

Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 1873/2012 de 18 julio

[JUR\2012\330752](#)



CESION ILEGAL DE TRABAJADORES: existencia: existencia: actividad limitada a suministrar la mano de obra: despido improcedente: responsabilidades.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 1315/2012

Ponente: Illma. Sra. Rafaela Horcas Ballesteros

1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

M.F.R.

SENT. NÚM. 1873-2012

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ

ILTMO. SR. D. FERNANDO OLIET PALÁ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL

ILTMA. SRA. D^a. RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

MAGISTRADOS

En Granada, a 18 de julio de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada,

compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. **1315-12** , interpuesto por EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARMOLEJO (Jaén) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE JAÉN, en fecha 2 de febrero de 2012 , en autos núm. 663-11 . Ha sido ponente la Iltma. Sra. Magistrado Doña **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Don Casiano , sobre despido, contra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARMOLEJO (Jaén) y CLUB DEPORTIVO UTICSPORT DE MARMOLEJO; y admitida a trámite y celebrado juicio, se dictó sentencia en fecha 2 de febrero de 2012 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "**Que desestimando la excepción alegada de incompetencia de jurisdicción y estimando la demanda interpuesta por D. Casiano , debo declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando de forma solidaria a las empresas demandadas AYUNTAMIENTO DE MARMOLEJO Y AL CLUB DEPORTIVO UTICSPORT DE MARMOLEJO a que a su opción y dentro del término legal readmitan al trabajador en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones en que venía desempeñándolo con antelación al despido, o le indemnice en la cantidad de 19.874'88 Euros. y en uno u otro caso le abono los salarios de tramitación que asciende a la cantidad de 8.206'92 Euros**" .

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- El actor DON Casiano con D.N.I. NUM000 , venía prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa CLUB DEPORTIVO UTICSPORT MARMOLEJO, mediante contrato suscrito en 10- 10-03 , para la realización de las tareas propias de Auxiliar Administrativo, y con un salario de 1.652'60 Euros, en servicios propios de la comunidad demandada.

SEGUNDO.- Que la Corporación Municipal demandada celebró convenio en 1-6-04 con el Club Deportivo Uticsport demandado en el que se determinó que se cedía la gestión de toda la organización de control y segurimiento del sistema deportivo local, así como oferta y organización de actividades deportivas y mantenimiento de las instalaciones deportivas municipales con la construcción material y servicios que lo engloban y los enseses que figuran en los mismos, firmándose entre el Alcalde Presidente y el Tesorero del Club deportivo Pascual , estableciéndose que el personal para la administración, mantenimiento y conservación de las instalaciones será controlado por la entidad colaboradora, sin embargo para el personal contratado con anterioridad por el ayuntamiento y que ahore absorbe el club deportivo la corporación se compromete en caso de disolución del presente contrato a recuperar los trabajadores sin pérdida de antigüedad#, estableciéndose un periodo de duración anual y unas partidas presupuestarias anual que fueron entregadas en su momento, figurando el convenio en autos y dándose aquí por reproducido en aras de la economía procesal.

TERCERO.- Que dicho convenio conforme a los informes de la corporación demandada se hizo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido en la norma, sin que existan expedientes informes técnicos y cualquier otra actividad previa a dicho convenio.

CUARTO.- Que la corporación municipal determinó poner fin a dicho convenio con efectos de 31-8-11.

QUINTO.- Que el actor prestaba sus servicios en centros de trabajo deportivos de la corporación municipal abonándose por dicha corporación las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social realizándose las nóminaas del actor, abonándose las, y llevando la

dirección total y absoluta de los trabajos del actor en dichas dependencias municipales, hasta el 31-8-11 en que se ordenó cursar las bajas en Seguridad Social y en nóminas correspondientes.

SEXTO.- Que el actor es socio fundador del Club Deportivo codemandado, el cual efectuó su acta fundacional en 26-9-03.

SÉPTIMO.- Que los presidentes del club demandado han sido siempre el Alcalde Presidente de la Corporación o el Concejal del Area de **Deportes de la Corporación, abonándosele los salarios por el Ayuntamiento, cotizándose a la Seguridad Social por la Corporación entregándose la ropa de trabajo y dando las órdenes necesarias.**

OCTAVO.- Que a partir de 1-9-11 el Ayuntamiento al dar de baja el acuerdo con la codemandada decidió rescatar la gestión directa nominal del servicio de gestión y mantenimiento desde el 1-9-11, siguiendo realizandose las mismas actividades, y en 6- 9-11 se notificó verbalmente al actor que debía dejar prestar servicios en su puesto de trabajo e impidiéndosle la entrada al mismo.

NOVENO.- Que instó papeleta de conciliación el 15-9-11 del cual se celebró sin efecto en 23.9.11., instando vía previa ante la corporación demandada en 14-9-11 y demanda el 5-10-11.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARMOLEJO (Jaén), recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

La sentencia de instancia estima la pretensión del trabajador actor declarando la improcedencia del despido y condenando de manera solidaria a los dos demandados, ayuntamiento y club deportivo, a que a su opción readmitan al trabajador en su puesto de trabajo o a que le indemnicen en la cantidad que se determina y, en uno y otro caso, al abono de los salarios de tramitación. La sentencia ha sido recurrida por el Ayuntamiento demandado, siendo impugnado el recurso de contrario.

SEGUNDO

- En primer lugar, al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS, se interesa la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, concretamente para que el hecho probado quinto se le dé la siguiente redacción alternativa: "**Que el actor prestaba sus servicios para UTICSPORT en los centros de trabajo que el Ayuntamiento le había cedido a dicha en virtud del convenio de colaboración suscrito entre ambas entidades, abonándose con cargo a la subvención que anualmente el Ayuntamiento le entregaba a UTICSPORT en contraprestación por tales servicios, los salarios y cotizaciones a Seguridad Social del actor**". Igualmente, para que al hecho probado séptimo se le supriman los renglones tercero y cuarto.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión es necesario precisar que a través de la misma según reiterada doctrina jurisprudencial: a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada - siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos o que se hayan aportado conforme LRJS. b) No basta con que la revisión se base en documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión. c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de razonamientos, por ello mismo se impide la inclusión de

afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador "a quo".

En base a la anterior doctrina y comprobado la prueba documental que se cita tanto por el Ayuntamiento respecto de la modificación del hecho probado quinto no procede la misma ya que se pretende hacer una interpretación subjetiva y partidista del Convenio suscrito así como del hecho del pago de cotizaciones a Seguridad Social, nóminas suprimiendo además cualquier referencia a quién llevaba a cabo la dirección de los trabajos que realizaba el actor. Por lo que se refiere al hecho probado séptimo tampoco procede la modificación interesada al ser un hecho negativo que no aparece acreditado por prueba alguna.

TERCERO

Al amparo del apartado c) del art. 193 de LRJS se alega por el recurrente Ayuntamiento alega que no procede readmitir al trabajador puesto que el mismo no se encuentra incluido en la RPT.

Dejando inalterado el relato de hechos probados de la sentencia, resulta que el actor que si bien desde el 2003 prestaba servicios para UTICSPORT, desde el 1 de junio de 2004 el actor prestaba servicios en los centros de trabajos deportivos de la corporación municipal, que era ésta la que abonaba las cotizaciones a la Seguridad Social, que esta realizaba las nóminas, se las abonaba llevando la dirección total y absoluta de los trabajos del actor en dichas dependencias municipales, que incluso el 31.8.11 ordenó cursar la baja en la Seguridad Social y en la nómina correspondiente (hecho probado quinto).

Efectivamente, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS 21-61990), debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleado por los contratantes (STS 23-10-1989).

De conformidad con el art. 43 del E.T . la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, entendiéndose el recurrente que no existe cesión ilegal de trabajadores al tratarse de una empresa real con funciones determinadas.

La sentencia del Tribunal Supremo, dictada en Unificación de Doctrina de fecha 25/10/1999 (Rec. 1792/1998 .), sobre los presupuestos configuradores de la cesión ilegal de trabajadores y de su distinción con la lícita contrata de obra y servicios, establece como regla, que existe una verdadera subcontratación de la propia actividad y no se está ante un supuesto de cesión ilegal cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa (SSTS/IV 17-02-1993 y 11-10-1993). Ahora bien, esta regla debe ser interpretada en sus precisos términos pues exige delimitar cuando existe verdaderamente un "contratista real", entendiéndose que para poder declarar tal existencia al mismo le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad, por lo que sólo existirá una auténtica contrata "cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador" (STS/Social 17-01-1991 y STS/IV 31- 01-1995). En esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas SSTS/IV 19-01-1994 (recurso 3400/92) y 12-12-1997 (recurso 3153/96), ha fijado como línea de distinción la determinación no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba como verdadero empresario".

En consecuencia de lo anterior según el propio relato fáctico pone de manifiesto que la contratación del actor se realizó por la última empresa demandada de manera ficticia porque del relato de hechos no se deduce una actividad empresarial con patrimonio propio y actividad autónoma

que lo identifique, muy al contrario se dice que el trabajador dependían en cuanto a dirección y organización de sus obligaciones, y además en cuanto a las nóminas y cotizaciones a la Seguridad Social del Ayuntamiento demandado. Por todo lo cual se cumplen cada uno de los requisitos señalados anteriormente para considerar que nos encontramos ante una "empresa o empleadora ficticia" como se dice acertadamente en la sentencia que se recurre, ya que tanto no se asume por la misma ni la organización, ni el control ni la dirección, y gestión de dicho personal contratado, no asumiendo los riesgos propios de la misma recaen en la empleadora contratante. A mayor abundamiento de lo anterior se comprueba la continuidad cronológica en la prestación de los mismos servicios por el trabajador, en centros o dependencias deportivas municipales todo ello con independencia de las diversas vicisitudes contractuales, y con independencia de la denominación jurídica que se le haya querido dar a la contratación. En esta mismo sentido se pronuncia reiterada doctrina jurisprudencial entre otras la de 27.2.2012 rec 1325/11 que dice al efecto: "se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito...". Doctrina que se reitera entre otras en SSTS/IV 19- enero-1994 EDJ1994/242 , 12-diciembre-1997 EDJ1997/10605 , 14-diciembre-2001 , 17-enero-2002 EDJ2002/13505 , 16-junio-2003 EDJ2003/239086 , 3-octubre-2005 EDJ2005/166174 , 20-julio-2007 EDJ2007/152517 , 4-marzo-2008 EDJ2008/31215 y 25-junio- 2009 EDJ2009/166020. Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 [ET \(RCL 1995. 997 \)](#) , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988 EDJ1988/1930); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988 EDJ1988/6944 , 16-febrero-1989 EDJ1989/1655 , 17-enero-1991 EDJ1991/374 y 19-enero-1994 EDJ1994/242) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 EDJ1989/1655 señala que la cesión puede tener lugar « aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta » y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, 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 o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997 ; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010) EDJ2010/285036, la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005) EDJ2006/345877, destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 EDJ2001/70649 , 17 de enero de 2002 , 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia". En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa

posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

El ámbito de la cesión del art. 43ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

La finalidad que persigue el art. 43ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.

La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito.

Una vez determinado que se trata de una cesión ilegal, las consecuencias serán precisamente las que determinan el art. 43 en sus apartados 3 y 4 según el cual: "3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. 4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

En consecuencia debe confirmarse la sentencia que se recurre, desestimándose el recurso interpuesto al no haberse producido la infracción jurídica citada.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

F A L L A M O S

Quedesestimando el recurso de suplicación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARMOLEJO (Jaén) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE JAÉN, en fecha 2 de febrero de 2012 , en autos nº 663-11 , seguidos a instancia de Don Casiano , sobre despido, contra el referido Ayuntamiento y el CLUB DEPORTIVO UTICSPORT DE MARMOLEJO, **debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.**

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 #, así mismo deberá consignar la cantidad objeto de condena o de manera solidaria, si no estuviera ya constituida en la instancia, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.1315.12, Grupo Banesto, en el

Banco Español de Crédito S.A., Oficina Principal (Código 4052), c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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