

JDO. DE LO SOCIAL N. 1 GIJÓN

SENTENCIA: 00256/2014
Nº AUTOS: 0000108 /2014

Vistos por mí, D. Fernando Ruiz Llorente, titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, los presentes autos sobre **Despido**, seguidos bajo el número 108 del año dos mil catorce, a instancias de D. ^{LOPD}, representado y defendido por la letrada Doña ^{LOPD}, contra EULEN, S. A., representada y defendida por el letrado D. Ignacio Feito Rodríguez, contra BILUR 2000, S. L., representada por D. Mario ^{LOPD} y defendida por el letrado D. ^{LOPD}, contra KALATOS SERVICIOS, S. L., representada y defendida por Doña ^{LOPD} y contra FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA, EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, representada y defendida por D. ^{LOPD}, he dictado la siguiente

SENTENCIA

En Gijón, a veintiuno de mayo de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 10 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Gijón demanda presentada por D. ^{LOPD} que fue turnada a este Juzgado el día 11 del mismo mes.

Segundo.- En la demanda, dirigida contra la empresa EULEN, S. A., BILUR 2000, S. L., KALATOS SERVICIOS, S. L. y FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN se interesaba que fuera declarada la improcedencia del despido con efectos al 31 de diciembre de 2013.

Tercero.- Por decreto de 6 de marzo de 2014 se admitió a trámite la demanda, señalándose para el acto de conciliación y juicio la audiencia del 19 de mayo de 2014.

Cuarto.- El día señalado tuvo lugar la vista del juicio, con el resultado obrante en autos. Tras la práctica de la prueba y una vez que las partes formularon oralmente conclusiones se declararon los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Primero.- El demandante, D. ^{LOPD}, con DNI nº ^{LOPD}, mayor de edad, ha venido desarrollando funciones de conserje en dependencias de la FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA, EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD POPULAR DE GIJÓN, en virtud de los siguientes contratos de trabajo:



- Contrato indefinido a tiempo completo, suscrito con BILUR 2000, S. L. el 19 de marzo de 2007 para prestar servicios en el centro de trabajo ubicado en la Calle Jovellanos, 2 de Gijón. Causó baja el 16 de junio de 2009.
- Contrato por obra o servicio determinado, a tiempo completo, suscrito con la empresa KALATOS SERVICIOS, S. L. el 17 de junio de 2009, para "servicio de atención al público en Veranes y termas romanas, de la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular de Gijón. Causó baja por fin del contrato temporal el 31 de diciembre de 2009.
- Contrato de trabajo por obra o servicio determinado, a tiempo parcial (150 horas al mes), suscrito el 2 de enero de 2010 con BILUR 2000, S. L., para la realización de la obra o servicio "EN LA FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA". Dicho contrato fue objeto de modificación el 8 de febrero de 2010 en el sentido de establecer la jornada en 40 horas semanales.

Segundo.- El demandante no ha desempeñado cargo de representación sindical o de los trabajadores en el último año.

Tercero.- El demandante percibía una retribución mensual de 816,98 euros distribuidos en salario base (628,99 euros), plus transporte (60,98 euros), Plus vestuario (22,18 euros) y parte proporcional de pagas extraordinarias (104,83 euros).

Cuarto.- Por resolución de la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento de Gijón de 15 de noviembre de 2006 se autorizó la contratación anticipada y con financiación plurianual del servicio de atención al público del Museo Villa Romana de Veranes, contrato que se adjudicó a BILUR 2000, S. L. por resolución de 8 de febrero de 2007. Por resolución de 12 de marzo de 2008 se autorizó la prórroga del servicio de atención al público hasta el 5 de marzo de 2009. Por resolución de 9 de marzo de 2009 se autoriza la nueva contratación, que se adjudica por resolución de 7 de mayo de 2009, provisionalmente a KALATOS, S. L., siendo la adjudicación definitiva acordada por resolución de 3 de junio de 2009. En tanto se resolvía la autorización de la contratación, se suscribieron tres contratos menores con BILUR 2000, S. L.

Quinto.- Por resolución de 29 de julio de 2009 se autoriza la contratación del servicio complementario de atención al público para los equipamientos de la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento de Gijón, adjudicada provisionalmente a BILUR 2000, S. L. por resolución de 21 de octubre de 2009 y, definitivamente, por resolución de 20 de noviembre del mismo año. Por autorización de 13 de diciembre de 2013 se inicia la tramitación de un nuevo contrato en relación con el servicio complementario de atención al público, que se adjudica a SERVACE, S. L. por resolución de 19 de diciembre de 2013. Tras la renuncia de ésta, por resolución de 27 de diciembre, se adjudicó a EULEN, S. A.

Sexto.- BILUR 2000, S. L. remitió el 27 de diciembre de 2013 un fax a EULEN, S. A. con información respecto de los trabajadores asignados al servicio, sucediendo contestación de EULEN, S. A. manifestando que no procedía subrogación.

Séptimo.- El 31 de diciembre de 2012, BILUR 2000, S. L. entregó al actor la siguiente comunicación:

Muy Sr/a mío/a:



Por medio del presente escrito, BILUR 2000, S.L. pone en su conocimiento que nuestro cliente FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, ha adjudicado el servicio que venimos prestando desde el día 1 de enero de 2010, a la empresa EULEN, S.A., la cual comenzará sus servicios a partir de las 00:00 horas de mañana, día 1 de enero de 2014. Por lo tanto, BILUR 2000, finalizará la prestación del servicio hoy, día 31 de diciembre de 2013, a las 24:00 horas.

Por dicho motivo, nos vemos en la obligación de notificarle la finalización de su contrato de trabajo con BILUR 2000, al estar concertado por obra y servicio determinado.

Le informamos que BILUR 2000 ha entregado la documentación laboral de todo el personal adscrito al servicio, a la nueva empresa adjudicataria, EULEN, a los efectos de la subrogación del personal adscrito al servicio, por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, si fuese procedente la misma. También le informamos que EULEN nos ha notificado por escrito que no procederá a la subrogación de ninguno de los trabajadores adscritos al servicio, por lo que se adjunta dicho escrito para su conocimiento y efectos.

Por tal circunstancia, se le notifica que su último día de trabajo en BILUR 2000, será el día 31 DE DICIEMBRE DE 2013, por FINALIZACIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO.

La documentación que precise con motivo de la finalización de su contrato de trabajo, será puesta a su disposición en los próximos días, así como la indemnización legal correspondiente por la finalización de su contrato de trabajo temporal. Le rogamos que haga entrega usted de todas las prendas de la uniformidad que le han sido entregadas por esta empresa.

EL GERENTE ZONA NOROESTE
LOPD

Gijón, 31 de diciembre de 2013

Octavo.- Durante la vigencia de la contrata con BILUR 2000, S. L. se instauró la figura del inspector, que llevaba a cabo funciones de inspección de los espacios, seguimiento del personal, resolución de incidencias, supervisión del servicio, confección de cuadrantes y horarios, proposición de sanciones, elaboración de informes y otros a requerimiento de la Fundación. También se designaron dos coordinadoras para resolver incidencias, hacer seguimiento al personal, colaborar en el reclutamiento de aspirantes y formar y evaluar a los auxiliares.

Noveno.- EULEN, S. A. ha formalizado la contratación de 19 trabajadores para el servicio complementario de atención al público, ninguno de los cuales había prestado servicio en la anterior adjudicación.

Décimo.- El 29 de enero de 2014 el actor presentó reclamación previa de la que no consta resolución expresa.

Undécimo.- El 7 de febrero de 2014 tuvo lugar acto de conciliación ante la UMAC de Gijón, concluyendo "sin avenencia" respecto de la papeleta presentada el 28 de enero de 2014 frente a la empresa EULEN, S. A.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se solicita en el presente pleito la declaración de improcedencia del despido interpretando por tal la comunicación de fin de obra comunicada por BILUR 2000, S. L. con efectos al 31 de diciembre de 2013. Argumenta el actor que estamos ante una relación contractual en fraude de ley, habida cuenta de la sucesión de contratos temporales destinados a la prestación de servicios para la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento de Gijón. Así, continúa su razonamiento, el actor debería ser considerado como trabajador indefinido no fijo de dicha entidad. Entiende que no existe causa de temporalidad cuando viene desempeñando desde 2007 las mismas funciones en el servicio de atención al público en los equipamientos dependientes de la citada fundación. Corolario de lo anterior es la afirmación de que el cese por fin de obra constituye un despido y, como tal, al no existir causa alguna, debe reputarse improcedente. Postula una antigüedad de al 19 de marzo de 2007 y un salario diario de 25,20 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Comparecen los codemandados para oponerse a la demanda. EULEN, S. A. muestra conformidad con el salario postulado de contrario a efectos indemnizatorios, pero no con la fecha de inicio de la prestación de servicios, que refiere al 2 de enero de 2010, que es la antigüedad que al trabajador se le venía reconociendo en los recibos de salarios. Opone la falta de legitimación pasiva, en la inteligencia de que no existe una sucesión empresarial, por lo que no se generaría el derecho de los trabajadores a ser subrogados, derecho que tampoco puede venir impuesto por la normativa convencional, a falta de un convenio colectivo aplicable a la relación laboral.

Por BILUR 2000, S. L. se excepciona la caducidad de la acción de despido, indicando, asimismo, la falta de interposición de la papeleta de conciliación contra dicha empresa. Argumenta en parecido sentido a la anterior empresa, negando tener responsabilidad alguna puesto que el contrato temporal estaba correctamente concertado, citando jurisprudencia que avala que la causa de temporalidad pueda estar vinculada a una contratación administrativa. En cuanto al salario y a la fecha de inicio de la prestación, contesta en igual sentido que la empresa EULEN, S. A.

KALATOS SERVICIOS, S. L, se opone alegando la falta de legitimación pasiva: indica que, desde diciembre de 2009 ninguna relación de naturaleza laboral vinculó a esta empresa con el demandante.

La Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular se opone y alega la falta de legitimación pasiva. Niega que se pueda adquirir por el actor la condición de personal indefinido en la entidad, pues no existe ninguna cesión ilegal de trabajadores, siendo así que las distintas empresas han ejercido sus poderes empresariales y de organización respecto del actor y el resto de los trabajadores adscritos a la contrata; contrata que reputan válida, como válido el mecanismo de acudir a la contratación temporal de trabajadores.

Segundo.- Los hechos declarados probados se derivan de la documental obrante en autos. Han declarado D. ^{LOPD}, en su calidad de gerente de BILUR 2000, S. L., D. ^{LOPD} y Doña ^{LOPD} ^{LOPD}, cuyos testimonios no han sido de particular relevancia a la hora de extraer datos para el relato fáctico.

Tercero.- Entiende el juzgador que son tres las cuestiones jurídicas que merecen ser estudiadas en el presente caso (1) la licitud de acudir a una contratación temporal, (2) la existencia o no de una sucesión empresarial ya que, ante la ausencia de un



convenio colectivo que – como sucede en los sectores de limpieza o de seguridad – imponga la obligación de asumir el personal de la empresa saliente, la obligación de EULEN, S. A. de asumir los compromisos laborales con el trabajador sólo podrían provenir de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y (3) la existencia o no de un tráfico ilegal de trabajadores, algo que no se alega expresamente en la demanda, pero que se infiere de sus razonamientos, pues es la única condición de la que podría nacer la adscripción del trabajador como trabajador indefinido de la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento de Gijón.

Cuarto.- En cuanto a la licitud de la contratación temporal vinculada a una contratación administrativa, cita la codemandada BILUR 2000, S. L. la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2008, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, 5117/2006, que entiende el juzgador que es de acertada aplicación al caso:

[s]iguiendo la doctrina ya unificada por esta Sala en asuntos prácticamente iguales no sólo en la sentencia de contraste, sino también en otras como las de 5 de marzo de 2.007 (recurso 298/06), 6 de marzo del mismo año (recurso 409/06), 3 de abril de 2.007 (recurso 293/2006) y 21 de noviembre de 2.007 (recurso 4141/2006), sentencia ésta última en la que se resuelve un supuesto prácticamente idéntico, en el que la sentencia recurrida es también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Por razones evidentes de seguridad jurídica a tal doctrina hemos de atenernos ahora.

Como se recuerda en tales sentencias y más concretamente en la de 6 de marzo de 2.007, el razonamiento que ha de conducir a la conclusión de que la modalidad contractual utilizada en este caso es jurídicamente correcta, se puede resumir de la siguiente manera: "1) el contrato para obra o servicio determinado 'tiene por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta' (STS 22-10-2003, rec. 107/2003); 2) esta modalidad contractual puede ser utilizada tanto en el supuesto de una obra 'entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin' o de un 'servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización' como en el supuesto de 'una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida', como es el caso de una actividad que 'se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga' dicho encargo (STS 22-10-2003, rec. 107/2003); 3) a lo anterior no cabe objetar el que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa o que dicha actividad constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que 'lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial' en el contrato de trabajo cuya calificación se discute (STS 18-12-1998, rec. 1767/1998; 28-12-1998, rec. 1766/1998; STS 8-6-1999, rec. 3009/98); y 4) en el presente caso, al igual que en el de la sentencia de 6 de octubre de 2006 (citada), 'existe para TRAGSA una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalidad' mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollando (STS 6-10-2006, citada)".

En el supuesto de autos concurre la causa de temporalidad, en tanto la prestación de servicios complementarios de atención al público viene a ser una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida. La necesidad da la contratación administrativa que, por tener fijada su duración, también es temporalmente limitada y está definida en cuanto a su objeto. Y, siguiendo la argumentación del alto tribunal, poco importa al respecto



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

que el objeto del contrato constituya o no la actividad normal de la empresa o del comitente, *lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en el contrato de trabajo cuya calificación se discute.*

Los mismos argumentos sustentan la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 3 de junio de 2011, Recurso de Suplicación 1105/2011 en un supuesto relativo a la empresa municipal de limpieza urbana, que cita la resolución antes indicada del Tribunal Supremo.

Así pues, no podemos asumir la argumentación actora en cuanto a que el contrato se celebró en fraude de ley. El fin de contrato, centrados así los términos, no supone un despido, en tanto la contratación temporal resulta ajustada a Derecho.

Quinto.- Entiende la parte actora que existe una sucesión empresarial, pues sólo en tales términos podría entenderse la obligación de EULEN, S. A. de subrogarse en la posición empresarial, ya que dicho compromiso no se extrae de la aplicación del convenio colectivo – inexistente, en este caso – ni de las bases de la contratación administrativa.

Acudimos de nuevo al auxilio de una extensa cita del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 14 de octubre de 2013, Recurso de Casación para Unificación de Doctrina 1844/2012:

[han] recaído sentencias de esta Sala estimando el recurso en asuntos muy similares a éste, entre otras, SSTS de 17/09/2012 (R. 2693/2011), 18/09/2012 (R. 3299/2011), y 19/09/2012 (R. 3056/11).

La doctrina plasmada en las referidas sentencias puede resumirse, en palabras de la última citada, del siguiente modo: "el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el art. 44 del E.T., pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 -recud 702/93 -; 29/12/97 -rec. 1745/97 -; 10/07/00 -rec. 923/99 -; 18/09/00 -rec. 2281/99 -; y 11/05/01 -rec. 4206/00 -). Porque en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 -rec. 2618/02 -)".

Poco o nada se puede añadir al respecto. Según el Tribunal Supremo, no existe sucesión de empresa en el supuesto que nos ocupa, pues se transmite un servicio que no puede ser considerado una unidad productiva con autonomía funcional. Como quiera que no tenemos un convenio colectivo o una previsión en las bases de la contratación administrativa que obliguen a la empresa adjudicataria asumir el personal de la empresa saliente.

Sexto.- Respecto de la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores, resume el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, en su sentencia de 4 de marzo de 2008, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1310/2007, la posición jurisprudencial acerca de esta cuestión.

1.- *Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET [RCL 1995, 997]] lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27/10/94 [RJ 1994, 8531] -rec. 3724/1993-]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas (STS 17/12/01 [RJ 2002, 3026] -rec. 244/2001-). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, Pero en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control- el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación se inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores.*

2.- *En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) 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; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Y que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del art. 43 ET, precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio (SSTS 21/03/97 [RJ 1997, 2612] -rec. 3211/1996-; 14/09/01 [RJ 2002, 582] -rcud 2142/00-; 17/12/01 [RJ 2002, 3026] -rec. 244/2001-; 17/01/02 [RJ 2002, 3755] -rcud 3863/00-; 17/12/01 -rcud*

244/2001-; 30/11/05 [RJ 2006, 1231] -rcud 3630/04-; 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-; y 17/04/07 [RJ 2007, 3173] -rcud 504/06-).

3.- De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones que como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial (SSTS 03/10/05 [RJ 2005, 7333] -rcud 3911/04-; 30/11/05 [RJ 2006, 1235] -rec. 3630/04-; 17/04/07 [RJ 2007, 3173] -rcud 504/06-; y 20/07/07 [RJ 2007, 6961] -rcu 76/06-); y que «...pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, 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» (STS 20/07/07 -rcu 76/06-).

4.- Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar - en el argumento sobre la falta de contradicción- que la esencia de la cesión no se centra 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, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (SSTS 17/07/93 [RJ 1993, 5688] -rcud 712/92-; 19/01/94 [RJ 1994, 352] -rcud 3400/92-; 12/12/97 [RJ 1997, 9315] -rec. 3153/96-; 03/02/00 [RJ 2000, 1600] -rec. 1430/99-; 14/09/01 [RJ 2002, 582] -rcud 2142/00-; 27/12/02 [RJ 2003, 1844] -rec. 1259/02-; 16/06/03 [RJ 2003, 7092] -rcud 3054/01-; 11/11/03 [RJ 2004, 283] -rec. 3898/02-; 20/09/03 [RJ 2004, 260] -rcud 1741/02-; 03/10/05 [RJ 2005, 7333] -rcud 3911/04-; 30/11/05 [RJ 2006, 1231] -rcud 3630/04-; 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-; 24/04/07 [RJ 2007, 6372] -rcud 36/06-; 21/09/07 -rcud 763/06-; 26/09/07 [RJ 1997, 7898] -rcud 664/06-; y 04/12/07 [RJ 2008, 1195] -rcud 1377/06-).

En este último aspecto se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (con numerosas citas, las SSTS 14/09/01 [RJ 2002, 582] rcud 2142/00-; 17/01/02 [RJ 2002, 3755] -rec. 3863/2000-; 16/06/03 [RJ 2003, 7092] -rcud 3054/01-; y 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-), de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio (SSTS 12/12/97 [RJ 1997, 9315] -rec. 3153/1996-; y 24/04/07 [RJ 2007, 6372] -rcud 36/06-).



5.- Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque -excepcionalmente- el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTs 14/09/01 [RJ 2002, 582] -rec. 2142/00-; 17/01/02 [RJ 2002, 3755] -rec. 3863/2000-; 16/06/03 [RJ 2003, 7092] -rcud 3054/01-; y 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-).

Partiendo de tales premisas no se puede sino concluir que no nos encontramos ante un supuesto de cesión ilícita de trabajadores: las empresas demandadas y, en particular BILUR 2000, S. L. como última empleadora, son empresas reales, con una infraestructura capaz de hacerlas operativas en el mercado. En la relación vinculada a la Fundación Municipal, las empresas volcaron su operativa y poder empresarial, siendo significativo que existiera no sólo la figura de dos coordinadoras, como enlace entre la empresa y la Fundación, sino también un inspector que velaba por el desarrollo normal de la contrata. Estos mandos intermedios no eran meros figurantes, como atestiguan los numerosos correos electrónicos recibidos por el actor y que obran al ramo de prueba de la empresa BILUR 2000, S. L. La empresa ejercía todo el poder que le compete al empresario en materia salarial, de vacaciones, licencias y permisos, organización de cuadrantes y el poder disciplinario.

Séptimo.- Hechas las anteriores consideraciones parece obvio que la demanda debe venir desestimada: no existe fraude en la contratación, pues la vinculación al contrato administrativo es causa que justifica acudir a la contratación temporal. No hay motivos para declarar la obligación de una subrogación, lo que determinaría la improcedencia del despido, ya que dicha subrogación no tiene base convencional o apoyo en la contratación administrativa y, por último, no concurren los requisitos para que hablemos de una cesión ilegal de trabajadores. Dicho lo cual, la excepción de caducidad de la acción o de falta de intento de conciliación, alegadas por BILUR 2000, S. L. no exigen análisis por parte del juzgador.

Octavo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. ^{LOPD} contra EULEN, S. A., contra BILUR 2000, S. L. contra KALATOS SERVICIOS, S. L. y contra la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Deporte del Ayuntamiento de Gijón, absolviendo a las demandadas de las pretensiones en su contra.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de suplicación, para su resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo. Para la tramitación del recurso será preciso acreditar la liquidación de la correspondiente tasa, requisito del que estarán exentos los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social.

Llévese esta resolución al libro de sentencias del juzgado, dejando testimonio de la misma en los autos.

Así lo pronuncio y firmo, en nombre de S. M. el Rey y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española.

Diligencia.- Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

