



Roj: **STSJ BAL 235/2020 - ECLI:ES:TSJBAL:2020:235**

Id Cendoj: **07040340012020100072**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2020**

Nº de Recurso: **326/2019**

Nº de Resolución: **78/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00078/2020

NIG: 07040 44 4 2017 0002625

RSU RECURSO SUPLICACION 0000326 /2019

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000630 /2017

Sobre: CESION ILEGAL

RECURRENTE/S D/ña AJUNTAMENT DE PALMA AJUNTAMENT DE PALMA

ABOGADO/A: LETRADO AYUNTAMIENTO MARIA LUISA GINARD NICOLAU

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Silvio , CIRCULO DE BELLAS ARTES DE PALMA , FUNDACIO CASALS D'ART I ESPAIS EXPOSITIUS DE PALMA

ABOGADO/A: VICTOR MANUEL ALONSO MANZANARES, DAVID CASTRO RABADAN ,

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Víctor Manuel Casaleiro Ríos

En Palma de Mallorca, a diecisiete de marzo de dos mil veinte .

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación nº. 326/2019, formalizado por la letrada D.^a María Luisa Ginard Nicolau, en nombre y representación del Ayuntamiento de Palma, contra la sentencia nº 139/19 de fecha 1 de abril de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda nº 630/17, seguidos a instancia de D. Silvio , frente a la entidad Círculo de Bellas Artes de Palma representada por el letrado D. David Castro Rabadán, la Fundació Casals d,art i espais expositius de Palma, extinta, en materia de Cesión Legal y el Ayuntamiento de Palma, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1.- El demandante, D. Silvio, con Documento Nacional de Identidad número NUM000, vino prestando servicios por cuenta de la entidad Círculo de Bellas Artes de Palma, con antigüedad de 1 de septiembre de 1981, categoría profesional de oficial administrativo, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.734'81 euros, con parte proporcional de pagas extra incluida.

2.- El actor venía prestando servicios por cuenta de la entidad codemandada Círculo, haciéndolo en el centro de trabajo sito en el Casal Balaguer.

3.- En fecha 16 de enero de 2009 se suscribió entre el Círculo de bellas artes y el Ayuntamiento de Palma acuerdo de colaboración relativo al Casal Balaguer, en el que se exponía que *"l'immoble del c. de la Unió presenta necessitats de reforma i rehabilitació i fins i tot presenta problemes greus a la coberta, que afecten la seva seguretat i la seva conservació"*, y que *"per a l'execució d'aquestes obres seran necessaris uns 9 mesos, ja que es preveu la substitució de la coberta, la construcció d'un eix vertical de connexió i el compliment de les normatives d'accessibilitat, d'evacuació d'emergències, com a objectiu principal i prioritari"*; tras lo cual se acuerda por las partes que *"CBA deixarà lliure temporament l'immoble del Casal Balaguer abans del dia 1 d'abril de 2009, als efectes que l'Ajuntament pugui iniciarla intervenció arquitectònica que, amb caràcter urgent, pugui garantir la seguretat i la conservació de l'edifici (...)"*, disponiéndose en el punto quinto lo siguiente:

"5. Durant el temps que duri la reforma de l'immoble el personal que en aquests moments té contractat el CBA realitzarà les seves tasques als espais artístics que són gestionats per la Fundació Casals d'Art. En el moment de la signatura del Cónveni aquest personal està format per tres treballadors: 1 gerent-administrativa, 1 auxiliar administratiu (muntatge d'exposicions) i 1 netejadora.

Com a contraprestació, la Fundació Casals d'Art abonarà al CBA, mitjançant la fórmula jurídica que es trobi més adient, la quantitat de 80.000 €, corresponent a l'any 2009. Durant la vigència del Conveni anualment s'abonarà aquest mateix import, que s'incrementarà o disminuirà cada any segons les variacions de l'IPC deis dotze mesos anteriors. En el cas que en el transcurs de la vigència d'aquest acord algun dels treballadors esmentats extingís la seva relació laboral amb el CBA, pels motius que siguin, es disminuirà l'aportació en la part proporcional que correspongui. Aquesta quantitat s'abonarà dins el primer trimestre de cada any.

Una vegada acabades les obres de reforma aquest personal tornarà a fer feina en els espais propis del Círculo de Bellas Artes, llevat que es disposés el contrari de forma expressa i per mútua conformitat entre el CBA i la Fundació, amb la consulta previa als treballadors. (...)

En tot cas la relació laboral d'aquest personal (que s'adjunta com a annex nu . 6) continuarà sent a tots els efectes amb el Círculo de Bellas Artes, si bé realitzarà les seves funcions als espais que es determinin per part de la Fundació Casals d'Art, fins que no es pugui tornar a ocupar el Casal Balaguer.

El director gerent de la Fundació serà l'encarregat de la coordinació de les feines d'aquest personal, sense perjudici de la seva dependència del president del Círculo de Bellas Artes (...)".

4.- Desde el 1 de abril de 2009 y hasta el 30 de junio de 2017 el actor prestó servicios en el centro de trabajo sito en el Casal Solleric.

5.- En fecha 29 de junio de 2017 la entidad Círculo de Bellas artes remitió al actor comunicación del Presidente del mismo, manifestando que a partir de 1 de julio quedaba nuevamente a disposición de la entidad.

6.- En fecha 6 de octubre de 2017 la entidad demandada Círculo de Bellas artes entregó al actor comunicación de extinción de la relación laboral habida entre ellos por causas objetivas, con efectos del mismo día, en la que, entre otros extremos, se indicaba que *"(...) Expirada la vigència del Convenio, el Ayuntamiento nos indicó que dejaban de hacerse cargo de uds, por lo que debíamos reintegrarles en nuestra plantilla. Por ello y pese a que en tal momento todavía no nos había sido reintegrado el Casal Balaguer, se procedió a enviarles la correspondiente carta por la que se les comunicaba su reincorporación a esta entidad, si bien, dado que todavía no se había reintegrado a esta parte en la posesión del Casal, se les concedía una licencia retribuida durante la cual se les dispensaba de prestar sus servicios, en tanto se recuperase la citada posesión y se fijasen los términos de reintegro y utilización del Casal para esta parte.*

La recuperación del Casal por el CBA se ha dilatado considerablemente en el tiempo, resultando una cuestión altamente conflictiva, al negarse el Ayuntamiento a la devolución de la posesión en las mismas condiciones en que con anterioridad se disfrutaba por esta parte.



Tras mas de 2 meses de conflicto, se ha alcanzado entre las partes respecto del Casal Balaguer un nuevo acuerdo, pendiente únicamente de su firma, si bien en unas condiciones completamente distintas para esta parte en comparación con las existentes en el año 2009.

Así, mientras que hasta dicha anualidad, el CBA ocupaba, gestionaba y disfrutaba del 100% del espacio de los más de mil metros cuadrados del Casal Balaguer, en el nuevo pacto, únicamente se le ceden para su uso privativo unas dependencias de poco mas de 100 metros cuadrados, que se destinarán a almacén, a la realización de únicamente 2 talleres semanales, y a disponer de un espacio para las reuniones y asambleas de los socios, habiendo perdido la posesión y capacidad de gestión del resto del Casal, incluyendo las 2 salas de exposiciones así como demás dependencias del centro, pudiendo únicamente disponer "puntualmente" del patio, la sala de música de la planta noble y del aula de patrimonio, previa propuesta de programación a la Comisión Mixta de Seguimiento del Ayuntamiento para su aprobación.

Las nuevas condiciones de ocupación del Casal, determinan una pérdida de mas del 90% de la actividad que el CBA desarrollaba en el mismo, constituida principalmente por la gestión y explotación de las Salas de Exposiciones que se alquilaban a terceros durante todo el año, y que exigían de una atención y actividad permanentes, tanto para el montaje y desmontaje de cada exposición, cuidado y vigilancia de las mismas, almacenamiento de las piezas hasta su retirada por los clientes, gestión administrativa de la reservas, control de las piezas de exposición, etc., además de la gestión y vigilancia del resto de dependencias, como la biblioteca, talleres, apertura y cierre del centro, etc., funciones y tareas todas ellas que han desaparecido por completo, o han quedado reducidas de una forma mas que significativa, como sucede en el caso de los talleres.

La pérdida de la capacidad de gestión referida no solo supone una pérdida de actividad, sino también de la mayor parte de ingresos que percibía el CBA, y que eran los que permitían el mantenimiento de la plantilla del mismo, al haber perdido la posibilidad de alquilar a terceros las salas de exposiciones.

A día de hoy, las actividades que el CBA va a desarrollar en el Casal Balaguer han **quedado reducidas como ya se ha expuesto, a la realización de 2 talleres semanales, cuya organización y ejecución serán asumidas por los propios socios de la entidad, así como a las reuniones y asambleas de socios que se realicen, todo ello mediante la apertura y cierre de las dependencias cedidas por el Ayuntamiento los días y horas concretos en que tales actividades se desarrollen. De cuanto se ha expuesto resulta evidente** que a día de hoy, las tareas que ud desarrollaba para esta entidad cuando se disponía de la posesión y gestión de la totalidad del Casal han desaparecido, al venir constituidas dichas tareas de forma principal por la apertura y cierre diario del mismo, que ahora realiza el personal del Ayuntamiento, montaje y desmontaje de las exposiciones que se contrataban con terceros en las salas de exposiciones, y que ahora ya no se realizarán, al menos por esta parte al haber perdido la gestión de tales dependencias, vigilancia de las mismas, almacenamiento y cuidado de las piezas hasta su recogida por los clientes, apertura de la biblioteca y su vigilancia, etc., y que ahora corren también a cargo del personal del Ayuntamiento. (...)".

7.- En fecha 20 de febrero de 2018 por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se emitió informe en el que se recogía cuanto sigue:

1-En base a un "Acuerdo de colaboración entre el Círculo de Bellas Artes y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, relativo al Casal Balaguer" de fecha 16- 01-2009 se adoptan los siguientes acuerdos entre ambas partes:

1.1-"El Ayuntamiento de Palma, mediante acuerdo del pleno de fecha 26- 11-2007 va a aprobar la creación de la Fundación Casal de Arte y Espacios Expositivos de Palma. Esta Fundación se va a constituir el día 17-12-2007 y se va a inscribir en el registro de Fundaciones de la CAIB con el número 1000000253..."

1.2-En el punto 1 se establece, "El Círculo de Bellas Artes (en adelante CBA), dejará libre temporalmente el Casal de Balaguer antes del 01-04-2017, a los efectos de que el Ayuntamiento pueda iniciar la rehabilitación arquitectónica..."

1.3-En el punto 5 se establece "Durante el tiempo que dure la reforma del inmueble el personal que en este momento tiene contratado el CBA realizará sus tareas en los espacios artísticos que son gestionados por la Fundació Casals de Art. En el momento de la firma del Convenio este personal está formado por tres trabajadores: 1 gerente administrativo, 1 auxiliar administrativo (montaje de exposiciones), y una limpiadora.

Como contraprestación, la Fundació Casals de Art abonará al CBA, mediante la fórmula jurídica que se encuentre más conveniente, la cantidad de 80.000 euros correspondientes al año 2009. Durante la vigencia del Convenio anualmente se abonará este mismo importe, que se incrementará o disminuirá cada según las variaciones del IPC de los doce meses anteriores. En el caso de que en el transcurso de la vigencia de este acuerdo alguno de los trabajadores mencionados extinga su relación laboral con el CBA.....se disminuirá la aportación en la parte proporcional que corresponda...



En todo caso la relación laboral que este personal continuará siendo a todos los efectos con el CBA, si bien realizará sus funciones en los espacios que se determinen por parte de la Fundació Casals de Art, hasta que no se pueda volver a ocupar el Casal Balaguer.

El director gerente de la Fundació Casals de Art. será el encargado de la coordinación de las tareas de este personal, sin perjuicio de su dependencia del presidente del CBA. Este convenio tendrá una duración de 4 años. Se prorrogará automáticamente, anualmente..." El convenio se ha ido prorrogando anualmente hasta el año 2017.

2-En el acuerdo de la comisión ejecutiva de la Fundación de Casal de Art se establece:

"Con la firma de este acuerdo de colaboración la Fundación Casal de Art se compromete a hacerse cargo de la aportación económica prevista en el punto 5 del convenio que para el año 2009 se cifra en la cantidad de 80.000 euros. A cambio de esta ayuda, el personal que en estos momentos tiene contratado el CBA realizará sus tareas en los espacios artísticos que son gestionados por la Fundación Casal de Art, y que sean determinados por sus órganos de dirección, siendo el director gerente de la Fundación el encargado de la coordinación de las tareas de este personal.

Por otra parte, la Fundación Casal de Arte en sesión de 09-12-2008 va a aprobar el presupuesto para el 2009. En el capítulo de personal se va a prever la contratación de dos nuevos trabajadores, la de un contable y la de un técnico de gestión de exposiciones, que suponen un gasto conjunto de 83.000 euros entre los gastos de sueldos y seguridad social.

Todo vez que con el acuerdo suscrito con el CBA se podrá contar con tres trabajadores, dos de los cuales tienen un perfil similar al previsto a las necesidades de personal de la Fundación, se propone que el gasto previsto para la contratación de este personal se destine al compromiso contraído con la firma del acuerdo con el CBA y se modifique el presupuesto en el sentido de dar de baja 80.000 euros del capítulo de personal y crear una nueva partida del mismo importe destinada a la aportación para el CBA para hacer frente a los gastos del personal."

3-Del conjunto de actuaciones practicadas el Inspector actuante ha constatado lo siguiente:

En la visita de inspección de fecha 12-07-2017 realizada al centro de trabajo Casal Solleric, centro dónde prestaban servicios los tres trabajadores puestos a disposición por el CBA a la FCA se constata lo siguiente:

3.1-En la fecha de la visita de inspección los tres trabajadores citados ya no prestan servicios en dicho centro, si bien los trabajadores que continúan prestando servicios para la FCA en el Casal Solleric señalan los puestos de trabajo que ocupaban los mismos. De este modo se constata como en la misma dependencia, se encuentran 6 mesas con sus sillas respectivas, ordenador y material de oficina, de las cuáles tres eran ocupadas por los tres trabajadores cedidos, de forma que prestaban servicios en el mismo centro, dependencias, y utilizando las herramientas puestas a disposición por la FCA. No existe separación o distinción alguna entre los puestos de trabajo físicos de los 3 trabajadores cedidos y los trabajadores que prestan servicios para el FCA. Los tres trabajadores utilizaban ordenadores y material de oficina de la FCA. Los 3 trabajadores entrevistados por el Inspector actuante durante la visita de inspección y que prestan servicios para la FCA señalan que las funciones realizadas por los tres trabajadores cedidos son similares que las que realizan ellos, ya que los trabajadores cedidos auxiliaban en sus tareas a los trabajadores de la FCA (funciones administrativas, contabilidad, de diseño gráfico, y auxiliares diversas). Las direcciones de correo electrónico de los tres trabajadores cedidos incluyen un dominio de la FCAZI y coinciden salvo en sus identificaciones personales con las del resto de los trabajadores de la FCA.

3.2-En relación con las funciones desarrolladas por los tres trabajadores cedidos se constata, en base al testimonio de los tres trabajadores presentes en la visita de inspección, del informe elaborado por el Casal Solleric, y aportado en la fecha de la comparecencia de la FCA, y del conjunto de actuaciones inspectoras realizadas que sus funciones diferían según el trabajador, así:

-D. Imanol, desarrollaba funciones de redactor y diseño gráfico, trabajos informáticos, publicidad y comunicación etc. Su horario coincidía con el del resto de trabajadores de la FCA, de 08:00 a 15:00. En relación con sus fechas de vacaciones las mismas se coordinaban con las del resto de trabajadores de la FCA y su duración era de un mes, al igual que el resto de trabajadores de la FCA. Sus funciones se establecían y su labor cotidiana era dirigida por el director gerente de la FCA.

(...)3.3- En relación con otros aspectos como por ejemplo el pago de las nóminas, o ingreso de las cuotas de la TGSS, destacar que si bien era el CBA el que realizaba dichas tareas, no es menos cierto que lo hacía con recursos económicos facilitados por la FCA, de este modo es esta última la que a través del Acuerdo de colaboración entre el Círculo de Bellas Artes y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, relativo al Casal Balaguer" de fecha 16-01-2009, en su punto 5 se recoge una partida de 80.000 euros para esta finalidad (punto 1 del presente informe).



Incluso como se señala en el Acuerdo de la comisión ejecutiva de la FCA, del punto 2 del presente informe ante la necesidad de personal por parte de la misma, se decide no proceder a nuevas contrataciones, y recibir la prestación de servicios de los tres trabajadores del CBA, de forma que la partida económica destinada a nuevas contrataciones se destine al pago del convenio con el CBA.

4-E1 CBA desde la firma del Acuerdo de colaboración entre el Círculo de Bellas Artes y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, relativo al Casal Balaguer" de fecha 16-01-2009 carece de trabajadores, ya que fueron cedidos a la FCA, carece de actividad alguna, y carece de sede ya que la misma se encontraba en el Casal Balaguer, en el cual se realizaron obras importantes.

No consta la existencia de documentación preventiva en relación con la coordinación preventiva entre el CBA y la FCA, prevista en el RD 171/2004.

5-Por todo lo expuesto el Inspector actuante considera que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores entre las entidades señaladas CBA y FCA, ya que se prestan los servicios para la FCA que los dirige, orienta examina y aprueba, recibiendo los frutos de tal actividad, en igualdad de condiciones que el personal de aquél, siendo puramente formal la relación jurídica que se mantiene con el empresario que retribuye esos servicios. Como señala nuestra Jurisprudencia (Sts. del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1.994 y 29 de enero de 2.004) existe cesión ilegal cuando teniendo la cedente organización propia ésta no se ejercita y se limita a facilitar a la cesionaria la mano de obra que ésta necesita, es decir, se limita a suministrar mano de obra, sin poner en juego su estructura empresarial (St. del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 12 de diciembre de 1.997) debiendo conservar el poder de dirección, aún cuando el cesionario pueda tener algún tipo de control (St. del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 11 de julio de 1.995).

De este modo los tres trabajadores llevaban a cabo su actividad en las dependencias de la FCA, junto con otros trabajadores de la misma, todos ellos mezclados, realizando los tres trabajadores idénticas tareas que desarrollaban los trabajadores de la FCA. Por otra parte, era el director gerente de la FCA el que controlaba el quehacer diario, líneas de trabajo y dirección real y supervisión de todo el personal del centro de trabajo. Los puestos de trabajo se encontraban mezclados con los del personal de la FCA, con total confusión de plantillas en el centro de trabajo, sin que existiese información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, y desempeñándose el trabajo con medios materiales propios de la FCA.

De todo ello cabe deducir que realmente la actividad de los tres trabajadores cedidos se producía únicamente desde el punto de vista formal para CBA, de la que es cierto que percibía el salario e ingresaba las cuotas de TGSS, pero en realidad todas las funciones que llevaban a cabo, eran dirigidas, orientadas, examinadas y en realidad aprobadas finalmente por la FCA, que realmente era la destinataria de su actividad profesional.

8.- El actor contaba con la asistencia técnica y soporte del Institut Municipal d'Innovació de Palma.

9.- El actor acudió a diversas reuniones celebradas el 15 de diciembre de 2014, el 21 de agosto de 2014 relativas a la página web del departamento de Cultura del Ayuntamiento de Palma.

10.- El actor figuraba adscrito al Área Model de Ciutat, Urbanisme i Habitatge Digne del Ayuntamiento de Palma, con oficina en el Casal Solleric y número de teléfono del trabajo 971722092.

11.- El actor realizó cartel para el evento Cas Quitxero de Sant Jordi, organizado por el Ayuntamiento de Palma.

El actor realizó, por encargo de la Regidoria de Cultura del Ayuntamiento de Palma, díptico de exposición a Can Balaguer el 31 de marzo de 2017.

De igual modo, el actor realizó las invitaciones para la inauguración el 31 de agosto de 2016 de la sala Alexandre Jaume por encargo de la Conservadora del Castillo de Bellver, así como para la inauguración de la exposición de Ramón Llull el 21 de septiembre de 2016, previa autorización del encargo por parte de la Directora General de cultura Sra. Asunción .

El actor realizó las invitaciones para los Premios Ciutat de Palma 2013 y 2016, entregados por el Ayuntamiento de Palma.

El actor realizó carteles para el evento Maremagnum, a celebrar los días 30 y 31 de marzo y 1 y 2 de abril de 2017, por encargo de la Sra. Asunción .

El actor realizó carteles sobre Jornadas de estudios del Pla de San Jordi 2017, por encargo de la Archivera Municipal de Palma y de la Directora General de Cultura. El actor realizó cartel para la Taula Rodona organizada por el Ayuntamiento de Palma a celebrar el 20 de junio de 2017, así como sobre evento "El procés de conservació i resturació de la volada de Cort", a instancias de la Sra. Asunción .



12.- La Sra. Casilda , Jefa del negociado de Cultura del Ayuntamiento de Palma, remitía al actor, vía correo electrónico, instrucciones en relación con su trabajo.

También recibió el actor instrucciones por parte de la Sra. Clara , técnico medio de gestión de exposiciones.

13.- Durante el tiempo en que estuvo vigente el Acuerdo de 16 de enero de 2009 a que se hace referencia en el Hecho tercero, el Ayuntamiento de Palma abonaba al Círculo de Bellas Artes cantidades para el abono de las retribuciones salariales de los tres trabajadores del mismo, incluyendo al actor, siendo emitidas las nóminas por la entidad Círculo de Bellas Artes.

14.- El actor disponía de una cuenta de correo electrónico con el dominio palma.es, perteneciente al Ayuntamiento de Palma.

Los medios materiales habidos en el Casal Solleric pertenecen al Ayuntamiento de Palma.

El personal de la Fundación demandada, salvo el Director de la misma cuando contaba con él, estaba integrado por personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Palma.

En los períodos en que la Fundación demandada no contaba con un Director, era la Directora General de Cultura, la Sra. Asunción , quien coordinaba la programación del Casal Solleric.

15.- La Fundació Casals d'Art i Espais Expositius de Palma, de acuerdo con sus Estatutos, tenía, entre sus finalidades, la gestión y administración de las instalaciones y salas de exposiciones ubicadas al Casal Solleric y de las instalaciones y salas de exposiciones de que se adscriban a la Regidoria de Cultura, tal como el Casal Balaguer.

En fecha 3 de octubre de 2018 se elevó a público el acuerdo adoptado por la reunión del Patronato de la misma, referentes a la extinción de esta Fundación ante la imposibilidad de realizar su fin fundacional de conformidad con el Pla d'Ajust aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de 30 de marzo de 2012, haciéndose constar que el Ayuntamiento de Palma es el sucesor universal de los derechos y obligaciones de esta Fundación, siendo asumidas las competencias y funciones de esta Fundación por el negociado d'Espai d'art de la Regidoria de Cultura, Patrimoni, Memòria històrica i Política lingüística.

16.- En fecha 26 de junio de 2017 por el demandante se presentó ante el Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares papeleta de conciliación frente a la entidad Círculo y la Fundació, solicitando el reconocimiento de existencia de cesión ilegal *"desde el día 1º de abril de 2009 al Ayuntamiento de palma a través de la Fundació Palma Espai d'Art, con los derechos inherentes a tal situación , entre ellos el de mi elección de la adquisición de trabajador fijo en el Ayuntamiento de Palma que desde éste momento comunico a la empresa y Fundació solicitadas (...)"*, celebrándose dicho acto en fecha 10 de julio de 2017, con el resultado de sin acuerdo.

En fecha 26 de junio de 2017 por el actor se presentó escrito de reclamación previa ante el Ayuntamiento demandado, interesando el reconocimiento de su cesión ilegal *"desde el día 1º de abril de 2009 al Ayuntamiento de Palma con los derechos inherentes a tal situación , entre ellos el de mi elección de la adquisición de trabajador fijo en el Ayuntamiento de palma que desde este momento comunicó (...)"*.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

ESTIMAR la demanda interpuesta por D. Silvio contra la entidad CIRCULO DE BELLAS ARTES DE PALMA, y contra el AJUNTAMENT DE PALMA, **DECLARANDO** que se ha producido una cesión ilegal desde el 1 de abril de 2009 al 30 de junio de 2017 entre el Círculo de Bellas Artes de Palma, como cedente, y la hoy extinta Fundació Casals d'Art i Espais Expositius de Palma y el Ayuntamiento de Palma, como cesionarias, declarando el derecho del actor a ser trabajador fijo en el Ayuntamiento demandado, y **CONDENANDO** a las partes demandadas a estar y pasar por la anterior declaración.

TERCERO.- El 30 de mayo de 2019 se dictó auto cuya parte dispositiva es la siguiente: DECIDO **NO** HABER LUGAR AL COMPLEMENTO de la sentencia dictada por este juzgado en fecha 1 de abril de 2019, en virtud de cuanto ha sido expuesto en el Fundamento segundo de la presente.

CUARTO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la representación procesal del Ayuntamiento de Palma, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación del Círculo de Bellas Artes de Palma y por D. Silvio .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación del Ayuntamiento de Palma formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que estimando la demanda planteada en su contra declaró la existencia de cesión ilegal del trabajador demandante desde el 1 de abril de 2009 al 30 de junio de 2017 entre el Círculo



de Bellas Artes de Palma, como cedente, y la hoy extinta Fundació Casal d'Art i Espais Expositivos de Palma y el Ayuntamiento de Palma, como cesionarios, declarando el derecho del demandante a ser trabajador fijo del Ayuntamiento demandado.

El recurso ha sido impugnado por la representación de la codemandada Círculo de Bellas Artes de Palma y del trabajador demandante.

Pasamos a resolver los motivos que se plantean en el recurso.

SEGUNDO. En primer lugar, con correcto amparo procesal en el artículo 193 b) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se solicita la adición de un hecho probado del siguiente tenor:

Que la Fundació Casal d'Art i Espais Expositivos de Palma es, conforme al artículo uno de sus estatutos, una fundación cultural pública, con una dotación económica aportada exclusivamente por el Ayuntamiento de Palma (artículo 5 de sus estatutos).

Se señalan para fundamentar la adición la documental aportada a los autos por las partes: documento tres de la parte actora y documento uno del Ayuntamiento de Palma y se aduce que se trata de una adición trascendente a los efectos de calificar al demandante como trabajador fijo o indefinido no fijo.

Se acepta la adición al tratarse de un hecho que deriva de manera directa de la documental que se señala, sin que la representación de la parte demandante se oponga a la adición propuesta y aunque la empresa codemandada se opone lo es sólo por entender que carece de relevancia, lo cual no podemos aceptar cuando la parte recurrente intenta apoyar uno de sus motivos de censura jurídica en el hecho que se trata de adicionar.

TERCERO. Ahora, por la vía del artículo 193 c) LRJS, sobre la se denuncia infracción de lo establecido en el artículo 69 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas del artículo 63 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se sostiene que la acción ejercitada estaría caducada dado que en el momento de ejercitarse la supuesta relación laboral con la empresa cesionaria no estaba viva. A tal fin, se aduce que el 10 de junio de 2017 el demandante recibió un correo del presidente del círculo de Bellas Artes comunicándole que a partir del 1 de julio volvería a ser, a todos los efectos, trabajador de esa empresa y debería llevar su trabajo a cabo desde el Casal Balaguer y que a partir de ese momento la jefa de oficina le daría las correspondientes instrucciones respecto a los trabajos a desempeñar en adelante. El 29 de junio se le dirigió una nueva comunicación.

Se aduce que en aquel momento ya no existía obligación de presentar reclamación previa y aunque se hubiese alegado en juicio que tampoco era necesaria la conciliación el acto de juicio ello no evitaría el hecho de que la primera reclamación frente al ayuntamiento tuvo lugar por ampliación de la demanda en el mes de noviembre de 2017.

En realidad, lo que viene a plantear el motivo es la falta de acción por falta uno de los requisitos esenciales como es el que la relación laboral estriba en el momento de formularse la reclamación, pues la acción ejercitada no está sometida ningún plazo de caducidad.

Sea como fuere, compartimos con la parte recurrente que tras la entrada en vigor de la ley 39/2015 ya no es necesaria la reclamación previa para el ejercicio de acciones laborales contra las administraciones públicas, a salvo los supuestos de reclamaciones en materia de Seguridad Social y las reclamaciones al Estado en materia de pago de salarios de tramitación. Y lo cierto es que tampoco es necesaria la conciliación previa para demandar las Administraciones Públicas en ningún caso dadas las limitaciones existentes en materia de transacción judicial. Tampoco, en fin, es necesario agotar la vía administrativa previa conforme a lo establecido en el artículo 69 LRJS cuando se impugnan actos en los que la administración actúa como empleadora y no en el ejercicio de una potestad administrativa.

Sin embargo, no podemos aceptar que cuando el demandante presento papeleta de conciliación contra su empleadora, el 26 de junio de 2017, la situación denunciada como de cesión ilegal hubiera cesado, pues ésta no cesó con ninguna de las comunicaciones dirigidas al demandante si no el 1 de julio de 2017, fecha a partir de la cual volvió a ser, a todos los efectos, trabajador del círculo de Bellas Artes, según se hizo constar en la comunicación que le fue remitida.

El hecho de que la ampliación de la demanda contra el Ayuntamiento de Palma fuera posterior no nos permite aceptar el argumento de que cuando el demandante ejercitó su acción la situación de cesión ilegal había cesado.

Además, aunque mediante un trámite inadecuado como lo era la reclamación previa, el demandante dirigió su reclamación contra el Ayuntamiento el 26 de junio de 2017.



En consecuencia, fracasa el motivo.

CUARTO. Ahora, con igual amparo procesal, se denuncia infracción de lo establecido en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Se sostiene que la razón por la que el demandante y el resto del personal laboral del círculo de Bellas Artes pasaron a la realizar sus trabajos para esta empresa en instalaciones municipales fue debido a la reforma de las obras del Casal Balaguer, pero ello no alteró la relación de dependencia del demandante con su empleadora y lo único que acredita el informe de la inspección de trabajo y la documentación aportada por el demandante es que efectivamente realizó algunos trabajos por cuenta de la Fundación o el Ayuntamiento que por su entidad y número no evidencian la existencia de cesión ilegal. A tal fin, se aduce que durante los ocho años durante los que se prolongó la estancia de los trabajadores del Círculo de Bellas Artes en instalaciones municipales sólo se realizaron a favor del ayuntamiento la fundación siete trabajos, que además no son propios de la categoría profesional de oficial administrativo.

No podemos compartir la posición de la parte recurrente a la vista de cuanto se recoge en los hechos probados.

En realidad, el acuerdo suscrito entre el Círculo de Bellas Artes y el Ayuntamiento de Palma el 19 de enero de 2009 ya apunta a la existencia de una posible cesión ilegal, pues no se trata de un simple cambio de ubicación o cesión de instalaciones si no de un cambio de actividad de los trabajadores adscritos al Casal Balaguer que quedarían bajo la coordinación del Director General de la Fundació Casal d'Art i Espais Expositivos de Palma. Además, el acuerdo incluía un pacto de abono al círculo de Bellas Artes por parte de la fundación de una cantidad que se vería disminuida proporcionalmente para el caso de que alguno de los tres trabajadores extinguiese su contrato, lo que demuestra que en la cantidad no lo era por la realización de un concreto servicio sino para el pago de los costes laborales de los tres trabajadores. Además, aunque se decía que esta cantidad se abonaba como "contraprestación", si se trataba de un simple cambio de ubicación para que el Círculo Balear siguiera desarrollando las actividades que son propias no se entiende que la fundación, además, tuviera que pagar una contraprestación.

No concretándose en el acuerdo tal contraprestación y visto su importe y su posible reducción para el caso de que alguno de los trabajadores extinguiese su contrato, es obligado concluir que en realidad se estaba abonando el coste laboral de esos tres trabajadores a cambio de que prestaran servicios en actividades propias de la fundación y no de la que había venido siendo su empleadora y esto constituye con toda claridad una cesión ilegal de trabajadores.

Además, en cuanto a las labores desarrolladas por el demandante durante los ocho años de vigencia del mencionado acuerdo nos remitimos y damos por reproducido todo cuanto se recoge en el informe de la inspección de trabajo, en los hechos probados de la sentencia recurrida y en los acertados y extensos fundamentos de derecho de la sentencia recurrida. Destacamos, el hecho de que quien daba las correspondientes instrucciones al demandante sobre el trabajo realizar no era la aparente empleadora sino personas integradas en la plantilla de la fundación poder ayuntamiento, tal como se explica en la sentencia recurrida, no pudiéndose aceptar que se trataba de encargos puntuales sino de la actividad normal del demandante durante aquellos ocho años.

En consecuencia, fracasa también este motivo.

QUINTO. Por último, se denuncia infracción de los artículos 55 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), sosteniendo que no procede el reconocimiento de la condición de trabajador fijo el demandante sino la de indefinido no fijo, pues la fijeza sólo puede alcanzarse a través de un procedimiento selectivo basado en los principios de igualdad mérito y capacidad.

Vamos a obviar el análisis de la cuestión relativa a la incidencia de los principios de igualdad mérito y capacidad para el acceso al empleo público en las relaciones laborales con fundaciones y las consecuencias que para estas situaciones deben derivarse del incumplimiento de aquellos principios. Nos vamos a centrar en las circunstancias concurrentes en el caso que se somete a nuestra consideración y que nos llevan a confirmar la decisión adoptada por la juez de instancia por las razones que pasamos a exponer.

La primera de estas razones es que no es legalmente aceptable que quien ha adquirido ya la condición de trabajador fijo pueda ver su contrato laboral transformado en otro de carácter temporal o sometido a condición por el simple hecho de que una Fundación de titularidad pública o un Ayuntamiento haya decidido internalizar la actividad que venía desarrollando la empresa para la que vino prestando servicios ese trabajador. Esto constituye una vulneración flagrante del artículo 44 ET.

Aunque en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal, igualmente las consecuencias establecidas en el artículo 43 ET no pueden verse afectadas por el hecho de que la empresa cesionaria



fuera una Fundación pública y que la actividad desarrollada por esta fuera finalmente internalizada por el Ayuntamiento.

Además, la pretendida transformación del contrato de trabajo del demandante en una relación laboral de carácter indefinido no fijo conculca la doctrina contenida en la sentencia del tribunal de Justicia de la unión europea plasmada en su sentencia de 13 de junio de 2017 (asunto c-317/18 Correira Moreina-Potimao).

Con toda claridad se declaró en tal sentencia que *la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.*

Siendo esto así, sólo nos queda despejar toda duda sobre la existencia de una verdadera subrogación del Ayuntamiento en la posición de la Fundació Casal d'Art i Espais Expositivos de Palma, lo cual no se pone en duda por la parte recurrente y deriva del hecho no controvertido de que la fundación en su conjunto, con todo su personal y patrimonio fue integrada en la entidad local.

En consecuencia, fracasa el motivo y con ello el recurso, que se desestima con las consecuencias previstas en los artículos 217.1 y 235.1 LRJS fijándose los honorarios de los letrados impugnantes, D. Pablo y D. Paulino en la cantidad respectiva de 600 € más IVA.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

FALLO

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la sentencia 139/2019 dictada en fecha 1 de abril de 2019 por el Juzgado de lo Social número Uno de Palma de Mallorca en la demanda número PO 630/2017. Resolución que, en su consecuencia, se confirma.

Se fija en concepto de costas de los Srs. Letrados impugnantes del recurso, D. Pablo y D. Paulino en la cantidad respectiva de 600 € más IVA.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social**.

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0326-19** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander (antes Banesto: IBAN ES55 0049-3569-92-0005001274)** y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO)), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0326-19**.



Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así se acuerda y firma.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.