



SENTENCIA Nº 291/17

En Málaga, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

Visto en juicio oral y público por la Illma. Sra. D^a Concepción Isabel Núñez Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social Nº 12 de Málaga, el juicio Nº 585/16, promovido en materia de derechos por D.^a Miriam [REDACTED] frente a la empresa [REDACTED] y el Ayuntamiento de Mijas, y concurriendo los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Recibida en este Juzgado la demanda suscrita por la parte actora, y admitida a trámite, se señaló el día 13 de septiembre del presente año para la celebración del acto del juicio, con citación de las partes.

II.- El día señalado, y no habiendo sido posible la conciliación entre las partes, tuvo lugar el juicio, con el resultado que es de ver en la grabación videográfica de la vista, cuyo contenido íntegro se da por reproducido, acordándose como diligencia final la práctica de prueba testifical, citándose a las partes a tales fines. Celebrada la dicha diligencia final, por providencia de 25 de septiembre se acordó dar a las partes el término de cinco días comunes para la presentación de escrito de valoración de la prueba practicada. Recibidos los oportunos escritos, por DIOR de 9 de octubre se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

III.- Observadas las reglas del procedimiento, a excepción del plazo de señalamiento, por la excesiva carga de trabajo que soporta este juzgado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D.^a Miriam [REDACTED], DNI Nº [REDACTED], cuyas demás circunstancias personales constan en las actuaciones, ha venido prestando servicios ininterrumpidos desde el 19 de noviembre de 2011 por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Club Polideportivo Mijas (denominada hasta el 20/10/2015 "[REDACTED]"), CIF [REDACTED] ostentando últimamente la categoría profesional de conserje mantenedora, y percibiendo un salario de

Código Seguro de verificación:e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017.13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==	PÁGINA 1/6





1.523,46 euros mensuales, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias (hecho no controvertido)

SEGUNDO.- La actora suscribió un primer contrato de trabajo temporal a tiempo parcial (10 horas/semana) con la empresa (██████████) (actualmente denominada, como se ha expuesto, C██████████) el 19/09/2011, al que sucedió sin solución de continuidad otro contrato, también temporal a tiempo parcial, el 30/06/2012; el 1 de octubre de 2014, el C██████████ comunicó a la actora la conversión a indefinido del contrato de trabajo, que pasó a ser a jornada completa.

TERCERO.- Se da por reproducido el documento N° 7 del ramo de la actora: copia del Convenio de Colaboración Subvencionado para la Promoción del Deporte Mijeano, la Organización de Eventos Deportivos Extraordinarios y el Apoyo a la Gestión de las Instalaciones Deportivas Municipales, suscrito entre el Patronato Municipal de Deportes de Mijas y el Club Atletismo Mijas el 10/12/2014. También el N° 8: Informe de Intervención negativo.

CUARTO.- Durante toda la relación laboral, la actora ha prestado servicios únicamente en el centro de trabajo "Polideportivo de ██████████", propiedad del Ayuntamiento codemandado, en el que también prestan servicios empleados municipales (documento N° 1 de su ramo, testificales de D. Marco Antonio ██████████ -responsable del Área de Deportes -personal laboral- del Ayuntamiento de Mijas-; de D. Lázaro ██████████ -encargado de Mantenimiento del Área de Deportes -personal laboral- del Ayuntamiento de Mijas-).

En el dicho centro de trabajo han venido prestando servicios tres conserjes, realizándose por todos ellos -tanto empleados municipales como trabajadores contratados por la empresa codemandada- idénticas funciones, sujetos en todo momento a las facultades organizativas y de supervisión de D. Lázaro ██████████, quien a su vez depende jerárquicamente de D. Marco Antonio ██████████. Dichos tres superiores poseen igual mando sobre todos los trabajadores adscritos al Polideportivo de La Cala, cuyo trabajo distribuyen, *indistintamente*, entre los empleados municipales y los de la mercantil codemandada. Organizan las vacaciones anuales de todos los trabajadores, e incluso se ha reconocido por el Sr. ██████████ -responsable del Área de Deportes del Ayuntamiento de Mijas- haber cambiado personalmente el turno de trabajo de Dª Miriam ██████████. Se dan por reproducidos los documentos N° 1 a 4 del ramo del actor, los que, impugnados de contrario, han sido calificados por el testigo Sr. (██████████) como dotados de "total apariencia de validez, y como "normales").

Código Seguro de verificación: e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017 13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/6



e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los anteriores hechos probados han sido obtenidos en virtud de la convicción del Juzgador, alcanzada tras el estudio de los medios de prueba practicados en el proceso, y concretamente de la documental aportada por las partes y la testifical practicada, a la que se ha ido haciendo referencia concreta en los distintos apartados fácticos de la presente resolución.

SEGUNDO.- 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. Así lo ha reconocido la Sala de lo Social en Málaga del tribunal Superior de Justicia de Andalucía en las sentencias de 21/03/1997 (rec. 3211/1996) y 03/02/2000 (rec. 14430/1999), que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, bajo el concepto común de cesión, se regulan en realidad fenómenos distintos y, entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios.

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 contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las

Código Seguro de verificación: e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017 13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==	PÁGINA 3/6





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 7-3-1988; el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12-9-1988, 16-2-1989, 17-1-1991 y 19-1-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17-1-1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11-10-1993, que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal". 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, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-2-1989 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 19-1-1994 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.

En este contexto, y de acuerdo con el resultado probatorio expuesto, hay que concluir en la pertinencia de la estimación de la demanda, debiendo calificarse la situación laboral de la actora como de cesión ilegal, conclusión que no puede alterarse por el hecho de que la mercantil fuera la que realizaba las mínimas funciones instrumentales como aparente empleadora, tales como el abono de las nóminas y las obligaciones de Seguridad Social; en palabras de la sentencia del TS de 16 de junio de 2003, *"en este marco no resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las*

Código Seguro de verificación: e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017 13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/6





de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de "acceso y salida" del personal para lo que sin duda cuenta con una coordinadora (...), porque, como ya señaló la Sentencia de 12 de diciembre de 1997, 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, como ya estableció esta Sala para los locutorios telefónicos".

En el supuesto de autos, y atendiendo a los razonamientos jurídicos expuestos, resulta acreditado que el Ayuntamiento de Mijas ha venido ejercitando el poder de dirección respecto de la demandante, formalmente contratada por la empresa [REDACTED] as.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, debe declararse la existencia de cesión ilegal de la actora, con las consecuencias previstas en el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores, consistentes, en principio, en el derecho de la trabajadora a adquirir la condición de fija, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, a todos los efectos legales, y con la antigüedad desde el inicio de la vinculación con la empresa cedente.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la opción, debe destacarse que, encontrándonos ante una cesión ilegal de trabajadores en un organismo público, si ea actora optara por incorporarse al Ayuntamiento de Mijas, en ningún caso podrá serlo en calidad de fija, sino de indefinida, según viene declarando unánime Jurisprudencia, por cuanto "estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional, y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza, y esta consecuencia, no querida por la ley, no puede producirse porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva, debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas a los intereses que con aquélla se tutelan"; en el Auto 858/1998, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional se expresa: "es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es por si mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales, artículos 23-2, y en todo



Código Seguro de verificación: e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017 13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/6



e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==



caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingresos como personal al servicio de la Administración." Porque no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda formulada por [REDACTED], declaro que ha existido cesión ilegal del demandante por parte de la empresa [REDACTED] al Ayuntamiento de Mijas y, consiguientemente, declaro el derecho de la trabajadora a adquirir la condición de fija, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, a todos los efectos legales, y con la antigüedad desde el inicio de la vinculación con la empresa cedente. Si la trabajadora optare por el Ayuntamiento de Mijas, tendrá la condición de trabajadora por tiempo indefinido, y no fija.

Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente, expídase testimonio para su unión a los autos, y hágase saber a las partes que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, recurso que habrá de anunciarse ante éste Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, observándose la forma, plazos y requisitos establecidos en los arts. 190 y ss y arts. 229 y ss LJS.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La presente resolución ha sido leída y publicada en audiencia pública por la misma juez que la dicta en el día de la fecha. Doy fe.

Código Seguro de verificación: e5zs+UNY8B+1sFSMd0Ss6Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CONCEPCION ISABEL NUÑEZ MARTINEZ 10/10/2017 13:51:12	FECHA	10/10/2017
	CLARA LOPEZ CALVO 10/10/2017 14:10:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/6

