

Recurso Num.: 1900/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Ángel Blasco Pellicer

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

AUTO

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

En la villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil dieciocho.
Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Ángel Blasco Pellicer**,

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N.º 4 de los de Vigo se dictó sentencia en fecha 22 de abril de 2016, en el procedimiento n.º 233/2014 seguido a instancia de D.^a , contra Imesapi SA y el Concello de Vigo (Pontevedra), sobre cesión ilegal, que estimaba en parte la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 27 de febrero de 2017, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 22 de marzo de 2017, se formalizó por el letrado D. Francisco José Méndez Senlle en nombre y representación de D.^a , recurso de casación para la unificación de

doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada. Y por escrito de fecha 16 de junio de 2017 y para actuar ante esta Sala se designó al procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 26 de octubre de 2017, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2017 (R. 2911/2016), desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora y confirma la sentencia de instancia, que estimó en parte su demanda en cuanto a la reclamación de cantidad, pero desestimó la misma en lo que atañe a la acción declarativa de cesión ilegal y las consecuencias derivadas de tal declaración, deducida contra la empresa Imesapi, SA, y Concello de Vigo.

Consta que la demandante prestó servicios para Imesapi desde el 16-7-2004, con una categoría de oficial 2ª administrativo, en el centro Cívico del Concello de Vigo en Coruxo, al ser dicha empresa la adjudicataria del servicio de atención al público y conserjería. En fecha 15-7-2013 se le comunicó que

con efectos de 31-7-2013 finalizaría la prestación de servicios; presentada demanda por despido, se dictó sentencia el 30-6-2015, declarando la improcedencia, la existencia de cesión ilegal, y fijando la antigüedad en fecha 1-1-2008, condenando solidariamente a ambas empresas; dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior en fecha 8-2-2016; en fecha 3-7-2015 el Concello optó por la indemnización. Con fecha 4-7-2013 la actora formuló reclamación previa a la vía jurisdiccional social en materia de cesión ilegal de trabajadores y reclamación de cantidad y con fecha 24-7-2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación con la empresa Imesapi con el resultado sin avenencia; con fecha 31-7-2013 la actora formuló demanda de cesión ilegal, relación laboral indefinida y reclamación de cantidad, que se archivó mediante Auto de fecha 6-2-2014. La nueva demanda, tras el archivo de la precedente, fue presentada el 11-3-2014.

En relación a la cuestionada existencia de cesión ilegal, considera la Sala que en el caso de autos la demanda se presentó el 11-3-2014, por tanto cuando ya había tenido lugar el despido con efectos de 31-7-2013, con lo que no solamente no estaba viva la cesión ilegal al tiempo de presentarse la demanda, sino que ni siquiera lo estaba la relación laboral. Y la inicial demanda presentada el 31-7-2013, no puede ser tomada en consideración, pues no es la demanda rectora de los presentes autos, y, además, la misma se archivó mediante Auto de 6-2-2014, que no consta fuera recurrido. Y si bien es cierto que la reclamación previa a la vía jurisdiccional se presentó el 4-7-2013, por tanto estando vigente la supuesta situación de cesión ilegal, no lo es menos que ni la LRJS ni la LEC prevén que el efecto propio de la litispendencia se produzca con la reclamación administrativa previa, o, en su caso, con la papeleta de conciliación, sino con la demanda (art. 410 LEC). Y, aunque se hubiera alegado, resultaría difícil asumir que existió en el caso de autos una actuación empresarial tendente a privar a la parte demandante de acción en relación a la cesión ilegal, puesto que la actora presentó una primera demanda antes de que se extinguiese la relación laboral, si bien no subsanó en plazo las deficiencias observadas por el Juzgado, archivándose la misma.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por la actora y tiene por objeto determinar la existencia de cesión ilegal porque para fijar si la relación laboral seguía no viva debe atenderse a la fecha de presentación de la papeleta de conciliación.

Se alega como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de febrero de 2013 (R. 150/2013), que desestima el recurso de suplicación formulado por la empresa Universidad del País Vasco (UPV), y confirma la sentencia de instancia, que estimó la demanda del actor y reconoció su derecho a incorporarse a la plantilla de la citada Universidad, con carácter fijo, con una antigüedad de 1 de septiembre de 2008, con la categoría profesional de Técnico de Redes/Técnico del Grupo IV, y con el salario correspondiente al nivel 16.

En este caso el actor venía trabajando para la empresa Anae Instalaciones Eléctricas y Comunicaciones, SL, con antigüedad de 2006, si bien desde el 1-9-2008 prestó servicios en exclusiva en la UPV. El 30-9-2011

presentó escrito de reclamación previa ante la UPV sobre reconocimiento del derecho de incorporación a la plantilla laboral de la Universidad por haber incurrido en cesión ilegal del trabajador. Ese mismo día el supervisor de la UPV comunicó que a partir del 30-9-2011 se iba a proceder a incorporar a otras personas y que no era necesario el demandante, el cual el 1-10-2011 dejó de prestar servicios para la UPV y continuó trabajando para su empleadora Anae.

La Sala desestima el recurso de la UPV, en el que se argumenta que para sostener la acción declarativa de cesión ilegal es necesario que la relación con la cesionaria se mantenga en vigor al momento de interponer la demanda, concurriendo falta de acción puesto que el día 1-10-2011 el actor dejó de trabajar en la UPV y la demanda no se interpone sino el siguiente 4-11-2011. Fundamenta su decisión en que se han constatado los efectos perniciosos de una utilización indebida de la “espera” generada en el período predemanda, teniendo en cuenta lo siguiente: a) La Juzgadora de instancia aprecia una actuación fraudulenta por parte de la UPV, que afecta incluso a la garantía de indemnidad a proporcionar al trabajador, pues una vez interpuesta la reclamación previa se le cambia de puesto de trabajo y, sobre todo, de empleador, de un día para otro; b) La celérica conducta empresarial se explica porque conocía las consecuencias jurídico laborales que puede llevar esa conducta, dado que ya la Sala había declarado la existencia de cesión ilegal entre la UPV y otra empresa. Por tanto, al haber hecho la UPV un uso fraudulento de la reclamación previa concluye que una vez formulada esta y con carácter previo a su modificación contractual-empresarial, el trabajador disponía de acción cuando interpuso la demanda.

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al diferir los hechos y circunstancias acreditadas, así como la razón de decidir de las respectivas resoluciones. En particular, la sentencia de contraste basa su decisión en el uso fraudulento de la reclamación previa hecho por la Universidad, que afecta incluso a la garantía de indemnidad a proporcionar al trabajador, pues una vez interpuesta la reclamación previa se le cambia de puesto de trabajo y de empleador, de un día para otro, respondiendo la veloz actuación empresarial a que conocía las consecuencias jurídico laborales que podía acarrear esa conducta, dado que ya en otro litigio la Sala había declarado la existencia de cesión ilegal entre la Universidad y otra mercantil. Nada similar se da en la sentencia recurrida, en la que no se acredita una irregular actuación empresarial, sino que lo sucedido solo afecta a la propia actora, que presenta la demanda por cesión el 11-3-2014, habiendo tenido lugar el despido con efectos de 31-7-2013, y si bien presentó reclamación previa a la vía jurisdiccional el 4-7-2013 y demanda el 31-7-2013, esta se archivó mediante Auto de 6-2-2014.

SEGUNDO.- Las precedentes consideraciones no quedan afectadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 21 de noviembre de 2017, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su

providencia de 26 de octubre de 2017, insistiendo en la existencia de contradicción de acuerdo con su criterio, pretendiendo que entre los asuntos solo hay una "sutil" diferencia, y sin que en absoluto deba abordarse el fondo del asunto para determinar la falta de contradicción.

TERCERO.- De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Francisco José Méndez Senlle, en nombre y representación de D.^a , representado en esta instancia por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 27 de febrero de 2017, en el recurso de suplicación número 2911/2016, interpuesto por D.^a , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Vigo de fecha 22 de abril de 2016, en el procedimiento n.º 233/2014 seguido a instancia de D.^a , contra Imesapi SA y el Concello de Vigo (Pontevedra), sobre cesión ilegal.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA
Tfno: 981184 845/959/939
Fax:881881133 /981184853
NIG: 36057 44 4 2014 0001115
Modelo: 084000

TIPO Y N° DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 2911 /2016GA
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 233/2014 JDO.
DE LO SOCIAL n° 4 de VIGO

Recurrente/s:

Abogado/a: FRANCISCO JOSE MENDEZ SENLLE

Procurador/a: RAMON DE UÑA PIÑEIRO

Recurrido/s: IMESAPI,S.A., CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Abogado/a: IGNACIO CASEIRO GOMEZ, LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador/a: , JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA ,

M. SOCORRO BAZARRA VARELA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO:

Que en los citados autos se ha dictado resolución que literalmente dice:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCÍA AMOR

ILMA SR^a D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintisiete de febrero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 2911/2016, formalizado por el Letrado D. FRANCISCO JOSÉ MÉNDEZ SENLLE, en nombre y representación de D^a , contra la sentencia número 236/2016 dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 233/2014, seguidos a instancia de D^a

frente a IMESAPI, S.A., y el CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a presentó demanda contra IMESAPI, S.A., y el CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil dieciséis.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "Primero.- La demandante D^a, , prestó servicios para IMESAPI, S.A. desde el 16-07-04, con una categoría de oficial 2^a administrativo, con un salario de 1.314,87 euros./ Segundo.- La actora venía trabajando en el centro Cívico del Concello de Vigo en Coruxo, al ser IMESAPI la adjudicataria del servicio de atención al público y consejería. En fecha 15-07-13 se le comunicó que con efectos 31/07 finalizaría la prestación de servicios. Presentada demanda por despido, se dictó sentencia el 30-06-15, declarando la improcedencia del despido, la existencia de cesión ilegal, fijando la antigüedad en fecha 01-01-08, categoría de administrativa C1, nivel 19, y un salario de 2.094,14 euros, condenando solidariamente a ambas empresas. Dicha sentencia fue confirmada por el TJS de Galicia en fecha 08-02-16./ Tercero.- En fecha 03-07-15 el Concello optó por la indemnización./ Cuarto.- Reclama la parte actora la suma de 7.937,32 euros en concepto de salarios por el periodo de julio/12 a junio/13."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a, , debo condenar y condeno solidariamente a la empresa IMESAPI, S.A. y al CONCELLO DE VIGO, a que abonen a la referida actora la cantidad de 7.937,32 euros, así como un interés por mora del 10%."

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente. Se presentó por la parte demandante documento en trámite de suplicación, dándose traslado a las partes para alegaciones sobre su admisión.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes:



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Aproximación general al objeto del recurso

1.1.- La sentencia de instancia estimó en parte la demanda interpuesta en cuanto a la reclamación de cantidad. Pero desestimó la misma en lo que atañe a la acción declarativa de cesión ilegal y las consecuencias derivadas de tal declaración.

1.2.- La parte demandante recurre al amparo del art. 193 a), b) y c) de la LRJS.

1.3.- El Concello de Vigo impugnó el citado recurso.

SEGUNDO: En relación al documento aportado por la parte actora

2.1.- Se aportaron por la demandante, recurrente en suplicación, con el escrito de interposición del recurso y con posterioridad al mismo, documentos consistentes en resolución de 3 de octubre de 2016 del Concello de Vigo, con arreglo a la cual se acuerda la readmisión de tres compañeras de la actora, así como sentencia de instancia y de este TSJ sobre esas tres compañeras de la demandante.

De tales documentos se concedió traslado para alegaciones por tres días a las partes con arreglo al art. 233.1 LRJS. No evacuándose alegaciones.

2.2.- Si bien es cierto que el art. 233.1 LRJS prevé su resolución mediante auto, entendemos que cabe pronunciarse sobre la inadmisión en la propia sentencia, para una mayor celeridad (art. 74.1 LRJS) y dado que ello no ocasiona indefensión alguna a las partes; y teniendo asimismo en cuenta que, con el precepto citado, el auto que se dictase no sería recurrible en reposición. Por otro lado, esta misma Sala del TSJ de Galicia ya ha admitido la posibilidad de pronunciarse en sentencia sobre la inadmisión de los documentos nuevos aportados por las partes, con carácter previo a abordar los motivos de recurso. Criterio que ha seguido esta Sala en diversas ocasiones, como en las SSTSJ Galicia de 22 de octubre de 2015 (rec: 3227/2015) y 15 de julio de 2015 (rec: 1256/2015).

2.3.- En el caso de autos, los mencionados documentos no han de ser admitidos, con el art. 233.1 LRJS, y ello dado que entendemos que no son decisivos para la resolución del presente recurso, pues en el caso abordado en los mismos no se daban las mismas circunstancias que en el presente supuesto, en el que la situación de cesión ilegal no concurre al tiempo de interponerse la demanda.

Por tanto, no se admiten los documentos invocados por la recurrente.

TERCERO: Motivos de recurso al amparo art. 193 a) LRJS

3.1.- La parte demandante solicita al amparo del art. 193 a) LRJS —“Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o

garantías del procedimiento que haya producido indefensión —
la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que ocasionaron indefensión.

Se argumenta, en concreto, que la magistrada de instancia no resuelve sobre las pretensiones relativas a la cesión ilegal, señalándose también que con el principio de "perpetuatio jurisdictionis", y citando la STS de 11-12-12, el momento determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal es el momento de interposición de la demanda.

Por la parte impugnante, Concello de Vigo, se opone a la estimación del recurso, entendiéndose que la sentencia de instancia es ajustada a derecho.

3.2.- Siendo esto así, respecto al objeto del recurso de suplicación previsto en el art. 193 a) LRJS esta Sala cree conveniente recordar que, como ya indicó en su sentencia de 31-3-15 (rec: 4233/2014):

"Ha de tenerse en cuenta que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986; 98/1987; 41/1989, de 16 febrero; 207/1989; 145/1990, de 1 octubre; 6/1992; 289/1993).

No todas las infracciones de normas procesales implican el mencionado excepcional efecto de la nulidad de pleno derecho, cuya declaración ha de reservarse, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, para cuando dicha infracción haya producido la referida indefensión. En efecto, el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) limita la nulidad de pleno derecho "...c) cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión".

Por otro lado, debe tenerse presente que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio extraordinario y



excepcional, contrario al principio de economía procesal propio del proceso laboral que debe limitarse a aquellos supuestos en que se cause material indefensión (STC de 15 de noviembre de 1991, RTC 1991\218, y de 21 de noviembre de 1995, RTC 1995\172); y esa material indefensión no existe cuando - como ocurre en el presente caso- los hechos probados -y la fundamentación jurídica- permiten la resolución de la cuestión principal planteada y, en todo caso, dichos hechos son susceptibles de ser revisados y/o modificados o completados a través del referido cauce procesal del art. 193. b) de la LRJS, que la parte recurrente ha utilizado, dedicando el segundo motivo de su recurso a la revisión fáctica de la sentencia recurrida... ”

3.3.- Y esta Sala entiende que en el supuesto de autos no existe indefensión ocasionada a la parte recurrente, pues la magistrada de instancia sí resuelve sobre la pretensión de cesión ilegal y las que están vinculadas con tal declaración de cesión ilegal, si bien en sentido desestimatorio por entender que “ las mismas han dejado de tener virtualidad dada la opción por la indemnización comunicada en el procedimiento de despido ”. Cuestión distinta es que se quiera combatir el sentido del fallo a través de los arts. 193 b) y c) LRJS, como hace la recurrente. No obstante ello, como luego se dirá, entendemos que, como la propia recurrente expone, el momento procesal a tener en cuenta para determinar la vigencia o no de la situación de cesión ilegal es el de interposición de la demanda; y lo cierto es que al interponerse la demanda que dio lugar a los presentes autos, la cesión ilegal ya no existía, tal y como luego se explicará de manera más extensa. Por tanto, no ha existido indefensión ocasionada a la parte recurrente.

CUARTO: Motivos de recurso al amparo art. 193 b) LRJS

4.1.- La parte demandante discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS —“Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas ”—.

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS:

—Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011. Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998. Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración **ex novo** de toda la prueba practicada, STC 294/1993.

-Que la prueba alegada revele un error del juzgador, debiendo advertirse tal error de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba (SSTC n° 44/1989 de 20-2-89; y 24/1990, de fecha 15-2-1990; y SSTS 30-10-91; 22-5-93; 16-12-93 y 10-3-94). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 6-5-85 y 5-6-95).

-Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS de 28-5-2003; 02/06/92; SG 16/04/14 - rco 261/13 -; y 25/05/14 -rco 276/13)

-Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS. Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16/09/15 R. 1353/14, 12/06/15 R. 4364/13, 14/05/15 R. 4385/13, 09/03/15 R. 3395/13, 11/02/15 R. 970/13, 20/01/15 R. 3950/14-.

-Además, no puede olvidarse, como señalamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014) que "nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o



menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.”

4.2.- Solicita la recurrente que se adicione un nuevo hecho probado quinto, con base en la documental a los folios 260 a 266 de autos, 274 y 11 a 13 de autos. La redacción sería la siguiente: “ Con fecha 4 de julio de 2013 la actora formuló reclamación previa a la vía jurisdiccional social ante el Concello de Vigo, en materia de cesión ilegal de trabajadores y reclamación de cantidad y con fecha 24 de julio de 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación con la empresa IMESAPI SA con el resultado sin avenencia.

Asimismo, con fecha 31 de julio de 2013 la actora formuló demanda ante el Decanato de los Juzgados de Vigo de cesión ilegal, relación laboral indefinida y reclamación de cantidad que dio lugar a los Autos de PO 903/2013 ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, demanda que se archivó mediante Auto del mismo Juzgado de fecha 6 de febrero de 2014, por no subsanar el defecto consistente en ampliar contra el administrador concursal de la empresa”.

Se señala que las cuestiones procedimentales indicadas son relevantes a los efectos de resolver el presente recurso.

4.3.- Se accede a la adición del citado hecho probado, si bien entendiendo que el mismo ha de completarse en relación con el propio antecedente de hecho primero de la sentencia recurrida, en la que consta que la nueva demanda presentada por la parte actora, tras el archivo de la precedente, fue presentada el 11 de marzo de 2014, por tanto, no estando vigente ya la situación de cesión ilegal.

Se accede a la adición propuesta por resultar de los documentos referidos, y además, dado que la misma es relevante, como se verá, para resolver el presente recurso, sin perjuicio de que ello haya de ser en un sentido distinto del pretendido por la parte recurrente.

QUINTO: Motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

5.1.- La parte recurrente alega también como motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS —“Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”— la infracción del art. 43 ET, en especial su apartado cuarto. Entiende que concurre la situación de cesión ilegal, que por lo demás ya fue apreciada como cuestión previa en la sentencia de despido.

El Concello de Vigo impugnó el recurso, oponiéndose a la estimación del mismo, por considerar ajustada a derecho la sentencia de instancia.

5.2.- Pues bien, dicho esto, entendemos que el recurso ha de ser desestimado, y nuestros argumentos son los siguientes:

5.2.1.- Sin perjuicio de que una sentencia resultante de un procedimiento sobre cesión ilegal pueda, en su caso, ser objeto de ejecución —así STS de 11 de diciembre de 2012 (rec: 271/12), que cita la recurrente—, es lo cierto que para

accionar frente a la cesión ilegal es necesario que la misma esté viva al tiempo de presentarse la demanda. Y, en el caso de autos, la demanda se presentó el 11 de marzo de 2014, y la relación laboral de la parte demandante se extinguió el 31 de julio de 2013, fruto del despido que se le comunicó el 15-7-13. Tal despido fue impugnado dando lugar a una sentencia en la cual se resolvió calificarlo como improcedente, y en cuyo cumplimiento el ayuntamiento ahora demandado optó por la extinción de la relación laboral y el abono de la indemnización —hechos probados segundo y tercero—.

En todo caso, la exigencia de que la cesión ilegal esté viva al tiempo de interponerse la demanda resulta de los arts. 410, 411 y 413.1 LEC. En tal sentido, el art. 410 LEC indica que **“la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.”** Y resulta de aplicación la LEC con la DF 4ª LRJS, dado que la LRJS no regula el momento en que se producen los efectos de la litispendencia.

5.2.2.- En relación con ello, el Tribunal Supremo ha venido a señalar que la acción que pretenda la declaración de cesión ilegal y el ejercicio de la facultad electiva prevista en el art. 43 ET, ha de ejercitarse **mientras subsista la cesión... De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de firmeza, aunque aquella haya sido ilegal** ”. Precizando además la Sala 4ª del Alto Tribunal que el momento al que hay que estar, para valorar si persiste la situación de cesión ilegal, es el de la interposición de la demanda si luego es admitida, **“ pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia** .” E igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que el momento en que ha de subsistir la situación de cesión ilegal es el de presentación de la demanda, y no el de la presentación de la papeleta de conciliación, de acuerdo con los preceptos antes expuestos —STS 29 de octubre de 2012 (Rec: 4005/2011), con cita de otras anteriores. En similar sentido, cabe citar la STS 7-5-10 (Rec: 3347/2009) —. Es más, la propia parte recurrente cita la STS de 11 de diciembre de 2012 (rec: 271/12), en la que el Tribunal Supremo, entre otros aspectos, indica que **“ el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede ser encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento es cuando se producen los efectos de la litispendencia, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC”**

5.2.3.- En el caso de autos, como dijimos, la demanda se presentó el 11-3-14, por tanto cuando ya había tenido lugar el despido con efectos de 31-7-13, con lo que no solamente no estaba viva la cesión ilegal al tiempo de presentarse la demanda, sino que ni siquiera lo estaba la relación laboral.



Por otro lado, la inicial demanda presentada el 31 de julio de 2013, no puede ser tomada en consideración, pues no es la demanda rectora de los presentes autos, y, además, la misma se archivó mediante auto de 6-2-14, que no consta fuera recurrido ~~hecho probado adicionado más arriba~~.

Por lo demás, es cierto, que la reclamación previa a la vía jurisdiccional se presentó el 4-7-13, según el hecho más arriba adicionado, por tanto estando vigente la supuesta situación de cesión ilegal, pero no lo es menos que ni la LRJS ni la LEC prevén que el efecto propio de la litispendencia se produzca con la reclamación administrativa previa, o, en su caso, con la papeleta de conciliación, sino con la demanda, como ya dijimos. Es más, aunque se hubiera alegado, resultaría difícil asumir que existió en el caso de autos una actuación empresarial tendente a privar a la parte demandante de acción en relación a la cesión ilegal, puesto que la misma sí presentó una primera demanda antes de que se extinguiese la relación laboral y la cesión ilegal cuya declaración ahora pretende, si bien no subsanó en plazo las deficiencias observadas por el Juzgado, archivándose la misma. Archivo que, como dijimos, no consta que hubiera sido dejado sin efecto a través del correspondiente recurso.

5.2.4.- Por todo lo dicho, entendemos que la parte actora carecía de acción en relación a la cesión ilegal pretendida, pues la misma no subsistía al tiempo de interposición de la demanda que dio lugar a los presentes autos. Por lo que, sin perjuicio de que las sentencias que constatan la existencia de una cesión ilegal puedan ser ejecutadas en su caso ~~como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo que invoca la recurrente~~, ello no permite deducir que pueda accionarse por cesión ilegal si la misma no está viva al tiempo de interponerse la demanda.

Por todo ello, se desestima el recurso.

SEXTO: Costas del recurso, consignaciones y depósito

No procede condenar en costas a la parte demandante, por gozar del beneficio de asistencia jurídica gratuita ~~arts. 235.1 y 21.4 LRJS~~.

F A L L A M O S

1.-. DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por D^a. frente a la sentencia de 22 de abril de 2016 del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, dictada en los autos nº 233/14 seguidos frente al CONCELLO DE VIGO y la empresa IMESAPI SA, que confirmamos.

1.1.- Sin condena en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para

Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el n° **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n° del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a veintisiete de febrero de dos mil diecisiete. Doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

SENTENCIA:

-

RÚA LALÍN 4-3º, TELEFONOS: SENTENCIAS/RECURSOS: 986817453 - JDO REFUERZO 886218424
Tfno: 986817451/2
Fax: 986817454

MA

NIG: 36057 44 4 2014 0001115
N02700

Procedimiento origen: /
Sobre: ORDINARIO

DEMANDANTE/S D/ña:
ABOGADO/A:
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña:
ABOGADO/A:
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA

En la ciudad de Vigo, a veintidós de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, Carmen López Moledo, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número Cuatro de Vigo, los presentes autos sobre cantidades seguidos entre partes, como demandante D^a. M^a asistida del letrado Sr. Pérez Domínguez y como demandada la empresa IMESAPI, S.A. representada por el letrado Sr. Caseiro Gómez, y el CONCELLO DE VIGO representado por el letrado Sr. Olmos Pita.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11-03-14 tuvo entrada en este Juzgado de lo Social demanda presentada por la citada parte demandante en la que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaba suplicando que se dictase sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.



Segundo.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 20-04-16, el cual se celebró el día señalado en todas sus fases con el resultado que consta en el acta, quedando los autos conclusos para sentencia.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Tercero.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las normas legales de procedimiento.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS

Primero.- La demandante D^a. , prestó servicios para IMESAPI, S.A. desde el 16-07-04, con una categoría de oficial 2^a administrativo, con un salario de 1.314,87 euros.

Segundo.- La actora venía trabajando en el centro Cívico del Concello de Vigo en Coruxo, al ser IMESAPI la adjudicataria del servicio de atención al público y consejería. En fecha 15-07-13 se le comunicó que con efectos 31/07 finalizaría la prestación de servicios. Presentada demanda por despido, se dictó sentencia el 30-06-15, declarando la improcedencia del despido, la existencia de cesión ilegal, fijando la antigüedad en fecha 01-01-08, categoría de administrativa C1, nivel 19, y un salario de 2.094,14 euros, condenando solidariamente a ambas empresas. Dicha sentencia fue confirmada por el TJS de Galicia en fecha 08-02-16.

Tercero.- En fecha 03-07-15 el Concello optó por la indemnización.

Cuarto.- Reclama la parte actora la suma de 7.937,32 euros en concepto de salarios por el periodo de julio/12 a junio/13.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Acreditada la relación laboral y sus circunstancias de antigüedad, categoría y salario, por la documental aportada no acreditándose por la demandada el pago de lo reclamado o causa obstativa de tal obligación (carga que le incumbe a tenor del art. 1214 C.C) procede estimar la demanda por aplicación de los arts. 4-2-f); 26; 29; y 31 del Estatuto de los Trabajadores.

Matizar que la relación laboral de la demandante se extinguió el 31-07-13, pues tras la sentencia que declaró improcedente el despido, se optó por la indemnización; y dada



la declaración de cesión ilegal, tiene derecho la actora a percibir los salarios correspondientes al personal laboral de Concello, por el periodo reclamado. Y respecto al resto de peticiones que conforman el suplico, entendemos que las mismas han dejado de tener virtualidad dada la opción por la indemnización comunicada en el procedimiento de despido.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Segundo.- Según lo dispuesto por el artículo 191 de la LRJS, contra esta sentencia pueden la partes interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a.
, debo condenar y condeno solidariamente a la empresa IMESAPI, S.A. y al CONCELLO DE VIGO, a que abonen a la referida actora la cantidad de 7.937,32 euros, así como un interés por mora del 10%.

Se hace saber a las partes que contra esta resolución cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que podrán anunciar al notificarle esta resolución o ante este Juzgado de lo social en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, por comparecencia o por escrito. Si la recurrente fuese la demandada, no se le admitirá sin la previa presentación de justificante de haber consignado el importe de la condena que deberá ingresar en el n° de cuenta de este Juzgado de lo Social n° cuatro ES55.0049.3569.92.0005001274 del Banco Santander debiendo poner en el campo concepto, n° 3629.0000.65.0233.14, conforme al art. 191 de la L.R.J.S.; o presentación de aval bancario en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista más 300 euros del depósito especial que exige la Ley de Regulación de la Jurisdicción Social, debiendo ser consignados en el N° de cuenta del Juzgado y en la clave 36; ambos ingresos deberán efectuarse por separado. Asimismo deberá designarse letrado por el recurrente.

Así por ésta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.