



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744S20160008858

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 1105/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 631/2016

Recurrente: MONELEC SLU Y ELECTRONIC TRAFIC SA XII UTE, MONELEC SLU Y ETRALUX SA UTE, MONELEC SL y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: [REDACTED] S.JAYUNT. MALAGA

Recurrido: [REDACTED]

INGENIERIA Y SERVICIOS AVANZADOS SL, SISTEMAS TECNICOS Y MONTAJES SL, NARVAL INGENIERIA SA y TELVENT TRAFICO Y TRANSPORTE SA

Representante [REDACTED]

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA 1999/18

En el recurso de Suplicación interpuesto por MONELEC SLU Y ELECTRONIC TRAFIC SA XII UTE, MONELEC SLU Y ETRALUX SA UTE, MONELEC SL y AYUNTAMIENTO DE MALAGA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Málaga, ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre cesión ilegal siendo demandado MONELEC SLU Y ELECTRONIC TRAFIC SA XII UTE, MONELEC SLU Y ETRALUX SA UTE, MONELEC SL, [REDACTED] INGENIERIA Y SERVICIOS AVANZADOS SL, SISTEMAS TECNICOS Y MONTAJES SL, NARVAL INGENIERIA SA y TELVENT TRAFICO Y TRANSPORTE SA y AYUNTAMIENTO DE MALAGA habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 23 de octubre de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

1º.- El actor, trabaja en el Ayuntamiento de Málaga, con la categoría profesional de ingeniero de telecomunicación, desde el 1.1.04., con un salario de 2.542,13 euros, con inclusión de p.p. de pagas extras.

2º.- El actor ha trabajado primeramente como autónomo, desde el 1.1.04. al 31.12.06., para Narval Ingeniería S.A., Ingeniería y Servicios Avanzados S.L. y para Monelec S.L., presentando facturas a Narval Ingeniería S.A. e Ingeniería y Servicios Avanzados S.L.; y después como trabajador por cuenta ajena para diversas empresas:

- Telvent Tráfico y Transporte S.A.: 18.1.07. a 21.4.09., con un contrato laboral para obra o servicio determinado consistente en "Servicio de Conservación, Mantenimiento, Reparación y Ayuda a la Explotación de las Instalaciones del Centro de Control de Tráfico, Sistemas de Comunicaciones y Circuito Cerrado de TV de la ciudad de Málaga"
- UTE Monelec S.L. y Electronic Trafic S.A.: 22.4.09. a 19.6.13.
- Monelec S.L.U y Etralux S.A. UTE: 20.6.13 a 26.11.14.
- Sistemas Técnicos y Montajes S.L.: 27.11.14.

Desde su inicio como autónomo realizó las siguientes funciones: coordinación entre la Administración Municipal y Autonómica de la red de Metro; coordinación municipal con el Consorcio de Transportes Metropolitano del área de Málaga; coordinación y gestión de los accesos de ámbito metropolitano a Málaga; supervisión del Plan Director de bicicletas del PGOU de Málaga; seguimiento y evaluación de los indicadores de Transporte de la Agenda 21 Local en coordinación con el observatorio de Medio Ambiente Urbano de Málaga; coordinación con la Agencia Municipal de la Energía del Plan de Calidad del Aire; coordinación con la Delegación de Medio Ambiente para la creación y seguimiento del mapa de ruidos de Málaga.

El actor esta integrado en la estructura organizativa del Ayuntamiento de Málaga, prestando servicios en el Área de Tráfico y Transporte Público; ha





recibido ordenes e instrucciones de los superiores del Ayuntamiento y también de sus empleadores; sus funciones han sido semejantes a las de los funcionarios de su área y no sólo las de la contrata; ha coordinado sus vacaciones y permisos con el resto del personal del Area, aunque fueran aprobadas por sus empleadores; los gastos originados por sus viajes, a instancia del Ayuntamiento o de las

empleadoras, han sido abonados por el Ayuntamiento; ha trabajado con los medios materiales proporcionados por el Ayuntamiento de Málaga, aunque también se le han facilitado por sus empleadoras móviles.

3º.- El 2.1.07. el Ayuntamiento y "Telvent Tráfico y Transportes S.A." firmaron contrato administrativo para la organización de la prestación de servicio de conservación, mantenimiento, reparación y ayuda a la explotación de instalaciones del centro de control de tráfico, sistemas de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga.

4º.- El 20.4.09. el Ayuntamiento y "Monelec S.L. y Electronic Traffic S.A./XII UTE" firmaron contrato administrativo para la organización de la prestación de servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del Observatorio de la movilidad viaria de Málaga, MOVIMA (Centro de Gestión).

Por cartas de 20.4.09. se comunicó a los trabajadores que venían prestando servicios en el centro de control de tráfico del Ayuntamiento de Málaga, incluido el actor, la ejecución de un nuevo contrato adjudicado a la UTE Monelec Electronic Traffic, con efectos de 22.4.09., y la consiguiente subrogación.

Por escritura pública de 1.4.16. "Telvent Tráfico y Transporte S.A." pasó a denominarse "Kapsch Trafficcom Transportation S.A."

5º.- El 11.6.13. el Ayuntamiento y "Monelec S.L.U. y Etralux S.A. UTE" firmaron contrato administrativo para el servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga Movima (centro de gestión) y Movima (centro histórico), sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga.

Por carta de 19.6.13 se comunicó a los trabajadores de la contrata, incluido el actor, que eran subrogados por la UTE "Monelec S.L.U. y Etralux S.A."

La "UTE Monelec S.L.U. y Etralux S.A." tenían un Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Monelec aprobaba las vacaciones, concedía ayuda escolar, proporcionó móviles y dirección de correo electrónico a sus trabajadores, sometió al trabajador a reconocimientos médicos, pago reparaciones de material, gestionaba viajes.





6º.- El 17.11.14. el Ayuntamiento y “Sistemas Técnicos y Montajes” firmaron contrato administrativo para el servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga Movima (centro de gestión) y Movima (centro histórico), sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga.

Por carta de 26.11.14. se comunicó al actor la subrogación de “Sistema Técnicos y Montaje S.L.”

Por escritura de 10.1.17. se cambió la denominación de “Sistemas Técnicos y Montaje S.L.” por “Sistem Infraestructuras y Operaciones EPC S.L.” Tenía su eguro de responsabilidad para los trabajadores. Aprobaba las vacaciones y permisos del actor, que tenía una dirección de correo electrónico de la empresa.

7º.- El día 27.7.16. la Mesa de Contratación acordó adjudicar la contratación del servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga Movima (centro de gestión) y Movima (centro histórico), sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga a “Kapsch TrafficCom Transportation s.a.u.”

8º.- El Ayuntamiento de Málaga y la empresa “Narval Ingeniería S.A.” han firmado los siguientes contratos:

17.11.03. relativo a la asistencia técnica para la realización de estudios relativos a la ingeniería de tráfico en el año 2003 en los Distritos 6 y 10 en la ciudad de Málaga.

30.4.04. relativo a los trabajos de realización de estudios relativos a la movilidad urbana y elaboración de informes y propuestas de nuevas ordenaciones año 2003 en la ciudad de Málaga

1.4.05. relativo a la realización de estudios técnicos relativos a la ingeniería de tráfico en la red básica (jerarquía arterial) en el año 2005 en la ciudad de Málaga.

9º.- Se ha celebrado acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el 16.6.16. y se ha agotado la vía administrativa previa en virtud de reclamación previa de 16.6.16.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunciaron Recurso de Suplicación la parte demandada MONELEC SLU Y ELECTRONIC TRAFIC SA XII UTE, MONELEC SLU Y ETRALUX SA UTE, MONELEC SL y AYUNTAMIENTO DE MALAGA, recurso que formalizaron, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.





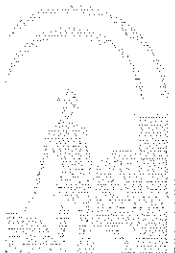
FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La sentencia de instancia, tras desestimar las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de legitimación pasiva y prescripción alegadas por las representaciones de las empresas codemandadas, estima parcialmente la demanda promovida por el actor y declara la existencia de cesión ilegal del trabajador, declarando que el demandante es personal laboral indefinido del Ayuntamiento de Málaga, con la categoría profesional de ingeniero de telecomunicación, salario de 2542,13 € mensuales y antigüedad de 1 de enero de 2004, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al Ayuntamiento de Málaga a abonar al actor la cantidad de 12.699 €. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación tanto la representación de las empresas codemandadas Monelec S.L.U., UTE Monelec S.L.U.-Electronic Traffic S.A. y UTE Monelec S.L.U.-Etralux S.A., como la del Ayuntamiento de Málaga.

SEGUNDO: La representación de las indicadas empresas codemandadas formula un primer motivo de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, pretendiendo las modificaciones fácticas que figuran en el escrito de interposición del recurso de suplicación y que aquí damos expresamente por reproducidas.

Deben desestimarse estas modificaciones fácticas, pues las mismas resultan totalmente intrascendentes a los fines del recurso de suplicación interpuesto por la representación de las indicadas empresas codemandadas, pues, como analizaremos más extensamente al tratar el motivo de censura jurídica, debe estimarse respecto de las mismas la excepción de prescripción ya alegada en el acto del juicio, dado que había transcurrido más de un año desde la finalización de la contrata suscrita entre las indicadas empresas y el Ayuntamiento de Málaga y la presentación de la solicitud de conciliación del actor previa a la interposición de la demanda en la que se solicitaba la declaración de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre las indicadas empresas y el Ayuntamiento.

TERCERO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula por la representación de las indicadas empresas codemandadas el segundo motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 59 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1973 y 1974 del Código Civil.





Insiste la parte recurrente en alegar la excepción de prescripción ya planteada en la instancia, por considerar que había transcurrido más de un año desde la finalización de la contrata suscrita entre las indicadas empresas y el Ayuntamiento de Málaga y la presentación de la solicitud de conciliación del actor previa a la interposición de la demanda en la que se solicitaba la declaración de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre las indicadas empresas y el Ayuntamiento.

Reiterada doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina ha venido declarando que la acción de fijeza electiva que reconoce el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores ha de ejercitarse necesariamente mientras subsista la cesión, de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017); habiendo concretado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que la posibilidad de accionar para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal exige que la situación a calificar como tal se encuentre vigente a la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, y no a la de la demanda.

Pues bien, aplicando tal doctrina al caso de autos resulta evidente que en el momento de presentación de la solicitud de conciliación el 16 de junio de 2016 el demandante carece de derecho y acción para pretender la declaración de cesión ilegal de las empresas codemandadas ahora recurrentes y el Ayuntamiento de Málaga, pues la prestación de servicios del actor para las indicadas empresas finalizó el 26 de octubre de 2014, fecha de terminación del contrato administrativo suscrito por las referidas empresas con el Ayuntamiento para el servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga y del sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga, por lo que cuando se presentó la solicitud de conciliación el 16 de junio de 2016 pretendiendo la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre las referidas empresas y el Ayuntamiento de Málaga había transcurrido más de un año desde la terminación del contrato administrativo que vinculaba a las empresas supuestamente cedente y cesionaria, de modo que la acción del actor para reclamar la existencia de esa cesión ilegal en relación a las referidas empresas ahora recurrentes ya se encontraba prescrita. En consecuencia, debe estimarse el recurso de suplicación interpuesto por las empresas antes reseñadas y estimarse la excepción de prescripción de la acción ya alegada por las mismas en la instancia, con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida; siendo de resaltar que esta Sala en sentencia dictada en el recurso de suplicación 397/2018, dictada en un supuesto similar al de autos, ya ha estimado que otro trabajador carecía de





derecho y acción para pretender la declaración de cesión ilegal frente a una serie de personas y entidades en relación a una serie de vínculos contractuales y relaciones de prestación de servicios que había finalizado más de un año antes de la presentación de la solicitud de conciliación previa por la que se reclamaba la existencia de esa supuesta cesión ilegal de trabajadores.

CUARTO.- La representación del Ayuntamiento de Málaga interpone asimismo recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, pretendiendo la modificación de los hechos probados primero y segundo de la resolución impugnada, así como la adición de tres hechos probados nuevos, todos los cuales deberían figurar del tenor literal que figura en el escrito de interposición del recurso de suplicación y que aquí damos expresamente por reproducido.

Deben estimarse las modificaciones fácticas solicitadas, pues las mismas encuentran debido apoyo en la prueba fundamental obrante en las actuaciones, concretamente en los sucesivos contratos administrativos suscritos entre el Ayuntamiento de Málaga y las empresas codemandadas para el servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga y del sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga; siendo de resaltar especialmente el contrato administrativo 7/14 vigente al tiempo de tramitarse el presente procedimiento judicial sobre cesión ilegal de trabajadores, contrato suscrito entre el indicado Ayuntamiento y la empresa codemandada Sistemas Técnicos y Montajes S.L., indicándose expresamente en la cláusula 8 del referido contrato 7/14 que el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto de este contrato, entre ellos el actor, no tendrá vinculación laboral alguna con el Ayuntamiento, llevando a cabo única y exclusivamente las prestaciones determinadas en las condiciones que lo rigen, sin que a la extinción del contrato pueda producirse la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos contratados como personal del Ayuntamiento de Málaga. A mayor abundamiento, debe reseñarse la clara contradicción en que incurre el relato fáctico de la sentencia de instancia, pues por un lado en el último párrafo del hecho probado segundo indica que el actor se encuentra integrado en la estructura organizativa del Ayuntamiento de Málaga y que realiza una serie de funciones para el mismo, mientras que en el hecho probado quinto de la indicada sentencia se señala que era la empresa Monelec para la que prestaba servicios la que aprobaba sus vacaciones, concedía la ayuda escolar, proporcionaba móviles y dirección de





correo electrónico a sus trabajadores, sometía al trabajador a reconocimientos médicos, pagaba reparaciones del material empleado por el mismo y gestionaba sus viajes, indicando que en el hecho probado sexto que la empresa Sistemas Técnicos y Montajes S.L. para la que prestaba servicios el actor en el momento de la presentación de la demanda ejercía respecto del mismo idénticas facultades y le impartía similares directrices.

QUINTO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la representación del Ayuntamiento de Málaga la infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. Alega la parte recurrente que en el presente caso no cabe hablar de cesión ilegal de trabajadores, sino que nos encontramos ante una lícita externalización del servicio, por lo que debe estimarse el recurso de suplicación interpuesto y absolver al Ayuntamiento recurrente de las pretensiones deducidas en contra en la demanda.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17.1.2002 (RJ 2002\3755), a propósito de la cesión ilegal de trabajadores, proclama que lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. 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. 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 en las sentencias de 21-3-1997 (RJ 1997\2612) (rec. 3211/1996) y 3-2-2000 (RJ





2000\1601) (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 contrata, 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 contrata 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 7-3-1988 [RJ 1988\1863]); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12-9-1988 [RJ 1988\6877], 16-2-1989 [RJ 1989\874], 17-1-1991 [RJ 1991\59] y 19-1-1994 [RJ 1994\352]) 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 (RJ 1993\7586) 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. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-12-1997 (RJ 1997\9315) (rec. 1281/1997). La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

Pues bien, nada de ello ocurre en el supuesto de autos, ya que el actor fue contratado y ha venido prestando servicios sucesivamente para las empresas codemandadas, las cuales habían suscrito con el Ayuntamiento de Málaga sucesivos contratos administrativos para el servicio de conservación, mantenimiento, reparación, suministro, montaje y ayuda a la explotación de las instalaciones del observatorio de la movilidad diaria de Málaga y del sistema de comunicaciones y circuito cerrado de televisión de la ciudad de Málaga, ostentando las reseñadas empresas codemandadas la condición de empresaria real y efectiva del demandante, contando dichas empresas con una actividad y organización propia y estable y existiendo además una justificación técnica para la prestación de los servicios. A mayor abundamiento, de los hechos probados quinto y sexto de la sentencia de instancia se desprende que primeramente la empresa Monelec y luego la empresa Sistemas Técnicos y Montajes S.L., la cual era la empresaria del actor en el momento de presentación de la demanda y titular de la explotación de dicho servicio en esas fecha, aprobaban las vacaciones del trabajador, le concedían la ayuda escolar, le proporcionaban los medios materiales para la realización de su trabajo (móviles y dirección de correo electrónico), sometían al trabajador a reconocimientos médicos, le pagaban las reparaciones del material y le gestionaban los viajes que en su caso tenía que realizar para el desempeño de su actividad profesional. Resulta incuestionable la existencia de una evidente relación entre las indicadas empresas codemandadas para las que sucesivamente ha prestado servicios el actor y el Ayuntamiento recurrente, pues entre ambos existía, como hemos indicado anteriormente, sucesivos contratos administrativos para la prestación de los servicios de gestión y control de la movilidad viaria de la ciudad de Málaga, por lo que lógicamente existía por parte del Ayuntamiento un cierto





control sobre las actividades de las empresas contratistas, pero no puede confundirse la facultad de dirección que corresponde a cada empresario respecto de sus trabajadores con la necesaria definición de objetivos, procedimientos y calidades que la empresa principal como cliente debe exigir a la contratista. Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia el dato relevante y decisivo para distinguir la cesión ilegal de trabajadores prohibida expresamente por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores de la legítima subcontrata de obras y servicios autorizada por el artículo 42 de dicho cuerpo legal es que la empresa principal renuncie a realizar directamente una fase o un sector de su actividad, nítidamente diferenciado, y encargue su realización a un tercero, el cual en la ejecución de ese encargo se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes y servicios, aporta sus propios medios personales y materiales y asume la organización de esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirige, controla y ordena, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2001, 24 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y 16 de marzo de 2003, entre otras muchas). Por todo lo expuesto, se considera que en el presente caso no nos encontramos ante el supuesto de cesión ilegal de trabajadores expresamente prohibido por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pues la empresa contratista no es una empresa ficticia o aparente que se limite al mero suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, sino que se trata de una empresa real, que posee estructura propia y que desarrolla su actividad con sus propios medios personales y materiales, sin perjuicio de la posibilidad de que la empresa principal (el Ayuntamiento de Málaga) tiene en orden al control del resultado de la actividad realizada por la contratista en virtud del contrato administrativo de arrendamiento de servicios suscrito por ambas empresas.

A mayor abundamiento, esta Sala ya ha declarado en la sentencia dictada en el recurso de suplicación 397/18, en un supuesto similar al de autos de trabajadora que prestaba servicios para las mismas empresas codemandadas en virtud de idénticos contratos administrativos suscritos por la referidas empresas con el Ayuntamiento de Málaga, la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, dado que se trataba de empresas reales que ponían efectivamente en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para la empresa principal Ayuntamiento de Málaga, no limitándose simplemente a la mera aportación de mano de obra; existía una justificación técnica de la contrata y una autonomía de su objeto, lo que avalaba el que se hubiera acudido a fórmulas de subcontratación para la realización del servicio; siendo las sucesivas empresas contratistas las que aportaban los medios de producción





propios para realizar la actividad contratada, manteniendo en todo momento los poderes empresariales de control y disciplinarios frente a sus empleados, lo que aleja tal situación de la prohibida cesión ilegal de trabajadores. Asimismo, reitera dicha sentencia que ello no puede quedar desvirtuado por el hecho de que el Ayuntamiento pudiese aportar aislados

medios materiales e informáticos porque, dada la índole y entidad del servicio contratado, parece incluso evidente que los programas informáticos a emplear por los trabajadores de la subcontratista fueran los expresamente indicados por el Ayuntamiento, máxime cuando eran simultáneamente utilizados por los otros empleados en la misma área que ostentaban la condición de funcionarios del Ayuntamiento, pues como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2017 es normal que la empresa contratista no se interfiera en la ejecución de la contrata por la subcontratista, pero si que controle que el servicio se presta correctamente. Todo lo anterior no lleva a estimar también el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Málaga, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y absolución del mismo de los pedimentos instados en su contra.

FALLAMOS

Que debemos **estimar y estimamos** los recursos de suplicación interpuestos por la representación de las empresas codemandadas Monelec S.L.U., UTE Monelec S.L.U.-Electronic Traffic S.A. y UTE Monelec S.L.U.-Etralux S.A y por la representación del Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Málaga con fecha 23 de octubre de 2017, en autos sobre cesión ilegal de trabajadores seguidos a instancias de [REDACTED] contra dichos recurrentes, Sistemas Técnicos y Montajes S.L., Telvent Tráfico y Transporte S.A., Narval Ingeniería S.A., Ingeniería y Servicios Avanzados S.L. y [REDACTED] [REDACTED] revocando la sentencia recurrida para desestimar la demanda y absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, declarando expresamente por lo que respecta al actor la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores entre las referidas empresas codemandadas y el Ayuntamiento de Málaga. Una vez firme esta sentencia, procédase a la devolución a las recurrentes del depósito constituido para recurrir.

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,





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

durante cuyo plazo se encontrarán los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

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

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



.....