consortios UTEDLT» de Andalucía -también- [SSTS SG 17/02/14 -rco 142/13 -; SG 17/02/14 -rco 143/13 -; ... 05/02/15 -rco 259/13 -]. Y no hemos de hacer consideración alguna al respecto, más que resaltar la conveniencia de que hubiera sido planteada la cuestión, para de esta forma ofrecer una más adecuada -cuando menos, por completa- respuesta a la situación enjuiciada, siendo así que el recurso de casación es un recurso extraordinario y por ello la Sala está vinculada a los concretos motivos formulados en el mismo y sólo puede conocer posibles infracciones en la medida en que hayan sido propuestas por el recurso, de forma que -a diferencia de lo que ocurre en la instancia, donde rige el principio «iura novit curia», la Sala de casación «ha de limitarse única y exclusivamente a examinar las vulneraciones normativas que expresamente hayan sido denunciadas por la recurrente» [reiterando criterio muy consolidado, SSTS 02/12/13 -rcud 3278/12 -; 29/04/14 -rco 197/13 -; y 02/07/14 -rco 241/13 -].

2.- De otra parte también hemos de hacer otra observación, siquiera tampoco trascienda al resultado de la litis y únicamente lo destaquemos a efectos de mantener la ortodoxia procesal, cual es que la demanda no solo fue formulada por quien ostentaba legitimación para ello -el Sr. Prudencio , Delegado de Personal-, sino que también fue interpuesta por los trabajadores individualmente considerados, quienes carecían de toda aptitud procesal al respecto, pues tal como indicado en diversas ocasiones, dado que en los procesos colectivos el objeto de debate ofrece un interés general que afecta a un colectivo de trabajadores, la legitimación únicamente se confiere a entes colectivos o de dimensión colectiva, sin que sea posible el acceso al proceso del art. 124 LRJS a los trabajadores individuales [entre tantas, SSTS -todas ellas de Pleno- 26/12/13 -rco 28/13 -; 22/12/14 -rco 81/14 -; y 23/03/15 -rco 287/14 -], exceptuando de tal regla general tan sólo en supuestos tan singulares como las comisiones «ad hoc» [STS SG 18/03/14 -rco 114/13 -], las comisiones «híbridas» (STS SG 21/04/15 -rco 311/14 -) y el más caso -todavía más extravagante- de la «totalidad de la plantilla», cuando hubiese sido ésta quien impuso ser sujeto de la negociación [STS SG 23/03/15 -rco 287/14 -].

3.- Tras estas accesorias consideraciones y a la vista de las argumentaciones jurídicas que hemos expuesto en los precedentes fundamentos de Derecho, hemos de rechazar en su integridad el recurso formulado, tal como muy fundadamente sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Sin imposición de costas [art. 235.2 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Don Prudencio , Delegado de Personal y a su vez representante legal de los trabajadores Don Luis María , Don Aureliano ... Y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Granada 11/Diciembre/2014 [autos nº 23/14], por la que se había desestimado demanda sobre despido colectivo interpuesta contra «CAMINOS JAÉN, SA» y la Excm. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE JAÉN.

Sin imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa María Virolés Piñol García de la Serrana María Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jesus Souto Prieto Jordi Agustí Julia



Voto particular que formula la Magistrada

Excma. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso de casación **98/2015**, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa María Virolés Piñol y D. Jordi Agusti Julia, De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación **98/2015**. El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas: **PRIMERO.-1.-** Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán. Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección de los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en el ámbito del sector público a los que se da un trato peyorativo respecto a los del sector privado, sin que tal diferencia tenga sustento alguno en la normativa aplicable. **2.-** Estoy totalmente conforme, como no podría ser de otra manera, con las consideraciones que efectúa la sentencia mayoritaria acerca de la gestión de los servicios públicos. En efecto, tal y como recoge dicha sentencia, la realidad normativa, en el ámbito del Derecho Administrativo, establece que la gestión de los servicios públicos en el ámbito local, podrá llevarse a cabo mediante "gestión directa": a) por la propia entidad local; b) por Organismo autónomo local; c) por Entidad pública empresarial local; y d) por sociedad mercantil con capital social íntegramente público o por "gestión indirecta", mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos", artículo 85.2 LRBRL ; materia que, primeramente, regulaba el artículo 156 TRLCAP (Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio , de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), posteriormente se efectuó por el artículo 253 de la LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) y que en la actualidad contempla el vigente artículo 277 del TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) estableciendo como "modalidades" de la contratación de la gestión de los servicios públicos, aparte de otras (concesión; gestión interesada; concierto), precisamente la "Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas". Por lo tanto, en principio, es ajustado a derecho que el servicio de mantenimiento y reparación de los caminos rurales de la provincia de Jaén, competencia municipal, a tenor del artículo 25.2 de la LRJBL, que en un primer momento se prestaba por la Diputación de Jaén y posteriormente bajo la fórmula asociativa de Consorcio - se constituyeron ocho Consorcios de los que formaban parte la Diputación y los distintos Municipios- pasara a prestarse a través de la empresa mixta Caminos Jaén SA. Sin embargo, tal realidad no debe hacernos perder de vista que la Administración Pública sometida, como tal, al principio de legalidad, cuando actúa como empleadora está plenamente sometida al más riguroso respeto a la normativa laboral y entre esa normativa se encuentra el Estatuto de los Trabajadores, en cuyo artículo 3 se establecen las fuentes de la relación laboral. Dicha normativa es plenamente aplicable a los trabajadores del Sector Público que, por el mero hecho de que su empleadora pertenezca a tal sector, no pueden tener un trato menos favorable que el que tendrían si prestaran sus servicios en el ámbito privado, sin que la naturaleza de la empleadora deba comportar una disminución, cuando no supresión, de los derechos que, como tales trabajadores les corresponden, entre ellos, el derecho a la estabilidad en el puesto de trabajo y, en su caso, la identificación del empresario real para el que prestan sus servicios, con la posibilidad de exigir las consiguientes responsabilidades. **3.-** Estoy de acuerdo con la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria -fundamento de derecho quinto. 2 d)- acerca de las prerrogativas reconocidas a la Administración Pública en el ámbito de la contratación administrativa, inexistentes en el ámbito de la contratación privada, como manifestación de la potestad general de autotutela que se le atribuye en aras de una mejor protección del interés público, tal y como razona la sentencia: *"Destaquemos, finalmente, que las prerrogativas con que cuenta la Administración Pública en el ámbito de la contratación administrativa, desconocidas en la contratación privada, son una manifestación de la potestad general de autotutela que se le atribuye en aras de una mejor protección del interés público, trayendo causa en la Ley que no en el contrato, por lo que no son expresión de un derecho subjetivo contractualmente reconocido sino de una potestad atribuida «ex lege», precisamente para atender la finalidad de conseguir una mejor satisfacción de los intereses públicos, comprendiendo tales prerrogativas -víd. DCE 514/2006, relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público- tanto el «ius variandi» negocial [interpretación, modificación y resolución del contrato: arts. 210 , 220 , 230 TRLCSP], como la inspección, vigilancia y control de la actividad a realizar; recordemos, a estos efectos, la previsión contenida en el art. 279.2 TRLCSP y expresiva de que «[e]n todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate»* Tales prerrogativas se reconocen única y exclusivamente en la esfera de la contratación administrativa, no en los supuestos en que la Administración Pública asume el papel de empleadora, en cuyo caso, como se indicó con anterioridad, le es plenamente aplicable la normativa laboral, sin excepción alguna, sin perjuicio de las peculiaridades que puedan existir en determinadas materias recogidas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público. No es ocioso recordar que el artículo 7 de la citada Ley 7/2007 , regulador de la normativa aplicable al personal laboral, dispone: "El personal laboral al



servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan" **SEGUNDO.- 1.-** Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, interesando la adición de un nuevo párrafo al hecho probado segundo. Invocando los documentos obrantes a los folios 402 a 412, 443, 434 a 442 y 1534, interesa que el citado párrafo presente la siguiente redacción: "*La Sociedad Caminos Jaén S.L. nunca abonó durante los 15 años de su vida social el canon que se había establecido por el uso de la maquinaria cedida por Diputación que, a su vez, nunca fue reclamado por dicha Administración Provincial. Por otra parte a lo largo de los años Caminos Jaén llevó a cabo trabajos encargados por Diputación por importe de 403.891,57 ? que no facturo hasta el año 2014, cuando ya estaban prescritos y otros trabajos por importe de 538.331,04 ? que nunca llegó a facturar*". **2.-** Aplicando la doctrina citada en la sentencia mayoritaria a la revisión pretendida, procede aceptar en parte la misma, quedando adicionado al hecho probado segundo el siguiente párrafo: "*La Sociedad Caminos Jaén S.L. nunca abonó durante los 15 años de su vida social el canon que se había establecido por el uso de la maquinaria cedida por Diputación que, a su vez, nunca fue reclamado por dicha Administración Provincial. Por otra parte a lo largo de los años Caminos Jaén llevó a cabo trabajos encargados por Diputación por importe de 403.891,57 ? que no facturo hasta el año 2014*" Tales datos resultan directamente del documento obrante a los folios 409 a 412, firmado por D Bruno , de la Diputación de Jaén, Director del Área de Economía y Hacienda. No procede la adición de los restantes datos pretendidos ya que el consignar, como interesa el recurrente, que las cantidades estaban prescritas, no es un hecho sino una valoración jurídica. En cuanto al dato de que Caminos de Jaén SA realizó trabajos por importe de 538.331,04 E, que nunca llegó a facturar, no resulta directamente de los documentos invocados, sino que hay que acudir a hipótesis, conjeturas y razonamientos. **3. -** No comparto la redacción del hecho probado segundo, que establece la sentencia, en la que se sustituye la redacción propuesta por la parte, en el extremo "*no se facturó hasta el año 2014*" por la de "*se hallaba reconocida y pendiente de pago en 2014*". Tal y como viene proclamando reiterada jurisprudencia (SSTS 28 de mayo de 2013, recurso 5/2012 ; 3 de julio de 2013, recurso 88/2012 y 25 de marzo de 2014, recurso 161/2013) uno de los requisitos para que prospere la revisión del relato de hechos probados es . "*Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos*". Por lo tanto, si se exige a la parte que proponga la concreta redacción que interesa se de al hecho cuya revisión postula, es porque el Tribunal ha de pronunciarse sobre dicho texto, admitiéndolo, rechazando o admitiendo parte de la revisión que se pretende pero, sin que sea admisible, que el Tribunal "reelabore" el texto propuesto, sustituyéndolo, total o parcialmente, por otro, ya que está vedado a la Sala la construcción del recurso. Por otra parte hay que señalar que las recurridas, en su escrito de impugnación del recurso, no han negado la veracidad de los datos que el recurrente pretendía adicionar al hecho probado segundo de la sentencia, se han opuesto a la revisión "por tratarse de un hecho negativo", "se trata de una conclusión a la luz de una serie de documentos" -Excma Diputación de Jaén- "la sentencia ..hace una apreciación conjunta, razonada y objetiva de la documentación aportada por las partes, que podría ser distinta a la que establece la parte recurrente, pero en ningún caso errónea" -Caminos Jaén SA en liquidación- , ni siquiera han apuntado que la redacción pretendida no era del todo ajustada a la realidad, ya que la deuda se hallaba reconocida y pendiente de pago en 2014. A mayor abundamiento, en el escrito de impugnación las recurridas pudieron intentar completar los datos que pretendía adicionar el recurrente, proponiendo, en su caso, rectificación de los hechos, tal y como prevé el artículo 211.1 de la LRJS , no habiendo hecho uso de esta posibilidad ninguna de las recurridas. **TERCERO.-** Estoy de acuerdo con la sentencia mayoritaria en que no procede la revisión de hechos propuesta por el recurrente en el segundo y tercer motivo del recurso, que se refieren a los hechos probados sexto y octavo. **CUARTO.- 1.-** Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el cuarto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, alegando vulneración del artículo 43.3 del ET , en relación con la jurisprudencia del TS contenida, entre otras, en las sentencias de 3/10/2005, recurso 3911/2004 y de 14/3 2006 , recurso 66/2005 . Alega, en esencia, que de la prueba practicada en el presente procedimiento se infiere que era la Excma. Diputación de Jaén quien contrató inicialmente a los trabajadores (previo proceso selectivo) para trabajar en la construcción y reparación de los Caminos Rurales de la Provincia de Jaén; después la Corporación decidió que dichos trabajos se realizaran mediante los Consorcios de Caminos Rurales (también formados por Diputación y los Ayuntamientos) y posteriormente, en 1999 decidió la constitución de Caminos Jaén, S.L. para realizar las mismas funciones que llevaban a cabo los Consorcios, con los mismos trabajadores. Elaboró un pliego de condiciones y unos Estatutos Sociales que le permitían controlar a la Sociedad en los términos que se recogen en los hechos probados de la Sentencia; en virtud de ellos Caminos Jaén, S.L. debía trabajar exclusivamente para la Diputación en la construcción y reparación de los caminos rurales de la Provincia; cedió la maquinaria gratuitamente a la Sociedad constituida. En definitiva, la Sociedad Mercantil no existiría sin la dirección, gestión, control, apoyo material y económico de la Diputación Provincial, que es la auténtica



empleadora, habiéndose producido una forma de cesión ilícita de trabajadores que genera el derecho de estos a ser reincorporados o readmitidos en la Empresa que elijan. Ello supone que la Diputación Provincial es el verdadero empresario por lo que el ERE tramitado se encuentra viciado de nulidad. Este motivo de recurso debió ser estimado, por las razones que a continuación se expondrán. 2.- La sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2011, recurso 1784/2010, se ha pronunciado acerca de la cesión ilegal de trabajadores en los siguientes términos: *"Como es bien sabido, la jurisprudencia de esta Sala Cuarta en la materia es extensísima y puede resumirse así. Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET- y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos -esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente."* Por su parte la sentencia de 4 de marzo de 2011, recurso 3463/2010, ha examinado la existencia de cesión ilegal entre un Ayuntamiento y una empresa, razonando lo siguiente: *"Como se dice, sintetizando esa doctrina, en la última de las sentencias citadas, " ... para que exista la cesión de trabajadores no es preciso que la empresa cedente sea una empresa aparente, pues, a estos efectos, basta que se produzca un fenómeno interpositorio, en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición. De esta forma, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio que no pone en juego su organización empresarial. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores." "En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por la actora se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de asumir formalmente las obligaciones empresariales. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, bajo las instrucciones del personal de aquél y utilizando sus medios. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito". "Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 del Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 de la Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra".* 3.- En el asunto ahora examinado se ha de concluir que estamos en presencia de una cesión de trabajadores, siendo la empresa cedente Caminos Jaén SL y la cesionaria la Excm. Diputación Provincial de Jaén. La empresa cedente es una empresa real, no aparente, legalmente constituida, con personalidad jurídica y organización propia, sin embargo, se aprecia la existencia del fenómeno interpositorio por los datos siguientes: a) La actividad social de Caminos Jaén SL consiste en realizar los trabajos, de conformidad con el encargo que se le efectúe desde la Diputación Provincial, siendo dicha actividad, la creación, reparación y mantenimiento de los caminos rurales de titularidad municipal, de la provincial de Jaén, actividad que es competencia municipal, tal y como resulta del artículo 25.2 de la LRBRL . b) Dicha actividad se realizó inicialmente por la Excm. Diputación de Jaén, posteriormente



bajo la fórmula asociativa del Consorcio y, a partir de 1999, por la empresa Caminos de Jaén SA. c) Los actores han venido desarrollando siempre la misma actividad, inicialmente contratados por la Excma. Diputación de Jaén, posteriormente pasaron al respectivo Consorcio y, finalmente, a la empresa Caminos Jaén SA. d) El domicilio social de Caminos Jaén SA es el mismo que el de la Excma. Diputación de Jaén. e) La Diputación puso a disposición de la Mercantil un parque de maquinaria, cuya utilización y explotación debía reservarse, exclusivamente, a los trabajos encargados en el marco de las Encomiendas de gestión efectuadas por los ocho Consorcios de Caminos de Jaén. f) La Sociedad Caminos Jaén SL, se obligaba a contratar a todo el personal que prestaba sus servicios en los 8 Consorcios de Caminos de la Provincia de Jaén. g) Se estableció en los Estatutos de Caminos Jaén SA que, una vez expirado el período de duración de la Sociedad (15 años), revertirían a la Diputación de Jaén, en condiciones normales de uso, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios, sin contraprestación por parte de Diputación. h) Las obras a ejecutar por Caminos Jaén SA serían aquellas que encargara la Diputación Provincial que, unilateralmente, fijaba los precios por la ejecución de dichos trabajos. i) La Diputación tenía las siguientes facultades en relación con la actividad de Caminos Jaén SA: inspección de los servicios en cualquier momento; obligar a la Sociedad a que asegure los medios personales y materiales suficientes a juicio de Diputación; introducir mejoras en las condiciones de prestación del servicio, diferentes a las inicialmente pactadas; el derecho a nombrar un Delegado de la Diputación que ejercería facultades de inspección y vigilancia para el control interno sobre los órganos gestores de la sociedad; la posibilidad de aportar el valor de las concesiones o Encomiendas de los servicios, debidamente valoradas por la Diputación de Jaén, a efectos de responsabilidad económica en las ampliaciones de capital que, en cada caso resulten precisas para la prestación de cada uno de los servicios que la Diputación de Jaén encargue o encomiende a la Sociedad. j) La facturación de la Sociedad por los trabajos realizados iba dirigida a la Diputación, la cual abonaba las cantidades correspondientes y las descontaba de las transferencias de fondos que posteriormente hubiera de realizar al Ayuntamiento en cuyo término municipal se hubieran realizado los trabajos de reparación de los caminos rurales. l) La Administración de la Sociedad era la siguiente: -El Presidente de la Junta General era el Presidente de la Diputación Provincial. -El Presidente del Consejo de Administración era el Presidente de la Diputación Provincial o Diputado en quién delegase. -El Presidente del Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de dicho Consejo.. -El Secretario del Consejo de Administración ha venido siendo, un funcionario (Técnico) de la Diputación Provincial, D. Rafael , Jefe del Servicio de Gestión Económica y Presupuestos, con poderes de la empresa, el cual ha sido designado, también, liquidador de la Sociedad. k) Las acciones de la Sociedad constituida estaban divididas en "serie A" (20 acciones desembolsadas por Diputación) y "serie B" (30 acciones desembolsadas por los socios del capital privado), estableciéndose que en los cinco últimos años de vida de la Sociedad el número de votos de la Diputación sería el doble de los que correspondían a la proporción del capital por ella aportado. La Diputación tenía derecho de tanteo y retracto, que también asistían a los accionistas de la serie A. La transmisión debía aprobarse con el voto favorable de las tres cuartas partes del número estatutario de votos de la Junta General, por lo que hacían falta 38 votos para que pudiera obtenerse el citado consentimiento. La Diputación tenía 40 votos en los últimos cinco años. l) Se estableció en los Estatutos la obligación societaria de dotar anualmente un fondo que permita a la Diputación la recuperación de las inversiones en activos revertibles en el periodo de vida de Caminos Jaén SA m) Correspondía a la Diputación Provincial, una vez concluido el periodo de vida social inicial de 15 años, adoptar el acuerdo de prórroga de la existencia de la Sociedad, acuerdo que no adoptó, habiéndose acordado, por el contrario, por la Junta de accionistas, la disolución de la Sociedad el 17 de marzo de 2014. n) Caminos Jaén SA nunca abonó durante los quince años de su vida societaria, el canon establecido por la cesión de maquinaria efectuada por la Diputación, sin que ésta formulase reclamación alguna del mismo. ñ) A lo largo de los años Caminos Jaén SA realizó trabajos encargados por la Diputación, por importe de 403.891, 57 E, que no reclamó hasta el año 2014. Todos estos datos en suma, revelan la existencia de una cesión ilegal manifestada, en esencia, en_ - La actividad desarrollada por la empresa, idéntica a la que realizaba, en su día, la Diputación. - El lugar en el que se desarrolla la actividad, caminos rurales de titularidad municipal de la provincia de Jaén, que es el mismo en el que se realizaba el trabajo cuando los trabajadores prestaban servicios para la Diputación. - La prestación de servicios por los veinte trabajadores, inicialmente contratados -excepto tres- por la Diputación, pasando después al Consorcio y, finalmente a Caminos Jaén SA, siendo idéntica la actividad realizada a lo largo de los años; -El domicilio social de Caminos Jaén SA, que es el mismo que el de la Diputación. -Las particulares relaciones existentes entre la Diputación y la mercantil Caminos Jaén SA, a saber, la mercantil realizaba las obras que le encargaba la Diputación, con la maquinaria proporcionada por esta, sin en la práctica abonar cantidad alguna por la maquinaria, con la obligación estatutariamente asumida por parte de la mercantil que, una vez expirado el período de duración de la Sociedad (15 años), revertirían a la Diputación de Jaén, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material integrantes de los servicios, sin contraprestación por parte de Diputación. El precio lo fijaba unilateralmente la Diputación, habiendo realizado trabajos la mercantil a lo largo de los años, por importe de 403.891, 57 E, que no reclamó hasta el año 2014. Los órganos de Administración de Caminos Jaén SA son los mismos que los de la Diputación ya que el Presidente de la Junta General y el del Consejo de Administración es el Presidente de la Diputación y el secretario del citado



Consejo, un funcionario técnico de la Diputación. -El control que ejercía la Diputación sobre la mercantil, a saber, tenía la facultad de acordar la prórroga de la existencia de la Sociedad, una vez concluida la vida social inicial de quince años; tenía la mayoría de los votos, en los últimos cinco años, para la adopción de acuerdos sociales; poseía facultades de inspección de los servicios; en cualquier momento, podía obligar a la mercantil a asegurar los medios personales y materiales, introducir mejoras en las condiciones de prestación del servicio, nombrar un delegado de la Diputación con facultades de inspección y vigilancia para el control interno sobre los órganos gestores de la Sociedad; aportar el valor de las encomiendas de los servicios, a efectos de responsabilidad económica en las ampliaciones de capital. En definitiva, Caminos Jaén SA no es el verdadero empresario ya que, si bien tiene personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la Diputación de Jaén, no tiene una estructura y organización propia y autónoma, encontrándose mediatizada y sometida a las decisiones de esta última concurriendo la circunstancia de que, además de ostentar el Presidente de la Diputación el cargo de Presidente de la Junta General y del Consejo de Administración de la mercantil, la Diputación, no solo decide su situación económica mediante las encomiendas y el precio que unilateralmente fija para las mismas, sino que decide la propia existencia de la Sociedad e interviene en su funcionamiento mediante la inspección de los servicios y el control interno sobre los órganos gestores de la Sociedad, imposición de mejoras... No se opone a tal conclusión el hecho de que los trabajadores perciban sus salarios de Caminos Jaén SA, que figuren en alta en la Seguridad Social a nombre de esta empresa o que la misma les conceda las vacaciones, permisos, ejerza funciones disciplinarias etc.. pues lo cierto es que la Diputación de Jaén ejerce, no solo facultades de dirección, a través del Presidente de la Diputación, -ostenta el cargo de Presidente de la Junta General y del Consejo de Administración de la mercantil- sino también de vigilancia respecto a la prestación de servicios, que van más allá de las que corresponde a la empresa principal respecto a la contrata por ella realizada, como es la inspección de los servicios en cualquier momento; obligar a la Sociedad a que asegure los medios personales y materiales suficientes a juicio de Diputación; introducir mejoras en las condiciones de prestación del servicio, diferentes a las inicialmente pactadas; el derecho a nombrar un Delegado de la Diputación que ejerza facultades de inspección y vigilancia para el control interno sobre los órganos gestores de la sociedad... **QUINTO.-1.-** Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia la parte recurrente, en el quinto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, alegando vulneración del artículo 6.4 del Código Civil, en relación con los artículos 1, 4 y 5 y 43.3 del ET y, en relación con las STS de 17/2/2014, recurso 142/2013 y 143/2013. En esencia alega que la existencia de una Sociedad interpuesta determina evitar la aplicación del bloque normativo regulador de los derechos y obligaciones de toda relación laboral entre quien resulta el auténtico empleador (la Excm. Diputación Provincial de Jaén) y los trabajadores que desarrollan la actividad de construcción, reparación y mantenimiento de los caminos rurales de titularidad municipal, de la provincial de Jaén, constituyendo un fraude de ley la constitución de la mercantil Caminos Jaén SA, fraude que se pone de manifiesto cuando la junta de accionistas de dicha mercantil, compuesta de forma mayoritaria por la Excm. Diputación Provincial de Jaén decide en la Junta General de 17 de marzo de 2014 poner fin a la vida de la sociedad sin asumir ninguna responsabilidad respecto a los trabajadores, de forma que fuera Caminos Jaén SA el que asumiera las consecuencias del despido. Este motivo de recurso debió asimismo ser acogido por las razones que, a continuación, se exponen. **2.-** La doctrina unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de mayo de 2009 (rcud 2497/08), que parte del principio básico de que el fraude no se presume sino que ha de probarse en cada caso, acepta, sin embargo, que pueda estimarse acreditado el fraude, no solo sobre pruebas directas sino también sobre la prueba de presunciones, *"En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14-mayo-2008, que "la expresión no presunción del fraude" ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «praesumptio hominis» del art. 1253 CC cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 -rcud 53/05 -; esta última en obiter dicta)".* **3.-** Aplicando la anterior doctrina, se debería haber estimado el motivo formulado. Tal y como ha quedado ampliamente razonado en el precedente fundamento de derecho, la verdadera empleadora es la Excm. Diputación Provincial de Jaén, habiéndose creado una Sociedad instrumental, Caminos Jaén SA, sociedad en principio lícita, tal y como se puso de relieve en el ordinal primero de este voto, pero que pierde dicha licitud cuando el objetivo de su creación es evitar la pervivencia de la relación laboral inicialmente existente entre los trabajadores -excepto tres trabajadores- que hoy prestan servicios a la empresa Caminos Jaén SA y la citada Diputación -la relación laboral con ésta se inició tras la realización de pruebas selectivas previas a la contratación, entre los años 1992 y 1996- siendo la unilateral voluntad de ésta suficiente para extinguir la Sociedad, como así ocurrió el 17 de marzo de 2014, acuerdo elevado a escritura pública el 2 de junio de 2014, que acarreó la apertura del periodo de consultas el 23 de julio de 2014, que culminó con el despido colectivo de toda la plantilla. La existencia de dicha Sociedad permite a la Excm. Diputación de Jaén no asumir



obligación alguna respecto a los trabajadores, ni en cuanto a la continuidad de la relación laboral, ni en cuanto a la procedencia del despido colectivo ni, en su caso, respecto a la indemnización por dicho despido, apareciendo como único empleador Caminos Jaén SA. La situación se oscurece aún más al constatar la elevada suma adeudada por la Diputación a la Mercantil, no reclamada por ésta hasta el año 2014, cuando previsiblemente habían prescrito parte de las cantidades adeudadas y con el hecho de que, extinguida la Sociedad, todas las máquinas, instalaciones, bienes y material de la misma revertirían a la Diputación, sin contraprestación alguna por su parte, lo que, previsiblemente, podría conducir a la Mercantil a una situación de insolvencia, burlando así los derechos de los trabajadores. Tal conducta debió ser calificada de fraudulenta, lo que hubiera conllevado que el despido hubiera sido declarado nulo, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 .11 de la LRJS, condenando solidariamente a las dos demandadas a las consecuencias jurídicas de tal declaración, tal y como ha establecido una constante doctrina de esta Sala, por todas STS de 17 de febrero de 2014, recurso 142/2013 ; 18 de febrero de 2014, recurso 108/2013 : 24 de junio de 2014, recurso 235/2013 referida a la suspensión colectiva de contratos de trabajo y 25 de junio de 2014, recurso 219/2013. **SEXTO.**-- Al haberse estimado los anteriores motivos del recurso, no procede el examen del ordinal sexto del mismo. **SÉPTIMO.** --Estoy de acuerdo con las consideraciones que se contienen en el fundamento de derecho noveno, incisos 1 y 2, de la sentencia mayoritaria de la Sala Añadiría a los razonamientos contenidos en el apartado 1 del citado fundamento de derecho noveno lo siguiente. La sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2012, recurso 917/2011 señala: *"De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur , apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting ; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero ; y 241/2010 , de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines)."; insistiéndose en esta línea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de enero de 2011(asunto C-463/09), en sus apartados 26 y 32"* La sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2014, recurso 219/2013, ha señalado: *"En efecto, lógicamente, es muy difícil que en el ámbito de los Administraciones Públicas, pueda producirse la extinción del contrato de trabajo por esta específica causa de "extinción de la personalidad jurídica del contratante", dado que, normalmente, en dicho ámbito, cuando se produce la extinción de un ente público, las competencias y funciones de un organismo extinguido se transfieren a otro, como aquí acontece, pues conforme al artículo 61.2 de la Ley 8/2012, de 28 de noviembre , las competencias de la APDCM se reintegran al ámbito estatal, correspondiendo el ejercicio de las mismas a la Agencia Española de Protección de Datos. Sin embargo ello no significa que no proceda la declaración de responsabilidad solidaria tal como hemos anticipado, por la existencia en el presente caso de fraude de ley, y que ello no pueda efectuarse al resolver cuestiones de despido colectivo, tal como hemos señalado recientemente en sentencias dictadas por el Pleno de la Sala en supuestos análogos al presente caso (sentencias entre otras de 17-02-2014 (recurso casación 142/2013), 18-02-2014 (recurso casación 151/2013), y 18 (3) -02-2014 (recursos casación 115/2013, 151/2013 y 228/2013)".* **OCTAVO.**- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y estimar la demanda formulada, declarando la nulidad de los despidos efectuados, condenando solidariamente a las demandadas CAMINOS JAÉN, S.A. y EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE JAÉN a estar y pasar por esta declaración y a que readmitan a los actores en sus anteriores puestos de trabajo, así como a que les abonen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca la readmisión. Madrid, 11 de febrero de 2016

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa Maria Viroles Piñol y D. Jordi Agustí Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.