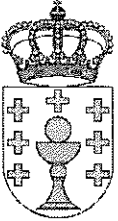




ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SEPTIMO.- En fecha 22 de julio de 2010 el actor formuló reclamación previa, presentando demanda el actor ante el Decanato el 10 de agosto de 2010.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Solicita el actor el que se declare como un despido nulo por vulneración de defectos fundamentales, en concreto de la garantía de indemnidad que lleva aparejada el Derecho a la Tutela judicial efectiva -Artículo 24 de la Constitución Española- el cese efectuado por las Entidades demandadas en fecha 1 de julio de 2010 o subsidiariamente el 30 de junio de 2010.

En primer lugar para resolver la citada pretensión es necesario determinar si el actor ha sido objeto de un despido. A tal efecto examinando la cadena contractual que ha unido al actor con los Organismos desde el 1 de noviembre de 2005, al no existir interrupciones significativas de la relación laboral puede apreciarse la existencia de una unidad esencial del vinculo contractual, tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 2007, por cuanto el actor tal como acredita la prueba testifical, ha venido desempeñando desde el inicio las mismas funciones de Monitor deportivo, llevando a cabo actividades también de coordinador y organizador de eventos en el Concello de Xinzo de Limia, dependiendo siempre de la Concejalía de deportes de este. Y por ello en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, al estar ante contratos temporales fraudulentos, al constituir la actividad desarrollada una actividad permanente de la Administración demandada, nos encontramos ante una relación laboral indefinida -aunque no fija de plantilla por mor de la Doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de fecha 21 de enero de 1998-. Y por ello el cese del actor en fecha 30 de junio de 2010 -que no en fecha 1 de julio de 2010 pues consta perfectamente notificado por medio del preaviso efectuado por la Diputación demandada en fecha 16 de mayo de 2010, que cesaba ese día- constituye un despido.

A ello no obsta el que el actor haya prestado sucesivamente servicios para las dos demandas y ello, por cuanto como alega en su demanda se aprecia la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre ambas, en los periodos en los cuales el actor prestó servicios para la Diputación Provincial de Ourense, como examinaremos a continuación. Antes de ello, sin embargo deben hacerse una serie de precisiones.

SEGUNDO.- En primer lugar debe destacarse que la declaración de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, así como el convenio aplicable o el salario que debe corresponder al trabajador, pueden ser objeto de discusión en un proceso de despido, cuando ello sea necesario para dar respuesta a la pretensión del trabajador (en la sentencia de fecha 12 de febrero de 2010 no se entró a conocer

dichas cuestiones, por cuanto se consideró que no había despido y por tanto no era necesario resolver las mismas para resolver la cuestión debatida).

En segundo lugar, es cierto que la sentencia del Juzgado de lo Social nº Dos de esta ciudad, desestimó la pretensión del actor de que se declarase la existencia de una cesión ilegal, pero dicha sentencia no es firme, por lo que no es vinculante en este proceso, ni produce el efecto de litispendencia al no existir entre ambos procesos la más perfecta identidad de personas, acciones y cosas (Artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) -así Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000, R. 1867- teniendo por tanto libertad de criterio este Juzgador para resolver dicha cuestión.

En tercer lugar la cesión ilegal de trabajadores está prohibida por el Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores salvo cuando se trata de empresas de trabajo temporal, debidamente autorizadas. Y dicha prohibición es perfectamente aplicable a las Administraciones Públicas cuando actúen como empresarios en base al juego de Principio de legalidad (Artículo 9 de la Constitución Española), sin que el hecho de que entre las Administraciones Públicas exista un deber de coordinación o cooperación, y en concreto entre los demandados en virtud de lo dispuesto en los Artículos 30 y 31 de la Ley Bases de Régimen Social, puede llevar a formular convenios o contratos contrarios al resto de normas imperativas del ordenamiento jurídico y en concreto al Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- El Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores según la nueva redacción dada por el Artículo 10 del Real Decreto-Ley 5/2006 de 9 de Junio para las mejora y crecimiento de empleo, convalidada por el Artículo 12 de la Ley 43/2006 de 29 de Diciembre de igual nombre, establece que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debiendo autorizarlos en los términos que legalmente se establezcan (número 1) y que "En todo caso se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente Artículo cuando se produzcan algunas de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicio entre empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria o que la empresa cedente carezca de actividad o de organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

La Jurisprudencia en la interpretación de la antigua redacción del citado precepto, ha venido fijando como elementos constitutivos de la cesión ilegal o indicadores de la misma, los criterios recogidos por el citado artículo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Setiembre de 2001 precisa que la finalidad perseguida por el Artículo 43 es "que la relación laboral real coincida con la formal y que



quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando el 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"

De tal forma que en la cesión ilegal, el empresario cedente puede venir constituido por un empresario ficticio "cuando la aportación de este en un supuesto contractual se limita a suministrar la mano de obra sin poner en contribución los elementos personales y materiales que conforma su estructura empresarial" (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1997) o bien por empresas reales, cuando "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" (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 1994). Por otro lado, los supuestos más difíciles en los que cabe apreciar la cesión ilegal, se producen cuando la empresa cedente es una empresa real. En estos casos para delimitar la que puede ser una contratación lícita o una cesión ilícita, se acude a varios criterios delimitadores, como son, que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (Sentencia Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1991); que el trabajador de una empresa se limita a trabajar para otra (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1989); o que la organización empresarial no se haya puesto en juego (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 1994 y 12 de Diciembre de 1997).

En el caso enjuiciado, la Diputación demandada en relación al actor se ha limitado, tal como reflejan las pruebas practicadas ha contratarlo y a pagar su salario, pero sin que haya realizado ningún otro acto de los que son propios de un empresario. El actor como revela la prueba testifical siempre prestó servicios en el concello de Xinzo de Limia, como monitor deportivo, y sometido a las instrucciones que le daba la Concejalía de deportes y el propio coordinador del Concello, pero sin que como este declara, en todo del tiempo en que estuvo contratado, haya venido personal directivo de la Diputación Provincial a ejercer las funciones inherentes al cargo empresarial, como son las de vigilar al trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, concederle vacaciones, etc., suponiendo este comportamiento una dejación de las funciones propias empresariales, que integran el supuesto de la cesión ilegal. Al existir una cesión ilegal, por aplicación de lo dispuesto en el Artículo 43.3 de las consecuencias del despido deben responder conjunta y solidariamente los dos demandados.

CUARTO.- Entrando a conocer ahora la petición de nulidad del despido, por vulneración de la garantía de indemnidad que

lleva aparejado el Derecho a la Tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional en su sentencia 55/04 de 19 de abril (R. 2004\55), con mención de la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad (SSTC 14/1993 de 18 de enero [R. 1993\14], 197/1998 de 13 de octubre [R.1998\97], 140/1999, de 22 de julio [R.1999\140], 168/1999, de 27 de setiembre [R.1999\1681] y 198/2001 de 4 de octubre [R.2001\198]), afirma que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionan privación de garantías procesales, sin que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una condena de represalia por parte del empresario, afirma que en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador en encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 de 18 [R. 1993\7], 14/1993 de 18 de enero 54/1995, de 24 de febrero [RTC 1995\154]).

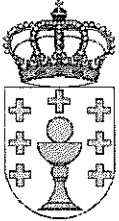
Por otro lado en materia de Derechos Fundamentales es Doctrina Constitucional reiterada -Sentencias del Tribunal Constitucional 266/93, 21/92, 197/90 y 166/1988- la que establece que para que se produzca la inversión de la carga de la prueba que prevé el Artículo 179.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral es necesaria la existencia de indicios -entendidos como "señas o acciones que manifiesten de forma inequívoca algo oculto"- que revelan la existencia de una posible vulneración de un Derecho Fundamental o Libertad Pública del trabajador, debiendo en este caso dar la empresa una explicación razonada de los motivos que llevaron a tomar la decisión que no deje duda alguna de la inexistencia de la vulneración alegada.

En el caso enjuiciado las pruebas practicadas revelan claros indicios de la vulneración del Derecho Fundamental alegado que se concretan en:

- a) El actor presentó demanda de cesión ilegal de trabajadores contra los demandados en fecha 11 de febrero de 2010, y antes de que el Juzgado de lo Social en fecha 1 de julio de 2010 dictara sentencia, la Diputación Provincial de Ourense por escrito de fecha 19 de mayo de 2010 le comunicó al trabajador la finalización de su contrato de trabajo el día 30 de junio de 2010.
- b) Del Contrato de trabajo, cuyo objeto es "proporcionar eventos deportivos colaboración con la concejalía de deportes y preparación documentos administrativos y atención e información al público durante el año 2009/2010" no se infiere para nada que el cese del contrato tenga que haberse producido en esa fecha, y los demandados no han presentado prueba alguna que acredite que las funciones que realmente realizaba el actor, que era monitor deportivo, se hubiesen acabado.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

- c) La prueba testifical presentada por el actor, consistente en la declaración del coordinador del Concello de Verin, revela que el actor no fue nuevamente contratado, como venía sucediendo desde el año 2005, porque estaba en conflicto con el Concello, contratando a otras personas para sustituirle.

Dichos indicios se consideran suficientes, al no haber dado las demandadas una explicación razonable del cese del actor, para declarar que el despido del actor vulnera su Derecho a la Tutela judicial efectiva -Artículo 24 de la Constitución Española- y por ello debe declararse nulo (Artículo 54.5 del Estatuto de los Trabajadores).

QUINTO.- Por último en cuanto al salario regulador, al haberse producido una situación de cesión ilegal, y al haberlo pedido así el actor en su demanda, este debe fijarse en el que le corresponda percibir a un trabajador del Concello demandado que realiza las mismas funciones, y que se cifra, tal como detalla el actor en la demanda, por aplicación del Convenio Colectivo del citado Concello en la cuantía de 2.057'56 euros (1.125'62 euros de salario base, 610'66 euros de complemento de convenio y dos trienios uno por valor de 26'82 euros y otro por valor de 27'35 euros).

SEXTO.- En cuanto a la demanda relativa a los autos nº 677/10 procede su desestimación, pues el despido del actor, como ya se razonó se produjo el día 30 de junio de 2010 y no el 1 de julio de 2010.

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

F A L L O:

Que desestimando la demanda -autos nº 677/10- y estimando la demanda -autos nº 676/10- formulada por D. DAVID CARNERO LORENZO contra el CONCELLO DE XINZO DE LIMIA y la EXCMA DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE, debo declarar y declaro NULO el despido del actor el día 30 de junio de 2010, condenando a los demandados a que conjunta y solidariamente lo readmitan en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y le abone los salarios dejados de percibir.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y adviértaselas de su derecho a recurrir en Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por conducto de este Juzgado de lo Social en el plazo de CINCO DIAS HÁBILES siguientes al de su notificación.

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

Fdo. D. FCO. JAVIER BLANCO MOSQUERA.- Rubricado.- Es copia. La Secretaria.