

En BILBAO (BIZKAIA), a 23 de diciembre de 2016.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 6 D/Dª. JA'IME SEGALES FIDALGO los presentes autos número 657/2016, seguidos a instancia de [redacted] contra AISILAN XXI SL, FOGASA, TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO S.L. y AYUNTAMIENTO DE ERMUA sobre DESPIDO.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 431/2016

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 29 de julio de 2016 tuvo entrada demanda formulada por [redacted] contra AISILAN XXI SL, FOGASA, TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO S.L. y AYUNTAMIENTO DE ERMUA y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes, y abierto el acto de juicio por S.Sª. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones, habiéndose celebrado Diligencias Finales.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero: D. [redacted] ha figurado en nómina para la entidad AISILAN XXI SL con antigüedad reconocida desde el 25-11-2015, con categoría de Técnico de sonido y como Oficial de 2ª. Su salario ascendía a 1400 euros/mes (46,03 euros/día).

Segundo: Con anterioridad prestaba servicios para D. [redacted], que operaba la marca "GUANABAKOA," y desde el 6-9-2006. Su tarea era la de técnico de grabación audiovisual. Las funciones se desempeñaban en instalaciones destinadas a espacios culturales propiedad del AYUNTAMIENTO DE ERMUA.

Tercero: D. [redacted] fallecería el [redacted] Además del actor prestaban servicio para este empleador otros 3 trabajadores.

Cuarto: Tanto en el momento en que prestara servicios el actor para el [redacted] como en la continuación para AISILAN XXI SL desde noviembre de 2015, su interlocutor era el [redacted] técnico de cultura del AYUNTAMIENTO DE ERMUA.

El [redacted] emitía de forma regular al actor el programa de actividades para los entornos donde se iban a ofrecer espectáculos. La rutina comportaba el envío de un plan mensual de actividades para cada uno de los entornos en los que el actor debía operar como técnico. Esta rutina se mantuvo sin solución de continuidad tanto cuando el contratista fue el [redacted] como con posterioridad con AISILAN XXI SL.

En cada planilla de trabajo mensual se incluía, junto a la indicación de la fecha de cada espectáculo, los datos de contacto del responsable técnico de cada espectáculo, con quien el actor debería contactar a fin de operar el diseño de necesidades técnicas ("Rider"). En caso de no disponerse de alguno de los elementos requeridos por el espectáculo, el actor se ponía en contacto con el [redacted] para que le autorizara a alquilar el citado instrumental a un proveedor externo.

La responsable de la Escuela de música de Ermua (privada y concertada con el AYUNTAMIENTO DE ERMUA) se ponía asimismo en contacto directo con el actor para solicitarle cuanto necesitara dentro de las actividades programadas por la Escuela de música que interesaran a los espacios culturales de la Villa.

El conjunto de comunicaciones incorporado al doc. nº 3 de los aportados por la parte actora se da por reproducido a este ordinal.

Quinto: Tras el fallecimiento del [redacted] el AYUNTAMIENTO DE ERMUA encarga la gestión de los espacios que antes operaba esta persona a la empresa AISILAN XXI SL.

Sexto: Ello lleva a que AISILAN XXI contrate a las personas que antes prestaron servicios para el [redacted], y entre ellos al actor, suscribiendo un contrato por obra o servicio el 25-11-2015 que identifica como causa "Técnico de sonido en Ermua Antzokia".

Séptimo: El 18-12-2015 se suscribe el contrato administrativo entre AISILAN XXI SL y cuyo tenor se da aquí por reproducido. Sustancialmente, la empresa se compromete a realizar el servicio objeto del contrato desde diciembre de 2015 al 30-6-2016.

La cláusula 13ª del mismo establece: *"La empresa contratista deberá designar una persona responsable general del desarrollo del servicio, que será el encargado de recibir las órdenes que la dirección facultativa estime oportunas, para el buen fin del presente contrato."*

En el pliego de cláusulas administrativas particulares (que asimismo se da por reproducido) se hace constar como deberes del contratista [cláusula 23ª.1 d)]: *"Ejecutar la prestación y llevarla a cabo personalmente y con estricta sujeción a las órdenes del/la directora/a del servicio, no pudiendo ceder, en todo o en parte, el contrato a otra persona sin la autorización expresa del Ayuntamiento."*

En la cláusula 24ª.2 se señala: *"El Ayuntamiento podrá exigir a la parte adjudicataria la designación de una persona delegada con titulación profesional adecuada para que esté al frente de las prestaciones contratadas."*

Octavo: AISILAN XXI (en la persona de _____) remite un e mail a la señora identificada como GS Gerente, cuyo tenor se da por reproducido a este ordinal, y del que se extrae este texto:

"El Ayuntamiento sigue haciendo patente su compromiso con facilitar las cosas para que una empresa compuesta por los trabajadores se haga cargo del siguiente contrato."

El Ayuntamiento muestra ese compromiso específicamente con _____ [el actor]; _____, aunque no pone obstáculos a que más o menos gente conforme la empresa y a que las personas decidan responsabilizarse de la empresa o ser menos trabajadores.

A finales de enero quiere saber quiénes son los interlocutores (quienes asumen la dirección de la empresa) para poder poner en marcha el mecanismo que dé como resultado un concurso que dé respuesta a las necesidades del Ayuntamiento y que sea factible para la nueva empresa.

[...]

También existe la posibilidad de que no sea posible el acuerdo entre vosotros. Entonces el Ayuntamiento no tendrá compromiso con nadie y el concurso se desarrollaría a "libre mercado" como si Guanabakoa _____ hubiera perdido el contrato anterior"

Noveno: A fecha de 23-12-2015 se le remite desde AISILAN XXI SL al Ayto. de Ermua un documento cuyo tenor se da por reproducido a este ordinal y del que se entresacan estos extractos:

"Por lo que, en cumplimiento de las citadas cláusulas contractuales, atendiendo al requerimiento realizado por la directora general del Area Socio Cultural del Ayuntamiento, procedemos a designar a las personas responsables en general del desarrollo del servicio:

De tal forma que _____ con DNI nº... será el responsable de dicha prestación por parte de la empresa AISILAN XXI SL, como responsable coordinador de todos los:

- Pedidos de trabajo.*
- Orientaciones específicas*

- *Coordinación con las instancias municipales derivadas de la actividad que realizan los trabajadores adscritos a dichos servicios.*

De tal forma que, para gestionar la coordinación directa con D. , la empresa pone a disposición su dirección específica de correo electrónico... y, en el mismo sentido, la siguiente línea de teléfono...

En el mismo sentido, considerando las necesidades del Ayuntamiento, ponemos además a disposición una comunicación directa con el responsable técnico de la empresa, el cual queda a disposición del servicio para todos aquellos Pedidos de trabajo que se requieran, tanto en el Ermua Antzokia como en Lobiano Kultur Gunea. Para dicha comunicación, asimismo, se dota al citado Responsable técnico de un correo electrónico... y de la siguiente línea de teléfono...

En todo caso, tal y como ya hemos señalado al principio de la presente notificación, en calidad de administrador único de la empresa AISILAN XXI SL, actuará como responsable final de la buena ejecución del contrato administrativo de servicios culturales auxiliares y complementarios..."

Décimo: El actor es cesado por AISILAN XXI el 30-6-2016. En esa misma fecha se produce el cese del resto de compañeros. Todos ellos disfrutaron de las vacaciones no disfrutadas hasta el 18-7-2016.

El actor lucra la suma de 425,91 euros en concepto de compensación por fin de contrato.

Undécimo: TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL comienza desde el 1-9-2016 a desarrollar las tareas que antes operaba el y posteriormente AISILAN XXI SL.

TARIMA contrata a 3 de las 4 personas que antes trabajaban para el y posteriormente para AISILAN XXI SL, y que eran las encargadas de la limpieza, proyección y buzoneo.

Duodécimo: El salario que se devengaría de considerarse al actor empleado para el AYUNTAMIENTO DE ERMUA ascendería a 22.779,34 euros brutos anuales, bajo la hipótesis de un Grupo C2.

Decimotercero: La papeleta conciliatoria se interpuso el 28-7-2016, celebrándose el acto conciliatorio el 18-8-2016, y resultando el mismo sin avenencia.

Decimocuarto: Se interpuso demanda en materia de cesión ilegal que ha sido turnada al JS nº 2 de esta plaza y cuya vista estuvo programada para el 13-12-2016. Llegada la misma se resolvió su suspensión por litispendencia.

Decimoquinto: La vista en estos autos debió celebrarse en dos fases, al resultar necesaria la promoción de una diligencia final. Los autos quedarían conclusos el 21-12-2016.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero: CONVICCIÓN

No se disputa por lo que hace a los ordinales 1º, 12º y 14º.

Los ordinales 2º y 3º derivan del informe de vida laboral (doc. nº 1 del ramo del actor) así como del testimonio del

El ordinal 4º deriva del doc. nº 3 de los aportados por el actor, así como de los testimonios del
/ de la

El ordinal 5º deriva del testimonio del

El ordinal 6º deriva del informe de vida laboral (doc. nº 1 del ramo del actor), del doc. nº 5 del ramo del actor y del testimonio del

El ordinal 7º deriva del doc. nº 2 de los aportados por el AYUNTAMIENTO DE ERMUA.

El ordinal 8º deriva del doc. nº 6 de los aportados por el AISILAN XXI SL.

El ordinal 9º deriva del doc. nº 7 de los aportados por el AISILAN XXI SL.

El ordinal 10º deriva del doc. nº 6 de los aportados por el AYUNTAMIENTO DE ERMUA y del nº 4 de los aportados por AISILAN XXI SL.

El ordinal 11º deriva del doc. nº 3 de los aportados por el AYUNTAMIENTO DE ERMUA así como de la declaración de la

Segundo: PLANTEAMIENTO DEL CASO Y ASPECTOS PROCESALES

Deduca el actor demanda por despido, planteando alternativamente las opciones que se exponen a continuación. En primer lugar, entiende producida una cesión ilegal de las que habría sido responsables sucesivos su anterior empleador) y con posterioridad AISILAN XXI SL. Subsidiariamente considera que la relación de intercambio debiere mantenerse con TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL a quien considera sucesora del vínculo trabado en su día con el inalmente entiende que, caso de no prosperar las anteriores peticiones, debiere declararse como improcedente el cese operado por AISILAN XXI SL al haberse promovido no sobre un contrato de obra o servicio sino sobre una relación indefinida (al imputar a esa empresa el carácter de sucesora del

AISILAN XXI SL eleva las excepciones de litispendencia (sobre la acción declarativa de cesión ilegal que se ha tramitado ante el JS nº 2 de esta plaza) y litisconsorcio pasivo necesario

(señalando la necesidad de citar a quienes resulten herederos del Se opone al fondo del caso rechazando el carácter de sucesora que le atribuye la demanda. Pide una condena en costas por temeridad para el actor.

El AYUNTAMIENTO DE ERMUA rechaza haber ejercitado funciones de empleador con el actor, indicando que el mismo no se encontraba integrado dentro de su organigrama de trabajadores o empleados. Se adhiere a la excepción de litispendencia.

TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL rechaza mantener vínculo alguno con el actor. Indica haber contratado a las 3 personas que antes trabajaban con el actor por considerarlos necesarios a sus fines. No habría asumido la antigüedad de ninguno de ellos al rechazar el carácter de empresa sucesora.

- A) Por lo que hace al proclamado litisconsorcio pasivo necesario, indica AISILAN XXI SL que la presencia de los sucesores del resultaba necesaria para establecer el tipo de actividad que realizaba el actor para el difunto. No es el criterio del juzgador, ya manifestado en su momento dentro de la primera vista celebrada en estos autos, dado que tal dilación quebraría el principio de celeridad ex art. 74 LJS (anudado al art. 24 CE, en la vertiente de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) y ello a costa de un beneficio que bien podría obtenerse, si es que ese fuera el caso, promoviendo una prueba de testigos. Ahora bien, poco o nada aportarían a este litigio los familiares herederos de ya como partes ya como testigos, dado que su condición no les hace per se conocedores de las circunstancias que interesan a este litigio.
- B) Por lo que hace a la litispendencia, la acción enderezada a discernir la identidad del empresario constituye un pronunciamiento previo del propio sobre despido, sin que tal pueda considerarse ajeno o excluido por la regla que impide la acumulación de otros pleitos a aquél ex art. 26.1 LJS. Valga citar la STSJ Cantabria de 3-3-2005, RAJ 475, por muchas otras, cuando establece: *“El hecho de que el fundamento de la condena solidaria en la acción de despido ejercitada lo sea la existencia de cesión ilegal, no implica acumulación indebida de acciones, ni resolución «ex novo» de cuestión que cause indefensión alguna a la recurrente, declarando la doctrina unificada contenida en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2003 (RJ 2003, 6412), con relación a un supuesto en que también se pretendía por el trabajador la condena solidaria de las empresa por entender que había sido cedido ilegalmente, respecto del tenor del art. 43.3 del ET, que obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, han de ejercitarse necesariamente, mientras subsista la cesión (así lo reconoce reiterada doctrina jurisprudencial que refiere), de modo que concluida la cesión no cabe el ejercicio de la acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal. Pero, ello, no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda*

el trabajador accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias inherentes a esta clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio. La expresada conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente, pues en tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate de la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 de la LPL, sino una cuestión previa o prejudicial interna, sobre la que es necesario decidir por mandato del art. 4.2 de la LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 del ET que deben resolverse, necesariamente, en dicho proceso. Incluso –declara la aludida sentencia–, de no hacerlo así la sentencia, sí procedería la declaración de nulidad de actuaciones, ésta vez, por impulso del trabajador, por dejarlo en la más absoluta desprotección ante el despido, porque si opta por la fijeza como paso previo de la acción declarativa del art. 43.3 del ET, para conseguir la condena solidaria de la cesionaria en las consecuencias del despido y dicha acción no prospera por entender el Juzgador que ya no está sometido al tráfico prohibido, la acción contra esta estaría caducada (la recurrente invoca la caducidad en los siguientes motivos del recurso, aun habiéndose mantenido la relación laboral viva, respecto de la contratación inicial), y, si opta por del despido contra la cedente estaría posteriormente caducada contra la cesionaria. En igual sentido se pronuncia la sentencia de esta Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de fecha 31 de marzo de 2004 (AS 2004, 1060) .

Por lo que no procede apreciar ninguna de las dos excepciones propuestas.

Tercero: SOBRE LA CESION ILEGAL

La cesión ilegal ha sido abordada por jurisprudencia unificatoria pudiendo destacarse la STS de 4-3-2008, RAJ 1902, cuyo FJ 4º advierte: “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] -rco 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 -rc 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-).

A este punto varios son los hechos que tener en cuenta:

- La rutina del actor ha consistido en mantener un contacto prácticamente exclusivo, por lo que hace a la realización de sus tareas, con el técnico del AYUNTAMIENTO DE ERMUA . z. Esta rutina se mantuvo en las mismas condiciones tanto en el momento en que prestara servicios para el A como para AISILAN XXI SL.
- La indicada rutina se sostenía sustancialmente en la recepción del plan de actividades a desarrollar en cada uno de los entornos. Ese plan se remitía con carácter mensual y determinaba de forma indirecta las fechas de descanso y vacación del actor.
- Operadores adscritos a la gestión de otros servicios municipales (Escuela de música) se relacionaban de forma directa con el actor a fin de ejecutar sus proyectos en espacios culturales de la Villa.

Esta coordinación entre el AYUNTAMIENTO DE ERMUA y el actor no se determina por razones de orden técnico, toda vez que el plan de trabajo no compromete obviamente tales cuestiones. La noticia de que un día viene tal compañía a actuar y que tal día viene tal grupo de música no deja de constituir una información de servicio perfectamente manejable por los propios responsables de la compañía -antes el posteriormente los designados por AISILAN XXI SL- sin que la misma comprometa conocimientos técnicos o cualificados en los que la aportación del fuere ineludible. Todo lo más, la aportación técnica del se hubo de manifestar en su relación con los responsables técnicos de cada compañía (cuyos teléfonos vienen relacionados en la hoja de servicio a que venimos refiriéndonos). Difícilmente cabe concebir que el interlocutor del AYUNTAMIENTO DE ERMUA, a quien no se le presumen conocimientos especializados como los propios del actor, necesite tratar de cuestiones de esa naturaleza con el técnico de sonido. Antes bien, las necesidades de gestión dentro de ese campo derivan de conversaciones entre el actor y los técnicos de las compañías o bandas que hayan de actuar -dentro de lo que se conoce en el oficio como gestión del “Rider” (pliego de necesidades técnicas que remite un grupo o compañía de espectáculo para asegurar la producción del evento)-.

Esto es, el responsable cultural del AYUNTAMIENTO DE ERMUA remite al actor la lista de eventos que se van a producir cada mes, lo que delimita los horarios y jornada de trabajo del segundo, quedando el apartado puramente técnico remitido a la conversación que mantenga el actor con los designados por cada una de las compañías o bandas que hayan de actuar, al

objeto de asegurar que el evento se desarrolle con arreglo al plan de necesidades diseñado por el artista ("Rider").

Aún más. El ordinal 9º del relato alude a las personas que, dentro del AISILAN XXI SL y a tenor del contrato aludido en el ordinal 7º, habrían de relacionarse con el AYUNTAMIENTO DE ERMUA a los efectos de asegurar la ejecución del contrato. En el mismo se hace mención a *la persona a quien se nombra "...responsable coordinador de todos los Pedidos de trabajo, orientaciones específicas, coordinación con las instancias municipales derivadas de la actividad que realizan los trabajadores adscritos a dichos servicios."*

A pesar de tales especificaciones, no consta una comunicación sostenida por parte del indicado en la gestión de los pedidos de trabajo, cuando por tales hay que considerar cada una de las producciones que se fueran a realizar en los entornos culturales, toda vez que la lista de esos eventos se trasmitía directamente a

Ciertamente, también al *se le alude en el citado documento, considerando las necesidades del Ayuntamiento*, poniendo a disposición de éste sus señas en tanto *"...responsable técnico de la empresa"*, quedando el actor *"...a disposición del servicio para todos aquellos Pedidos de trabajo que se requieran, tanto en el Ermua Antzokia como en Lobiano Kultur Gunea"*.

Tal alusión pretende hacer trivial la comunicación directa manifiesta entre el AYUNTAMIENTO DE ERMUA y el *se le alude en el citado documento*. Cabría considerar, desde luego, a tenor de esta regular comunicación entre el AYUNTAMIENTO DE ERMUA y el *se le alude en el citado documento*), que éste pudiese ser el responsable de AISILAN XXI SL a tenor del contrato reseñado, pero lo cierto es que tal consideración no le es atribuida por el documento a que nos referimos (que menciona al *se le alude en el citado documento*).

El citado escrito reserva al *se le alude en el citado documento* el carácter de *"responsable técnico de la empresa"*, lo que debe limitar el papel del citado a la interlocución con la contratante al respecto de cuestiones meramente técnicas, como sin duda lo fueran aquellas que comprenden la gestión de aspectos específicos, necesariamente que tratar con personas del mismo oficio.

Ha quedado acreditado en plenario, como se insiste, que la rutina manifiesta entre el AYUNTAMIENTO DE ERMUA y el Sr. *se le alude en el citado documento* era sustancialmente ajena a problemas de índole técnico. Las órdenes de servicio que remitía el AYUNTAMIENTO al Sr. *se le alude en el citado documento* tenían como objeto el que aquél asegurara la producción de cada uno de los eventos programados en los espacios culturales; y tales órdenes de servicio no las recibía de su empresario formal, sino del propio AYUNTAMIENTO DE ERMUA, cumpliendo con los cometidos tradicionales que se le habían encargado tanto en el periodo en que el servicio era titularidad del difunto Sr. *se le alude en el citado documento* como cuando comenzó a ser ejecutado sin solución de continuidad por AISILAN XXI SL.

Tal ajenidad de ambos contratistas con la rutina organizativa del actor, quien recibía del AYUNTAMIENTO DE ERMUA y de forma directa el encargo de lo que debiere producirse en sus espacios culturales, remite el papel de aquellos a los de meras figuras interpuestas, lo que dota, por tanto, el escenario previsto por el art. 43 ET.

Ello conduce a que el trabajador deba de ser considerado en el momento de su cese como empleado del AYUNTAMIENTO DE ERMUA, por ser ese el contenido de su opción a tenor de las manifestaciones hechas en la demanda y ratificadas en plenario.

Cuarto: READMISIÓN

Caso de manifestarse el AYUNTAMIENTO DE ERMUA en este sentido, la readmisión vendrá condicionada por las peculiaridades ya destacadas y constituidas por Jurisprudencia uniforme, que concibe la relación de estos trabajadores como indefinida y no fija. Así, es de cita obligada la STS de 29-5-2000, que en su FJ 4º establece:

“Como se dice en nuestra sentencia de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000) , dictada en Sala General, seguida por otras muchas, como las de 20 de abril del mismo año (RJ 1998, 3725) , 20 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8401) y 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1744) , «... en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan».

Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en

atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció también el Tribunal Constitucional en el auto 858/1988, de 4 de julio, que afirma que «es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) , a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración».

«A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a la que se ha hecho referencia ... El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».

Quinto: INDEMNIZACION

De darse la otra opción, el SDR debe ascender a 62,41 euros (22.779,34 euros/año), por ser el que debería haber lucrado al servicio del AYUNTAMIENTO DE ERMUA. Asimismo, y como quiera que sus tareas han venido ejecutándose sin solución de continuidad desde el 6-9-2006 (ordinales 3º y 4º), esa habrá de ser la fecha que determine el inicio en la prestación de servicios.

La indemnización, caso de optarse por esta posibilidad, ascenderá, considerado el doble tramo de cálculo de acuerdo con la DT 11ª del RDL 2/2015, a:

- Primer tramo: 5 años y 6 meses (247,5 · 62,41 euros) = 15.446,47 euros.
- Segundo tramo: 4 años y 6 meses (148,5 · 62,41 euros) = 9.267,88 euros.

Total: 18.535,76 euros.

La responsabilidad al pago de la indemnización corresponderá en modo solidario ex art. 43.3 ET a tanto a la cedente AISILAN XXI SL (que sustituyó en tal posición al ()

como a la cesionaria; y sin que tal declaración haya de afectar a quien nunca operó como empleadora del actor, TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL.

Sexto: RECURSOS

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de acuerdo con lo establecido en el art. 191 de la LJS, que habrá de anunciarse al término del quinto día tras la notificación de la presente.

Vistos y considerados los preceptos legales de aplicación al caso.

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta por D. [redacted] frente al AYUNTAMIENTO DE ERMUA, AISILAN XXI SL, TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL, en procedimiento por despido 657/2016, en los que fue parte el FGS, declaro la existencia de una cesión ilegal protagonizada por AYUNTAMIENTO DE ERMUA y AISILAN XXI SL, condenando al AYUNTAMIENTO DE ERMUA a manifestar opción por la continuidad del vínculo o su extinción, abonando en el primer caso los salarios de trámite a razón de 62,41 euros/día y, en el segundo, una indemnización de 18.535,76 euros, de la que será responsable asimismo y en modo solidario AISILAN XXI SL ex art. 43.3 ET. Con absolución expresa de TARIMA LOGISTICA DEL ESPECTACULO SL y debiendo el FGS estar y pasar por la presente declaración.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, por comparecencia o por escrito de las partes, su abogado o representante, designando el letrado que habrá de interponerlo. Siendo posible el anuncio por la mera manifestación de aquéllos al ser notificados.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: En fecha veintitres de Diciembre de dos mil dieciséis fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.