



Roj: **STSJ AND 12388/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:12388**

Id Cendoj: **29067340012016101821**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2016**

Nº de Recurso: **1580/2016**

Nº de Resolución: **1752/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20150012174

Negociado: **RM**

Recurso: Recursos de Suplicación 1580/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº5 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despido Objetivo individual 899/2015

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA. ORGANISMO AUTONOMO LOCAL DE FORMACION Y ORIENTACION LABORAL

Representante: FRANCISCO JUAN ARTACHO SANCHEZ

Recurrido: Aurelio

Representante: MIGUEL ANGEL FERNANDEZ-QUEJO DEL POZO

Sentencia Nº 1752/16

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de Málaga a dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MARBELLA. ORGANISMO AUTONOMO LOCAL DE FORMACION Y ORIENTACION LABORAL contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº5 DE MALAGA, ha sido ponente el Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Aurelio sobre Despido Objetivo individual siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MARBELLA. ORGANISMO AUTONOMO LOCAL DE FORMACION Y ORIENTACION LABORAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 17 de Mayo de 2016 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



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

1.- D. Aurelio , mayor de edad con documento nacional de identidad número NUM000 comenzó a prestar servicios el día 6 de abril de 2015 con la categoría de capataz con un salario de 1200 euros para Ayuntamiento de Marbella y Organismo Autónomo Local de Formación y Orientación Laboral .

2. - Que por el Ayuntamiento de Marbella se convocó 12 puestos de capataces dentro del plan de empleo 2015. El actor participó en dicha convocatoria superando las pruebas.

3. - La relación laboral se inició en virtud de un contrato temporal para obra o servicio determinado suscrito con Organismo Autónomo Local de Formación y Orientación Laboral con una jornada de 36 horas y una duración hasta el día 5 de octubre de 2015 ,en el que se indicaban las siguientes funciones:

1. Dirigir y responsabilizarse de las labores del personal a su cargo.
2. Organización y distribución de los trabajos.
3. Control del rendimiento, ejecución de los trabajos y disciplina.
4. Adoptar las medidas oportunas para el cumplimiento y ejecución de los servicios.
5. Vigilar y controlar, cumplir y hacer cumplir a los trabajadores/as todas las medidas y procedimientos preventivos de la empresa.
6. Cuantas otras se le asignen por el Encargado o Jefatura de Servicio en el ejercicio de su función. Control de los operarios cuyas bases para la contratación han sido aprobadas por Resolución de Presidencia nº 0037 de fecha 03 de marzo."

4. - El OAL de Formación y Orientación Laboral aprobó presupuesto de gastos por importe de 2.517.999,54 del programa de fomento de empleo.

5.- El actor vestía uniforme con el escudo del Ayuntamiento y utilizaba una furgoneta del citado Consistorio.

6.- Don Aurelio actuaba como coordinador de los capataces del plan de empleo, organizando al personal , recogió los EPIS para ellos , trabajó en limpieza de parques y jardines , en eventos y limpieza de mercadillos , en el paseo marítimo donde transcurrió la vuelta ciclista de España , recibía las órdenes de los encargados municipales de cada área .

7.- Con fecha 23 de agosto de 2015 el Organismo Autónomo Local le comunica que " el próximo día 5 de octubre de 2015 finaliza el contrato que tiene Ud suscrito en el Organismo Autónomo Local de Formación y Orientación Laboral ."Se le abonó la indemnización por finalización de contrato.

8.- Que el día 21 de abril de 2015 se aprobó iniciar procedimiento de disolución del los Organismos Autónomos Locales del Ayuntamiento de Marbella y la integración de los trabajadores dependientes de dichos Organismos en el Ayuntamiento .

9. - Que se presentó reclamaciones previa el 28.10.2015

10.- Que la demanda se presentó el día 2 de diciembre de 2015.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la demanda formulada por D. Aurelio frente al AYUNTAMIENTO DE MARBELLA y el O.A.L. DE FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL, por la que se interesaba fuera declarada la improcedencia del despido de que se denunciaba había sido objeto el actor en fecha 05.10.2015, declarando correlativamente la existencia de cesión ilegal de trabajadores y condenando -tras la opción anticipada por el actor- al Ayuntamiento demandado a las consecuencias derivadas del mismo, con la responsabilidad solidaria limitada al aspecto económico de la codemandada indicada.

Y frente a dicha sentencia se ha interpuesto por las citadas entidades demandadas recurso de suplicación en el que se articulan sendos motivos de recurso destinados al examen crítico de las normas, con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social. En el primero de ellos, la recurrente denuncia incurrir la sentencia impugnada en infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y preceptos y doctrina judicial concordante atinente a la figura de la cesión ilícita de trabajadores, a cuya concurrencia en el asunto de autos se opone, entendiendo que la controversia de autos encuentra debido cobijo y amparo



normativo en la figura de colaboración entre entidades prevista en el art. 26 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público .

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, y en relación a la impugnada concurrencia de cesión ilegal, cabe partir reseñando que doctrinal y jurisprudencialmente, bajo el concepto común de cesión ilegal de trabajadores, que describe el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , se regulan en realidad fenómenos distintos, y a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre: 1.- cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, pero pretenden eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y 2.- las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento (así sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997).

Pues bien, y adentrándonos en el concreto supuesto que nos ocupa, la más reciente doctrina jurisprudencial en relación con los supuestos de subcontratación entre empresas, no exige para que haya cesión ilegal de trabajadores que la subcontratada sea una empresa ficticia y puramente aparente, pues el hecho de que pueda contar con elementos productivos e infraestructura empresarial propia no es suficiente por sí solo para negar la posible existencia de la misma. Como resuelve en tal sentido ya la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994 , la circunstancia de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto y en la ejecución de los servicios contratados con la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa principal.

Por ello, si bien la distinción es más clara en el supuesto de que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente y su objeto no sea otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios, cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias, debe acudir con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991), o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1989), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997).

Es por tanto esencial determinar en cada caso concreto si la empresa contratista ha puesto o no en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para la empresa principal, o se ha limitado simplemente a esa mera aportación de mano de obra.

TERCERO.- Por su importancia y significación cabe recordar lo indicado por el propio Tribunal Supremo en sentencia dictada en unificación de doctrina fechada al día 14 de marzo de 2006, en la que tras resaltar que *"... lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo ... 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 ..."* viene a indicar que *"... esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal ..."*. Con ello continúa indicando que *"... la finalidad que persigue el artículo 43 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 o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores ..."*.

Continúa la indicada sentencia resaltando que *"... el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se*



agrava porque en la práctica se recurre a las contrataciones 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 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 de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...) ...".

En resumen, y como se señala en la expresada sentencia, no sólo en el caso de empresas aparentes, "... sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, puede darse la cesión, que, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, 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 estableció 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. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315) y en el auto de 28 de septiembre de 1999. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, teniendo en cuenta que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que el contratista o el encargado designado por éste no actúa más que como un delegado de la empresa principal ...".

CUARTO .- Junto a los criterios generales expuestos, para diferenciar entre una verdadera contrata y la interposición ilegal se tienen en cuenta también por la doctrina jurisprudencial criterios complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, como la justificación de la contrata desde el punto de vista técnico o la autonomía de la obra o servicio en que aquélla consiste, indicándose al efecto que "... la doctrina judicial ha recurrido 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 de los poderes empresariales (...) y la realidad empresarial del contratista ..." (sentencia de 14.09.2001, cuyo criterio siguen las de 17.01.2002, 16.06.2003 y 3.10.2005, entre otras).

En la órbita de estos criterios complementarios, también puede ser indicativo de cesión ilegal que la empresa principal imparta cursillos de formación a los trabajadores; e igualmente, el hecho de que participen en un proyecto que ya estaba definido en dicha empresa principal con anterioridad, tal y como así se apreció en sentencia de fecha 19.01.1994 que vino a indicar que "... tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro... de la mano de obra o fuerza de trabajo... Así resulta sobre todo de los datos siguientes: 1) la existencia de un llamado "proyecto...", con arreglo al cual ya se habían definido y desarrollado las funciones del referido servicio; 2) La impartición por parte de la propia empresa eléctrica de cursillos de formación o aprendizaje... y 3) La ejecución del trabajo con los medios materiales y el instrumental informático (tanto maquinaria como programas) de [la empresa principal] ...".

De igual modo, el hecho de que las tareas en cuestión se desarrollen en los locales de la empresa principal, puede ser un indicio del carácter simulado de la contrata, dependiendo de la actividad de que se trate, al indicar sobre ello la sentencia de fecha 16.06.2003 que "... hay actividades típicas de la descentralización productiva del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, como es el caso de las contrataciones de limpieza y seguridad, que se realizan siempre en los locales de la empresa principal. Pero se trata de casos en que la propia naturaleza del servicio concertado limpieza, seguridad exige esta localización, mientras que en el presente supuesto la localización del servicio [de telemarketing] en la principal revela la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista ...".

La misma sentencia que acabamos de citar nos proporciona otro criterio complementario para apreciar la presencia de tráfico ilegal, así el atinente a la forma de retribución del servicio por parte de la empresa principal a la contratista, al dictaminar que "... es significativo que la forma de retribución de la contrata consista en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo (trabajo, diurno, nocturno, en festivos...), lo que confirma que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la de la facilitación de trabajo ...".



Otro criterio que puede indicar la presencia de cesión ilegal es el referido a la habitualidad o permanencia de la actividad que es objeto de la aparente contrata, así como la prestación de servicios del trabajador con carácter exclusivo para la empresa principal, como se aprecia en la sentencia de 16.02.1989 que indicó que "*... tal 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 mucho más si trabaja, en realidad, exclusivamente en ésta ...*".

QUINTO.- Dando un paso más, para culminar el examen de la doctrina jurisprudencial, la misma se ha ocupado igualmente de indicar una serie de elementos que se consideran por sí insuficientes para determinar la existencia de cesión ilegal.

Así, el hecho de que la contratista emplee a trabajadores que anteriormente habían prestado servicios en la empresa principal o que ostente diversas potestades frente a los trabajadores que correlativamente impliquen limitaciones de los poderes del empresario frente a los mismos no se entiende *per se* constituye un dato suficiente para estimar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, tal y como se aprecia en la sentencia de fecha 16.06.2003 de constante referencia que, modulando el criterio que había sido mantenido por anteriores resoluciones (así sentencias de 17.07.1993 , 11.10.1993 , 15.11.1993 o 12.09.1988), viene a indicar que "*... no resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de "acceso y salida" del personal) (...) porque esa disociación o retención de facultades empresariales una auténtica delegación de la gestión empresarial derivada del propio negocio interpositorio es compatible en determinados casos con la cesión ...*".

Sobre este particular, indicar cómo tradicionalmente, un aspecto esencial acogido para abordar la distinción entre las contrata y la cesión ilegal de trabajadores ha sido en atinente al ejercicio efectivo del poder de dirección. Conforme a ello, se estimaba que si el empresario se limitaba a impartir instrucciones generales sobre los modos de producción, de forma que la concreta organización de la actividad corría a cargo del empresario contratista, se trataría de una contrata lícita; pero si el empresario principal descendía a organizar la actividad de los trabajadores, de forma que no se limitaba a contratar un resultado (la obra o servicio contratado) sino que intervenía en la organización de la prestación laboral, existiría una cesión ilícita de trabajadores. Por todo ello, y modo de regla general, se ha venido sentando que en el normal desarrollo de los procesos de subcontratación el contratista ha de ostentar todas las facultades propias del poder de dirección.

Ello no obstante, no puede obviarse que los servicios subcontratados suelen en la práctica ejecutarse en el espacio locativo de la empresa principal, lo que exige de la empresa principal (al objeto de garantizar una correcta realización y coordinación de los trabajos) bien la adopción de medidas de coordinación técnica que se ha entendido no constituyen en modo alguno manifestación del poder de dirección, o bien el ejercicio de un poder de supervisión del trabajo realizado, a través de los medios técnicos oportunos (como los mecanismos informáticos y los sistemas audiovisuales o sonoros). Incluso la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, indicando que las subcontrataciones crean relaciones directas con el arrendador del servicio, que pueden ser jurídicas, como el pago directo, y fácticas, como es la vigilancia y control cotidiano del trabajo efectuado (sentencia del TJCE de fecha 24.01.02).

De cualquier modo, las posibles denuncias de deficiencias y la puesta en conocimiento de indicaciones de la ejecución de la obra o servicio se habrán de poner en conocimiento de la empresa contratista, a través de las correspondientes cadenas de mandos, para que adopte las medidas oportunas, y por ello, y en este sentido, se ha entendido (sentencias de 17.01.1991 y 19.01.1994) que constituye un elemento importante a efectos de la consideración como contrata (y por ende de su licitud) la aportación por la empresa de un jefe de equipo, siempre que este último no se constituya en un mero transmisor de las órdenes técnicas de la empresa principal.

En cualquier caso, en los términos que exponemos, el trabajador de la empresa auxiliar no puede permanecer ajeno a las instrucciones positivas o a las prohibiciones referidas a la generalidad de los trabajadores (como la prohibición de interrupción extemporánea del trabajador, de hablar o fumar); y también es posible que la relación laboral de la empresa contratista con el trabajador que presta servicios en la subcontrata resulte afectada por razón de las instrucciones que la empresa contratista reciba en cuanto al horario, turnos o vacaciones.

Ello no obstante, pese a que la empresa principal ostente facultades de tal calado (entre las que se incluye la posibilidad de impartir instrucciones técnicas), su ejercicio no implica *per se* la concurrencia de interposición de un sujeto empresarial en el contrato de trabajo. Por ello, en este supuesto, un criterio esencial al que atender para disociar la presencia de ilicitud en el comportamiento empresarial es el de la dejación del poder de dirección por la empresa contratista frente a sus trabajadores, como se ha entendido lo constituiría el fraccionamiento de la facultad de dirección, asignada a la empresa comitente, y la facultad disciplinaria, atribuida a la empresa contratista (sentencia de 12.12.1997), pues en ese caso se ha entendido se



produciría una intromisión ilegítima de la empresa comitente en las facultades directivas que corresponden a la contratista y, por tanto, una prueba inequívoca de cesión prohibida de trabajadores.

Por todo ello, y a modo de colofón podemos indicar que la determinación de si existe contrata o cesión ilegal debe centrarse en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, tal y como así lo indica la sentencia de fecha 30.05.2002 al referir que "... para poder proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas ...", así como la sentencia de fecha 20.09.2003 al referir que para diferenciar entre los casos lícitos de contrata y subcontrata y los supuestos de cesión ilegal de trabajadores es necesario "... para llegar a una u otra solución, tener en cuenta las particulares circunstancias y elementos concurrentes en el caso examinado, pudiendo ser decisiva a tal respecto la aparición o no de una o varias de esas circunstancias y datos especiales ...".

SEXTO.- Y finalmente, tanto por su cercanía temporal con la controversia objeto del procedimiento, conviene destacar otros pronunciamientos mantenidos recientemente por el Tribunal Supremo sobre la materia que nos ocupa.

En ello, sentencias de 17.01.2011 y 20.01.2011 vienen a reseñar que "... es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el art. 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por el actor como "profesional de oficios varios" 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...", añadiendo a ello que "... frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la Ley de Contratos del Sector Público) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente...". Y este mismo planteamiento es seguido -entre otras- por las ulteriores sentencias de 03.03.2011 , 28.04.2011 , 04.05.2011 y 27.02.2012 dictadas en resolución de asuntos análogos.

Por su parte, la sentencia de 08.03.2011 recoge la doctrina general sobre la materia del siguiente modo: "... existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos -esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente...".

SÉPTIMO.- Y ante todo lo anteriormente expuesto, aplicando tales condicionantes a los datos fácticos que resultan de los inalterados hechos probados de la sentencia -cuya modificación no ha sido siquiera interesada por las recurrentes-, entiende la Sala que ciertamente concurren datos más que significativos de los que extraer la concurrencia de los presupuestos exigidos para apreciar la existencia de la ilícita cesión de trabajadores entre ambas entidades demandadas.

En ello, y de comienzo, del caudal probatorio de autos resulta más que discutible la postulada independencia entre ambas entidades demandadas, la que a lo sumo habría de catalogarse como meramente formal, cuando



de los datos objetivos de autos difícilmente puede extraerse que el Organismo Autónomo codemandado opere en el tráfico jurídico general con plena autonomía de organización, proyección y funcionamiento. En apoyo de lo anterior, resulta que el demandante fué contratado por dicho Organismo en el seno de una convocatoria de empleo público llevada a cabo por el Ayuntamiento, y que fué el propio Ayuntamiento el que inició en abril de 2016 proceso de disolución de sus Organismos Autónomos con integración en su plantilla de los trabajadores que hasta entonces dependían y prestaban servicios en dichos organismos municipales, lo que no hizo con el aquí demandante.

Junto a lo citado, otros datos acreditados resultan de notorio interés: 1.- es patente y manifiesto que el objeto del contrato concertado con el actor no solo no es una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, sino que en esencia es una actividad que corresponde llevar a cabo por el Ayuntamiento demandado en cumplimiento de las funciones y fines propios; 2.- en el desarrollo de la actividad concertada, no solamente no consta que la contratista asumiera un verdadero riesgo empresarial, sino que además resulta que los medios materiales para el desempeño de las tareas encomendadas al actor eran puestos por el Ayuntamiento; 3.- de tal modo, no solo no consta la justificación técnica de la contratación entre las entidades demandadas, ni la autonomía de su objeto, ni la aportación de medios de producción propios, sino que además resulta probado que el real y efectivo ejercicio de los poderes empresariales de control y dirección del trabajo era ejercido por personal ajeno a la entidad contratista, formal empleadora del demandante, siendo el mismo por completo llevado a cabo por personal del Ayuntamiento.

Otros condicionantes periféricos cabría esgrimir en el asunto de autos, a criterio de la Sala totalmente ociosos cuando de los extremos hasta ahora aludidos entiende concurren datos más que fidedignos de los que inferir la real y efectiva concurrencia de la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, cuando la entidad que realmente decidió la contratación y el despido del actor, y para la que el mismo efectivamente prestaba servicios no fue otra que el Ayuntamiento demandado, por lo que al haberlo entendido así la sentencia ahora combatida no puede compartirse la denuncia jurídica esgrimida en el motivo de recurso que no ocupan, que por lo tanto habrá de ser desestimado.

Pero es que de cualquier modo, y aún cuando pudiéramos entender que nos encontramos en la figura de la encomienda de gestión o colaboración entre entidades pertenecientes al sector público, tampoco por dicha vía podría obtener el Ayuntamiento demandado la absolución postulada, cuando la reciente doctrina jurisprudencial en la materia - sentencia del Tribunal Supremo de 04.02.2015 -, ante una situación similar a la que aquí se observa de "*... entramado empresarial o pluralidad de empresarios, construido a partir de convenios de colaboración ...*", vino a recalcar que la entidad principal -en nuestro caso el Ayuntamiento- ejerce en estos casos un "*... poder directivo general que es el que se ejerce en supuestos de "pluralidad empresarial" -a la que se refiere el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores -...*", consecuencia de lo cual "*... debe responder de las consecuencias del despido improcedente de la trabajadora solidariamente con los demás demandados ...*". Y a tal efecto, la indicada sentencia, como colofón, viene a dictaminar que "*... la construcción de un sistema de coordinación, como el que vincula a las codemandadas, deviene en la asunción de una postura empresarial común, tal y como queda plasmada en los múltiples elementos que se extraen del relato de hechos probados de la sentencia, al que antes hemos aludido. Si bien la utilización de la encomienda de gestión a la empresa pública justifica un cambio de la identidad del empresario, ello no comporta la desaparición de la Consejería en su papel de empleadora, sino la modificación de ese sujeto de la relación que ya no recae sobre una sola entidad, sino que pasa a ser plural ...*".

OCTAVO.- Y finalmente, como último motivo de suplicación, y con idéntico amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, denuncian las recurrentes vulnerar los dictados de la sentencia combatida lo dispuesto en la Disposición Final 15ª del Convenio de aplicación.

En sustento de tal motivo vienen a indicar las recurrentes que conforme a la disposición que se denuncia vulnerada la opción derivada de la declaración de improcedencia del despido no cabe atribuirla al trabajador, cuando la disposición convencional aplicada en la sentencia está reservada para el caso de que el despido del actor se hubiera adoptado por causa disciplinaria, lo que no es nuestro caso.

Ello no obstante, este motivo tampoco podrá encontrar favorable acogida, cuando esta misma Sala ya ha declarado al tiempo de resolver controversia idéntica a la presente - sentencia de 20.11.2014, recurso 1488/2014- que a la vista del contenido de la DA 15ª del Convenio Colectivo aplicable, rubricada "garantía de empleo", no cabe duda interpretativa alguna en relación a que "*...en caso de ser declarado un despido improcedente, el trabajador tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión...*", entendiendo que no se establece en tal disposición distingo o especialidad alguna en función de la modalidad del despido impugnado o en cuanto a la causa determinante de la improcedencia del mismo, por lo que su ámbito de aplicación habrá de abarcar el supuesto en que nos encontramos, y no quedar circunscrito a los despidos disciplinarios como se pretende.



Por todo lo anteriormente expuesto, no apreciándose por la Sala concurra la vulneración normativa indicada, no cabe sino la desestimación del recurso de suplicación formulado con íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

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

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación formulado por el AYUNTAMIENTO DE MARBELLA y el O.A.L. DE FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la Sentencia del Juzgado de lo Social número Cinco de Málaga de fecha 17.05.2016, dictada en sus autos nº 899/2015 promovidos por D. Aurelio frente a las entidades recurrentes indicadas.

Se condena a las entidades recurrentes a la pérdida del depósito constituido y de la cantidad consignada para recurrir, a las que se dará el destino legal, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales del Letrado de la parte impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 1.200 euros, y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Indíquese a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de consignar la suma de 600 euros, y la cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena. Tal consignación podrá efectuarse:

- 1.- en caso de ingresos en efectivo, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social - cuenta nº 2928- 0000-66-número de procedimiento (0000/00)-;
- 2.- y para el caso de ingresos por transferencia, habrá de tener lugar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). Para éste último caso de ingreso por transferencia, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, la cuenta número 2928-0000-66- número de procedimiento (0000/00)-.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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