



Roj: **STSJ M 10055/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10055**

Id Cendoj: **28079340062017100821**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/10/2017**

Nº de Recurso: **692/2017**

Nº de Resolución: **832/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

ROLLO Nº: RSU 692/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 35 d e MADRID

Autos de Origen: **613/2016**

RECURRENTES: EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES SA Y AYUNTAMIENTO DE MADRID

RECURRIDO: D. Torcuato

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a nueve de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 832

En el recurso de suplicación nº **692/2017** interpuesto por **LETRADO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**, en nombre y representación de **AYUNTAMIENTO DE MADRID** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **35** de los de MADRID, de fecha **CATORCE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente el Ilmo Sr. D. **ENRIQUE JUANES FRAGA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **613/2016** del Juzgado de lo Social nº **35** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Torcuato contra **EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES SA Y AYUNTAMIENTO DE MADRID** en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de



la vista, habiéndose dictado sentencia en **CATORCE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente :

"Que estimando como estimo la demanda sobre cesión ilegal formulada por D Torcuato contra EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES SA y AYUNTAMIENTO DE MADRID, debo declarar y declaro la existencia de la citada cesión y en consecuencia el derecho del actor a ser trabajador indefinido de la Entidad local demandada, categoría de Técnico Superior y antigüedad de 24 de octubre de 2006.

Se obliga a las Entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración con todas las consecuencias inherentes a ello a favor del actor".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Que el actor D Torcuato con fecha 24.10.2006 suscribió contrato de trabajo temporal por una duración inicial de tres meses, con la empresa pública municipal Madrid Movilidad SA, entidad al día de hoy extinguida al haber sido fusionada por absorción por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid SA (EMT) con fecha 15.07.2014.

Ostenta al día de la fecha relación indefinida como trabajador de la Empresa Municipal de Transportes desde 1.07.2007.

Su categoría de Titulado Superior.

Salario mensual prorrateado de 3.719,89 € (nómina noviembre 2016).

SEGUNDO.- Que le es de aplicación el Convenio Colectivo de la empresa Municipal de Transportes.

TERCERO.- Que desde el inicio de su relación laboral ha prestado servicios en la Dirección de Medios de Comunicación del Ayuntamiento de Madrid (Gabinete de Información de Tráfico), las instrucciones sobre su trabajo se las dabas los responsables de la empresa cesionaria, nunca ha estado en la sede de Madrid Movilidad o EMT, ni ha recibido órdenes directas o indirectas de sus superiores en dicho organismo, y nunca ha registrado la entrada y salida de su puesto de trabajo en Madrid Movilidad SA ni en la empresa EMT, sino en su centro de trabajo ubicado en la Plaza de Cibeles del Ayuntamiento de Madrid, quien ha puesto todos los medios de trabajo tanto personales como materiales para el desempeño de su actividad y quien ha dado instrucciones y órdenes, fijando su calendario laboral, cuadrantes, fichaje de entrada y salida al puesto de trabajo y demás condiciones laborales.

En este sentido indicar:

"Desde octubre de 2006 al 10 agosto de 2015 ha trabajado como Redactor Técnico de Comunicación en el Centro de Pantallas de Control del Tráfico de Madrid, en el servicio de Información Radiofónica, reportando o facilitando la información a los medios sobre el estado de la circulación, transportes y tráfico en general en Madrid, mediante la emisión de boletines periódicos a través de los diversos medios de comunicación (radio, TV, prensa, agencias, etc.).

Que desde el 10 de agosto de 2015 hasta mediados de octubre ha estado prestando servicios como Redactor en el Servicio de Emergencias del Ayuntamiento de Madrid, también con sede en la Plaza de Cibeles, servicio dependiente de la Concejalía de Seguridad.

En dicho servicio sus tareas cambiaron sustancialmente puesto que en el Servicio de Emergencias ya no se desarrollan tareas relativas al estado de la circulación y tráfico de Madrid sino ha cubierto como Redactor las noticias que se producen de las emergencias a lo largo del día.

Que, desde finales de octubre de 2015 a la actualidad ha vuelto a prestar sus servicios como Redactor para el Gabinete de Información de Tráfico, al no estar cubierto por las pólizas de seguros de los vehículos de emergencias que tenía que utilizar."

El actor asimismo poseía correo corporativo.

CUARTO.- Que la Empresa Municipal de Transporte carece de un Gabinete de Información al Tráfico, lugar de prestación de sus servicios, Gabinete dependiente de la Dirección de Medios de Comunicación del Ayuntamiento de Madrid, como del servicio de Emergencias que cubra incidencias del tráfico en Madrid.

Dicha empresa está participada 100% por el Ayuntamiento de Madrid.

QUINTO.- Que el actor tuvo suspendido su contrato por permiso especial no retribuido desde el 10.11.2013 al 10.09.2014, concedido el 30.10.2013 por Madrid Movilidad.



SEXTO.- Que previa reclamación administrativa el 23.05.2016, formula demanda en solicitud de Cesión ilegal y su incorporación como trabajador indefinido con antigüedad 24.10.2006 en la plantilla del Excmo. Ayuntamiento de Madrid".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 4 de octubre de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación el AYUNTAMIENTO DE MADRID contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda del actor declarando la existencia de cesión ilegal entre la EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES y el AYUNTAMIENTO, declarando el derecho del actor a ser trabajador indefinido de la corporación local demandada con categoría de técnico superior y antigüedad de 24-10-2006. El recurso ha sido impugnado por el trabajador.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS con el fin de rectificar el hecho probado 3º, para el que se propone la siguiente redacción:

"Que desde el inicio de su relación laboral su centro de trabajo ha estado ubicado en la Plaza de Cibeles del Ayuntamiento de Madrid, habiendo prestado servicios en la Dirección de Medios de Comunicación del Ayuntamiento de Madrid, Gabinete de Información de Tráfico, y en el Servicio de Emergencias.

El Director General de Comunicación emite informe que indica:

'Las funciones desempeñadas por D. Torcuato han sido y son las propias de la categoría de Auxiliar Administrativo, concretándose en las siguientes, según período y destino:

Dese octubre de 2006 hasta el 10 de agosto de 2015 y desde octubre de 2015 hasta la actualidad, en el servicio de información radiofónica del Gabinete de Información de Tráfico:

Locución de campañas institucionales y de servicio público para formatos de audio y video del Ayuntamiento de Madrid.

Apoyo administrativo en labores de redacción y contacto con los distintos órganos de comunicación de entidades municipales a las que da cobertura informativa la Dirección General de Comunicación.

Desde octubre de 2006 hasta el 10 de agosto de 2015 y desde octubre de 2015 hasta la actualidad, en el Servicio de Emergencias:

Funciones similares a las descritas en el apartado anterior, pero relacionadas con los servicios prestados por los servicios de emergencias".

Para ello invoca el documento 1 de la prueba de la parte recurrente, informe de funciones del actor emitido por el Director general de comunicación, así como la prueba practicada, que a criterio de la parte, no ha acreditado que el actor haya recibido instrucciones u órdenes de trabajo de los responsables del Ayuntamiento de Madrid, ni que éste haya realizado un control horario, ni que el actor disponga de cuentas de correo municipal ni acceso a la aplicación Ayre del Ayuntamiento de Madrid. Asimismo se refiere a la prueba testifical para devaluar su eficacia probatoria y finalmente alude a una sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid confirmada por una de esta Sala - sección 1ª - de 12-2- 16.

No es posible acceder a la revisión solicitada, pues se construye sobre una valoración global de la prueba pretendiendo sustituir el criterio del juzgador por el de la parte, siendo así que la revisión fáctica en el recurso de suplicación solamente puede basarse en la existencia de un error evidente que se sustenta en prueba documental - o pericial - sin disparidad respecto de otros medios probatorios. El Magistrado ya ha tenido en cuenta el documento citado por la recurrente, en conjunción con la prueba documental de la parte actora, reconocida de contrario, y con la testifical, con arreglo al art. 97.2 de la LRJS . Por lo demás, la cita de sentencias sobre el fondo de la cuestión no es apropiada ni eficaz en un motivo de revisión de hechos. Por todo ello se desestima el motivo.

SEGUNDO.- En el segundo y último motivo, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 43 de la LRJS y de la jurisprudencia; si bien se cita una serie de sentencias de esta Sala de Madrid que evidentemente no tienen la consideración de jurisprudencia, ni su doctrina puede ser alegada como infringida, además de referirse a supuestos distintos del actual.

Sostiene en primer lugar la recurrente que no cabe apreciar cesión entre la EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES y el AYUNTAMIENTO DE MADRID, por ser la primera una sociedad mercantil municipal



perteneciendo al Ayuntamiento la titularidad del 100% de su capital. Pero, en línea con lo argumentado en la sentencia de instancia, ello no es óbice a la apreciación de una posible cesión ilegal de trabajadores, ya que ambas entidades tienen personalidad jurídica propia y diferente, obviamente tienen competencias y ámbitos de actuación distintos, diferentes plantillas, y en definitiva actúan en el tráfico jurídico de forma independiente y sin confusión alguna. Por ello no es imposible que se produzca una situación de cesión ilegal si se comprueba la concurrencia de los elementos propios de dicha figura jurídica. Cabe citar en este sentido la sentencia del TS de 11-2-16 rec. 98/15, en la que se rechazó la alegación de cesión ilegal entre un Ayuntamiento y una empresa pública mixta porque se había sustentado tal pretensión en la mera existencia de una relación administrativa de encomienda de servicio público, destacando la sentencia que la empresa pública poseía organización e infraestructura propias y sus trabajadores permanecían en su ámbito organizativo sin confusión de actividades o servicios; destaca además la sentencia la diferencia del caso analizado con otros supuestos en los que el TS ha apreciado que realmente se lleva a cabo la dirección exclusiva del trabajo por la Administración (sentencias de 17-12-10 rec. 1647/10, 4-5-11 rec. 1674/10 y 11-5-11 rec. 2096/10).

TERCERO.- La sentencia del TS de fecha 2-11-16 rec. 2779/14 resume la jurisprudencia sobre la cesión ilegal en los términos siguientes:

"(...)2. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, tal como hemos reiterado muy recientemente (STS 4ª nº 892/2016, Pleno, de 26-10-2016, R. 2913/14), la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 18-1-2011 (R. 1637/10), 19-6-2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R.1591/11), 20-5-2015, Pleno (R. 179/14) y 11-2-2016, Pleno (R. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

" Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica 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, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. 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 de febrero de 1989 señalaba ya 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 de enero de 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.(/) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la 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 que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. 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 artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 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 artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 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 " (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

3. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario."

CUARTO.- En el presente litigio existe una situación de interposición encuadrable en la doctrina expuesta y en el art. 43 ET aunque no haya una relación de contratación de clase alguna entre ambas codemandadas, caracterizándose el supuesto como una mera cesión del trabajador demandante por parte de la EMT al Ayuntamiento, sin que la aparente empleadora - EMT - haya ejercido las funciones sustanciales de la condición de empresario.

En efecto, con arreglo a los hechos probados no impugnados, el demandante, en síntesis, aun perteneciendo formalmente a EMT, ha venido prestando servicios desde el inicio de su relación laboral en 2006 en el gabinete de información de tráfico del Ayuntamiento de Madrid como redactor técnico, bien en el centro de pantallas del control del tráfico de Madrid - la mayor parte del tiempo - bien en el servicio de emergencias. Y siempre ha desarrollado funciones propias de esos centros, es decir del Ayuntamiento, en centros de dicha corporación local y con sujeción a órdenes e instrucciones de toda clase respecto al desempeño y tiempo de trabajo, y con los medios materiales y personales del Ayuntamiento, sin que existan siquiera en la EMT las funciones que ha desempeñado el actor, básicamente la información a los medios de comunicación sobre las circunstancias del tráfico en Madrid. Por todo ello hay que apreciar, en sintonía con la sentencia del Juzgado, que EMT se ha limitado a una mera apariencia empresarial abonando el salario y cotizaciones sociales, pero por lo demás ha sido una mera cedente respecto del trabajador demandante.

Por último alega la entidad local que la categoría del actor, caso de apreciarse cesión ilegal, debería ser la de auxiliar administrativo, invocando la disposición adicional 1ª del RDL 20/12 de 13 de julio según la cual en el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se conviertan en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración. Pero la recurrente no ha impugnado el hecho probado 1º según el cual la categoría del actor es la de titulado superior, ni tampoco, pese a lo que afirma la recurrente, ha quedado demostrado que las funciones que el actor desempeña en el momento de la presentación de la demanda se correspondan con las de la categoría de auxiliar administrativo del Ayuntamiento. Para apreciarlo así al menos la recurrente debería haber citado el precepto correspondiente del convenio colectivo, y razonado por qué las funciones desarrolladas se corresponden con esa categoría, sin limitarse a afirmarlo apodóticamente.

En consecuencia se ha de desestimar íntegramente el motivo y el recurso, y se ha de confirmar la sentencia de instancia.

QUINTO.- Procede imponer las costas a la entidad recurrente como parte vencida en el recurso, por haber sido desestimado su recurso de suplicación, con arreglo al artículo 235.1 de la LRJS , teniendo presente que la Administración - aunque exenta de las obligaciones de constituir depósito y de consignar el importe de la condena por el art. 229.4 de la LRJS - no goza del beneficio de justicia gratuita, conforme al art. 2 de la ley 1/96 de 10 enero y artículo 13.3 de la Ley 52/97 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas , tal como ha declarado la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 26.11.93 , 29.9.94 , 2.3.05 entre otras).

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MADRID contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en fecha 14 de febrero de 2.017 en autos 613/2016



seguidos a instancia de D. Torcuato contra el recurrente y contra EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. La parte recurrente deberá abonar al letrado del actor la suma de 600 € en concepto de honorarios por la impugnación del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 692/2017 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 692/2017), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.