

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG: 28.079.00.4-2019/0014156

Procedimiento Recurso de Suplicación 161/2020

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid Procedimiento Ordinario 316/2019

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 976

Ilmos. Sres.

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU
PRESIDENTE

D./Dña. MARÍA BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PIÑONOSA ROS

En Madrid, a diez de noviembre de dos mil veinte, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 161/2020, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. AITOR-MANUEL GARCÍA RODRÍGUEZ, en nombre y

representación de SANTAGADEA GESTION AOSSA (AOSSA) y por el/la LETRADO D./Dña. ANGEL DIEGO LARA MORAL, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE LAS ROZAS DE MADRID, contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid en sus autos número 316/2019, seguidos a instancia de D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED] frente a AYUNTAMIENTO DE LAS ROZAS DE MADRID, la mercantil SANTAGADEA GESTIÓN AOSSA S.A. y ARJE FORMACION SL, en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FRANCISCO JAVIER PIÑONOSA ROS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

“PRIMERO.- La parte actora se halla integrada por las siguientes trabajadoras:

1º.- Dª [REDACTED] con N.I.F. nº [REDACTED] viene prestando servicios en la “Escuela de Música y Danza“ del Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid), en virtud de contrato de duración determinada, obra o servicio, a tiempo parcial (10 horas semanales) con la empresa “Arje Formación S.L.” de fecha 03/09/2015 con categoría profesional de titulado de grado, prestando servicios como profesora de violín y salario bruto mensual de 604,09 € mensuales, siendo de aplicación el Convenio Colectivo estatal de ocio educativo y animación sociocultural (folios 3 a 5 de las actuaciones).

Con fecha 01/09/2016, se volvió a suscribir por las partes contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicios, en las mismas condiciones que el contrato de fecha 03/09/2015 (folios 6 a 8 de las actuaciones).

Con fecha 1/09/2018, D^a [REDACTED] fue objeto de llamamiento por parte de la empresa “Arje Formación S.L.”, como trabajadora fija discontinua, en los términos obrantes a los folios 9 y 10 de las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos.

Con fecha 20/03/2019, la mercantil “Santagadea Gestión Aossa S.A”, dio de alta a D^a [REDACTED] como trabajadora de aquélla (folio 134 de las actuaciones), percibiendo salario mensual bruto de 834,19 €, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias (folio 139 de las actuaciones)

2º.- D^a [REDACTED], con N.I.F. nº [REDACTED] viene prestando servicios en la “Escuela de Música y Danza” del Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid), en virtud de contrato de duración determinada, obra o servicio, a tiempo parcial (22 horas semanales) con la empresa “Arje Formación S.L.” de fecha 01/09/2014 con categoría profesional de titulado de grado, prestando servicios como profesora de danza española y salario bruto mensual de 1.896,60 € mensuales, siendo de aplicación el Convenio Colectivo estatal de ocio educativo y animación sociocultural (folios 17 a 19 de las actuaciones).

Con fecha 01/09/2015, se suscribió por las partes contrato indefinido, de carácter discontinuo, consistentes en clases de danza española en la Escuela de Música y Danza “Joaquín Rodrigo” de Las Rozas, en los términos obrantes a los folios 20 a 22 de las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos.

Con fecha 1/09/2016, 01/09/2017 y 01/09/2018, D^a [REDACTED] fue objeto de llamamiento por parte de la empresa “Arje Formación S.L.”, como trabajadora fija discontinua, en los términos obrantes a los folios 23 a 25 de las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos.

Con fecha 20/03/2019, la mercantil “Santagadea Gestión Aossa S.A”, dio de alta a D^a [REDACTED] como trabajadora de aquélla (folio 135 de las actuaciones), percibiendo una retribución mensual bruta de 1.835,22 € (folio 143 de las actuaciones)

SEGUNDO.- En Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid) en fecha 16/11/2018, 11/01/2019 y 13/02/2019 se acordó el pago de salarios adeudados por “Arje Formación S.L.U.” a los trabajadores de la Escuela de Música y Danza en los meses de octubre de 2018 a enero de

2019, , en los términos obrantes a los folios 29 a 32; 58 a 61; 62 a 65 y 66 a 69 de las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos.

TERCERO.- La Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de Las Rozas, cuenta con personal propio y con personal externo. En el curso académico 2018/2019 la Escuela ha contado con 13 trabajadores directamente contratados por el Ayuntamiento, todos ellos profesores de música y el Director de la Escuela y un total de 46 trabajadores externos que prestan sus servicios en la Escuela como administrativos y profesores de música y danza a través de terceras sociedades a las cuales les ha sido adjudicado contrato administrativo por el Ayuntamiento. Hasta el 19/03/2019 para la empresa “Arje Formación” y a partir del 20/03/2019 para “Santagadea Gestión AOSSA”. Se da por reproducido el informe de la Inspección de Trabajo de 31/07/2019, obrante a los folios 50 a 54 de las actuaciones.

Las trabajadoras demandantes, se integran en el organigrama de la Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de Las Rozas, como profesoras de violín y de danza española, respectivamente (folios 33 a 49), sin ningún signo distintivo diferenciador respecto del resto de profesores de la Escuela que ostenta la condición de personal laboral del Ayuntamiento de Las Rozas, ejerciendo las mismas funciones que estos últimos, asistiendo a los claustros de profesores, tribunales examinadores, bajo las instrucciones y supervisión del Director de la Escuela, M.R.T. (declaración del testigo C.A.G).

El testigo ██████████, profesor de viola de la Escuela Municipal de Música y Danza, declaró en el acto del juicio, que lleva siendo profesor en la misma desde el año 1987, que ya era Dr. ██████████. Que la actora, profesora de violín, tiene un trabajo exactamente igual que el suyo, van a las mismas reuniones, participan en el claustro de profesores, en tribunales examinadores, etc. Que en materia de horarios, programación de alumnos tiene la última palabra el Dr. de la Escuela. Que las ausencias también se comunican a él. Que nunca ha visto ningún responsable externo, en la Escuela. Que el material de la Escuela es del Ayuntamiento. Que es el Dr. el que repone el material y pide presupuestos. Que no sabe, quien es personal laboral externo en la Escuela porque todos hacen las mismas funciones. Que en Secretaria, hay dos secretarías (una laboral del Ayuntamiento y otra que no lo es) y que se dirige indistintamente, a cualquiera de ellas.

La testigo ██████████ responsable técnico de la contrata adjudicada a “Santagadea Gestión AOSSA S.A.” declaró en el acto del juicio, que vive en Sevilla y que sus funciones como responsable técnico de la contrata lo efectúa

por teléfono y por correo electrónico, que alguna vez se ha desplazado a la Escuela Municipal.

CUARTO.- Se da por reproducido el pliego de prescripciones técnicas que ha regir la adjudicación del contrato administrativo especial de promoción de la cultura para el curso 2014/2015, obrante a los folios 81 a 87 de las actuaciones. La prestación que asume la adjudicataria en el referido curso son:

A) La provisión de los servicios docentes necesarios para dar cumplimiento a la oferta formativa vigente y garantizar el adecuado funcionamiento de la Escuela, sin perjuicio de posibles mejoras o modificaciones que se pueden proponer e implementar progresivamente.

B) Nuevas propuestas formativas y culturales que enriquezcan y complementen la actual oferta formativa.

C) El asesoramiento sobre el modelo pedagógico y de gestión de la Escuela para mejorar progresivamente en calidad y eficiencia.

En relación con las obligaciones y responsabilidades, son obligaciones de la empresa adjudicataria en relación con el personal:

“PERSONAL. En cuanto al personal suficiente, se estima como mínimo obligatorio a efecto de cumplimiento de este Pliego:

-PERSONAL DOCENTE: Sin perjuicio de que la Concejalía de Educación y Cultura disponga de personal laboral para impartir parte del programa formativo relativo a la etapa de formación musical, la adjudicataria asumirá la contratación de personal docente necesario para cubrir la totalidad de la oferta formativa. A estos efectos y para dar continuidad pedagógica a la oferta formativa, podrá contar –valorándose como criterio de adjudicación– con los servicios profesionales del profesorado que prestan servicios en la actual Escuela Municipal de Las Rozas, con las especialidades, horas y demás características a asumir, de acuerdo con el detalle que se especifica en el Anexo I.

-PERSONAL DE COORDINACIÓN Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA: La adjudicataria pondrá a disposición de la prestación del servicio personal suficiente para desarrollar funciones de:

- Coordinación con el Ayuntamiento de Las Rozas, debiendo ser responsable de mantener todas las relaciones derivadas del contrato y de velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente pliego.*

- Gestión y tramitación administrativa, debiendo asegurar que todos los procesos que se gestionan en la Escuela (admisión y matriculación de alumnos; atención a usuarios, organización y gestión de bases de datos, de*

documentación y similares) y el seguimiento económico se realizan adecuadamente.

-OBLIGACIONES DEL AYUNTAMIENTO

Instalaciones y medios materiales: El ayuntamiento pone a disposición de la empresa adjudicataria solamente a efectos de desarrollo del servicio y durante la vigencia del contrato, el uso de los espacios donde se desarrollará la actividad, así como su mantenimiento (asumiendo todos los gastos de luz, limpieza y otros derivados de la misma naturaleza), el mobiliario y equipamiento necesario para prestar el servicio:

- 26 aulas para música*
- 5 aulas para danza*
- 1 sala Polivalente para actuaciones de los alumnos en la Escuela*
- 1 sala de reuniones*
- Las aulas estarán disponibles de lunes a viernes, en horario de 9 a 22 h y los sábados de 9h a 22 h*
- Un espacio para secretaría y administración*
- Un despacho para coordinación*
- Asimismo, se podrá disponer del Auditorio como del Teatros municipales, previa planificación y programación con el equipo de programación cultural de la Concejalía.*

Además el Ayuntamiento pone a disposición de la empresa adjudicataria solamente a efectos del desarrollo del servicio y durante la vigencia del contrato un conjunto de instrumentos que se relacionan en el ANEXO II, así como sus costes de mantenimiento...

Personal: El Ayuntamiento aportará además el siguiente personal:

-Personal docente laboral que actualmente figura en la plantilla municipal para la impartición de las enseñanzas de música en los Ciclos I, II y III de formación musical (17 profesores especializados, en su mayoría, en enseñanza de instrumento), manteniendo con el mismo relación laboral existente.

-Personal laboral encargado de la Jefatura de Estudios.

-El personal administrativo laboral que actualmente figura en la plantilla (2 auxiliares administrativos), manteniendo con el mismo la relación laboral existente.

-El personal laboral encargado de las funciones de conserjería en el centro que actualmente figura en la plantilla, manteniendo con el mismo la relación laboral existente.

El Ayuntamiento informará puntualmente a la adjudicataria del régimen de admisión de alumnos, los precios públicos que procede abonar por

los usuarios de la Escuela, así como la normativa de bonificaciones y/o exenciones a aplicar...”

QUINTO.- Se da por reproducido el pliego de cláusulas administrativas de 01/04/2014, obrante a los folios 88 a 101 de las actuaciones.

En este pliego, se recoge el precio anual en la cantidad de 760.675,85 € IVA excluido y precio del contrato, en la cantidad de 1.521.351,70 €. En el presupuesto anual se incluye los gastos de personal, incluyendo Seguridad Social, así como costes por eventuales sustituciones del personal que ejecute el contrato, tomando como base de cálculo las cantidades contenidas en el Anexo VI del presente pliego.

Asimismo, se exige una solvencia profesional. Así el personal docente “deberá acreditar estar en posesión del título de profesor del Plan de 1966 o del Título Superior (de música o danza, según corresponda) LOGSE o título docente equivalente...Y al personal de coordinación y de gestión administrativa, “al menos, uno debe estar en posesión de Titulación superior o equivalente y contar con una experiencia mínima profesional en la gestión de Escuelas de Música y Danza de entre 800 y 1.500 alumnos, durante, al menos 3 años”

”Cada licitadora podrá proponer la adscripción al servicio de personal adicional al anteriormente detallado que considere adecuado poner a disposición del servicio en relación a la propuesta del proyecto pedagógico y organizativo que presente, en cuyo caso el personal propuesto debe contar con la titulación académica necesaria para el desarrollo de las funciones que se encomienden en la propuesta, así como una experiencia mínima acreditada de al, menos, 3 años, en el desempeño de dichas funciones...”

“Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos, formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte del Ayuntamiento del cumplimiento de aquellos requisitos.

El contratista asume la obligación de ejercer, de modo real, efectivo y continuo, sobre el personal integrante del equipo encargado de la ejecución del contrato, el poder de dirección inherente a todo empresario...

La empresa contratista designará un coordinador o responsable integrado en su propia plantilla que tendrá, entre sus obligaciones las siguientes: actuar como interlocutor de la empresa frete al Ayuntamiento, canalizando la comunicación entre el contratista y el personal integrante del equipo de trabajo adscrito al contrato, de un lado y el Ayuntamiento, de otro en todo lo relativo a las cuestiones derivadas de la ejecución del contrato; distribuir el trabajo entre el personal encargado de la ejecución del contrato e impartir a dichos trabajadores las órdenes e instrucciones de trabajo que sean necesarias en relación con la ejecución del contrato; organizar el régimen de vacaciones del personal adscrito a la ejecución del contrato, debiendo, a tal efecto, coordinarse adecuadamente el contratista con el Ayuntamiento a efectos de no alterar el buen funcionamiento; informar al Ayuntamiento acerca de las variaciones, ocasionales o permanentes, en la composición del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato...”

SEXO.- Se da por reproducido el contrato administrativo especial para la prestación del servicio de “Promoción a la cultura” celebrado entre el Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid) y la empresa “Arje Formación S.L.” con fecha 31/07/2014, obrante a los folios 102 y 103 de las actuaciones.

SÉPTIMO.- Se da por reproducido el pliego de prescripciones técnicas que ha regir la adjudicación del contrato administrativo especial de promoción de la cultura para el curso 2018/2019, obrante a los folios 106 a 117 de las actuaciones.

Entre las prestaciones y condiciones del servicio se encuentra, la asunción por la adjudicataria:

“-La provisión de los servicios docentes, que complementen al personal laboral con el que cuenta la Escuela y necesarios para dar cumplimiento a la oferta formativa vigente...

-El apoyo a la gestión a través de personal en los servicios administrativos y auxiliares necesarios para la gestión de la Escuela Municipal de Música y Danza.

-La implementación de acciones culturales y formativas que complementen la Actividad de la Escuela Municipal de Música y Danza (folio 108 de las actuaciones).”

En ese pliego, se establece la necesidad de “cubrir un puesto existente en la contratación actual y se propone sea subrogado, con un aumento de horas para cubrir las necesidades del trabajo organizativo al final del curso, teniendo una duración de contrato de ocho meses. Y un nuevo contrato, para realizar las mismas funciones, con el mismo tiempo de duración.” (folio 109

reverso). Del mismo modo, se prevé la necesidad de “personal que realice las funciones de apoyo a profesores, al personal administrativo y de logística, propios de un centro del tamaño de la Escuela municipal de Música y Danza. Sus funciones se concretan en realizar las labores de conserjería y asistencia para el buen funcionamiento de la Escuela...Su contratación será durante el tiempo de curso (6 meses). Cada conserje trabajará en sábados alternos, siendo sus contratos de 38 horas semanales (folio 110 de las actuaciones)”

En cuanto a los recursos, “la entidad adjudicataria deberá poner a disposición de la Escuela material didáctico (literatura musical, cd`s, DVD, etc.) instrumentos, vestuarios y escenografía para danza por valor de 12.000 euros durante la duración del contrato.” (folio 111 de las actuaciones)

En relación con el personal, se regula el personal docente necesario para cubrir la oferta formativa y la subrogación del que actualmente presta servicios en la Escuela Municipal de Las Rozas, con las especialidades, horas y demás características a asumir, de acuerdo con el detalle que se especifica en el Anexo I. Se establece el personal docente necesario, atendiendo al número de horas semanales, nº horas totales de contrato y nº total de horas anuales, de cada asignatura en los términos obrantes al folio 112 de las actuaciones. Del mismo modo, se regula el personal auxiliar necesario, en atención al número total de horas semanales, nº horas totales de contrato y horas anuales en los términos obrantes al folio 113 de las actuaciones. Y se propone elevar la cuantía del coste salarial y establecer un precio/hora mínimo para los nuevos contratos de 8,50 € para los auxiliares administrativos y de 7,50 € para los auxiliares de servicios generales. Se propone como mejora en el contrato. Igualmente, la adjudicataria pondrá a disposición de la prestación del servicio personal suficiente para desarrollar funciones de coordinación con el Ayuntamiento, con una dedicación estimada de 300 h y coste de 18.500 €

En relación con Instalaciones y medios materiales: El ayuntamiento pone a disposición de la empresa adjudicataria solamente a efectos de desarrollo del servicio y durante la vigencia del contrato, el uso de los espacios donde se desarrollará la actividad, así como su mantenimiento (asumiendo todos los gastos de luz, limpieza y otros derivados de la misma naturaleza), el mobiliario y equipamiento necesario para prestar el servicio:

- 27 aulas para música*
- 5 aulas para danza*
- 1 sala Polivalente para actuaciones de los alumnos en la Escuela*
- 1 sala de reuniones*
- Las aulas estarán disponibles de lunes a viernes, en horario de 9 a 14.30 h y de 16h a 22 h y los sábados de 9h a 14.30 h*

- *Asimismo, se podrá disponer del Auditorio Municipal del Centro cultural “Pérez de la Riva”, previa planificación y programación con el equipo de programación cultural de la Concejalía...*

Personal: La Escuela Municipal de Música y Danza cuenta con el siguiente personal laboral:

-Personal docente laboral que actualmente figura en la plantilla municipal para la impartición de las enseñanzas de música en los Ciclos I, II y III de formación musical, en su mayoría, en enseñanza de instrumento), manteniendo con el mismo relación laboral existente.

-Personal encargado de la Dirección de la Escuela.

-El personal administrativo laboral que actualmente figura en la plantilla (1 auxiliares administrativos

-El personal laboral encargado de las funciones de conserjería en el centro que actualmente figura en la plantilla.

El Ayuntamiento informará puntualmente a la adjudicataria del régimen de admisión de alumnos, los precios públicos que procede abonar por los usuarios de la Escuela, así como la normativa de bonificaciones y/o exenciones a aplicar...”

OCTAVO.- Se da por reproducido el pliego de cláusulas administrativas de 14/11/2018, obrante a los folios 118 a 135 de las actuaciones.

En este pliego, se recoge el límite máximo de gasto en la cantidad de 787.492,64 € IVA En dicho importe, se desglosan los gastos de personal, incluyendo Seguridad Social, en los términos contenidos al folio 119 de las actuaciones.

Asimismo, se exige una solvencia profesional. Así el personal docente “deberá acreditar estar en posesión del título de profesor del Plan de 1966 o titulación superior LOGSE. Y al personal de coordinación y de gestión administrativa, “al menos, uno debe estar en posesión de Titulación superior o equivalente y contar con una experiencia mínima profesional en la gestión de Escuelas de Música y Danza de entre 800 y 1.500 alumnos, durante, al menos 3 años”

“La adjudicataria velará especialmente por los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato para que desarrollen su actividad sin extralimitarse en las funciones desempeñadas ...debiendo dotarles de los medios identificativos que sean precisos para su diferenciación con los empleados

públicos, no pudiendo utilizar en ningún caso, correo electrónico corporativo ni medios materiales cuya titularidad corresponda al Ayuntamiento...salvo aquellos a disposición del contratista para la correcta ejecución del contrato...

Todo el personal de la empresa contratista deberá estar perfectamente identificada como personal de la misma...

Será responsable del contrato el Director de la Escuela de Música, D. M.R.T, al que le corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada...(folio 131 de las actuaciones)”

Se da por reproducido el contrato administrativo celebrado con fecha 19/03/2019 entre el Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid) y la mercantil “Santagadea Gestión AOSSA S.A.” para la prestación del servicio de “asistencia y formación en música y danza” (folios 140 a 143 de las actuaciones)

NOVENO.- Se dan por reproducidos los emails obrantes a los folios 146 a 158 de las actuaciones, relativos a regularización de vacaciones por la mercantil “Santagadea Gestión AOSSA S.A.”, información y principios acerca de la implantación de sistema de gestión de calidad, medioambiente y seguridad y salud laboral, guía de seguridad en la protección de datos personales, formación en materia de prevención de riesgos laborales, convocatoria para asistir reunión y conocer a la empresa, comunicado para crear un chat en WhatsApp con los trabajadores de AOSSA,

En email de fecha 15/03/2019, remitido por M. L. al Director de la Escuela de Música y Danza, M. R.T, se presenta como encargada de coordinar desde Sevilla al Contrato de servicios de asistencia y formación de música y danza (folio 165 de las actuaciones)

En email de fecha 20/03/2019 remitido por el Dr. de la Escuela de Música a la coordinadora de AOSSA, le informa del permiso por hospitalización de familiar que tomará un profesor durante dos días, así como del modo de proceder a la sustitución del mismo (folio 166 de las actuaciones)

En email de fecha 03/04/2014, el Dr. de la Escuela de Música remite a la coordinadora de AOSSA, el curriculum vitae de una trabajadora para suplir a una profesora a partir del día 11 (folio 174 de las actuaciones)

C.R.R, secretaria de la Escuela Música y Danza, perteneciente a AOSSA, facilita a la coordinadora de AOSSA su dirección de correo electrónico: secretariaemmd2@lasrozas.es (folio 179 de las actuaciones).

DÉCIMO.- Se dan por reproducidas las facturas, obrantes al documento nº 32 del ramo de prueba de “Santagadea Gestión AOSSA S.A.” (folios 593 a 605 de las actuaciones)

ÚNDECIMO.- El día 8/02/2019 la parte actora presentó papeleta de conciliación ante la Dirección General de Trabajo, celebrándose acto de conciliación administrativa el día 01/03/2019 con resultado de intentado y sin efecto ante la incomparecencia de la empresa demandada “Arje Formación S.L.” (folio 7 de las actuaciones)

Con fecha 10/04/2019, la parte actora presentó papeleta de conciliación ante la Dirección General de Trabajo frente a la empresa “Santagadea AOSSA S.A.”, celebrándose acto de conciliación administrativa el día 08/05/2019 con resultado de sin avenencia (folio 38 de las actuaciones)”.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a [REDACTED] y D^a [REDACTED] contra la mercantil “Santagadea Gestión AOSSA S.A.”, contra “Arje Formación S.L.”, que no comparece pese a estar citada en forma y contra el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, DEBO DECLARAR Y DECLARO la existencia de una cesión ilegal de las trabajadoras demandantes y el DERECHO de las demandantes a adquirir la condición de indefinidos no fijos discontinuos en el Ayuntamiento de Las Rozas desde la fecha de cesión ilegal que se produce, en el caso de D^a [REDACTED] desde el día 3/09/2015 y D^a [REDACTED] desde el día 01/09/2014”.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por parte de SANTAGADEA GESTION AOSSA (AOSSA) y AYUNTAMIENTO DE LAS ROZAS DE MADRID, formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron objeto de impugnación.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 19/02/2020,

dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 04/11/2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid dictó Sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, autos 316/2019, estimando la demanda interpuesta por doña [REDACTED] y doña [REDACTED] contra la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A, contra Arje Formación S.L y contra el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid. Se declaraba en tal sentencia la existencia de una cesión ilegal de las trabajadoras demandantes y su derecho a adquirir la condición de indefinidos no fijos discontinuos en el Ayuntamiento de Las Rozas desde la fecha de la cesión ilegal (en el caso de doña [REDACTED] desde el 3 de septiembre de 2015 y en el caso de doña [REDACTED] desde el 1 de septiembre de 2014).

Frente a dicha sentencia se alzan en suplicación, en sendos recursos, tanto la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A como el Ayuntamiento de Las Rozas. La citada empresa articula su recurso en tres motivos diferenciados. En los dos primeros se interesa la revisión de los hechos probados tercero y noveno de la sentencia de instancia y en el motivo tercero se denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 43 y 43.2 del Estatuto de los Trabajadores. Por su parte el Ayuntamiento de Las Rozas formaliza su recurso en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art.193 c) LRJS, alegando infracción del art.42 y aplicación indebida del art.43 del Estatuto de los Trabajadores.

Ambos recursos han sido impugnados por la representación letrada de las trabajadoras demandantes.

SEGUNDO: Comencemos con la revisión fáctica interesada por la empresa Santagadea Gestión AOSSA S.A en su recurso. Se pretende en los motivos primero y segundo de tal recurso, por el cauce procesal de la letra b) del artículo 193 LRJS, la modificación de los hechos probados tercero y noveno de la sentencia de instancia.

Recordemos a este respecto, con carácter general, que el recurso de suplicación puede tener como objeto el revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (art. 193.b) LJS). A esto quiere aludirse cuando se afirma que la Ley contempla el recurso como remedio del error de hecho albergado en la resolución que se ataca.

La impugnación de los hechos declarados como probados (que pueden estar indebidamente recogidos en la parte de fundamentación jurídica) por el Juez de lo Social no puede llevarse a cabo genéricamente, en función de la discrepancia con ellos, sino que ha de tomar necesario apoyo en una de las dos modalidades probatorias referidas (documental o pericial) si se hubieren practicado en el juicio. Desde luego, el carácter extraordinario del recurso lleva a descartar toda práctica de prueba y elaboración del relato fáctico por parte del Tribunal Superior, así como a proscribir (salvo supuestos excepcionales) la valoración conjunta de la prueba, competencia del juzgador de instancia. Lo único que existe es la posibilidad de que los afectados interesen la reconsideración del factum fijado en instancia, si es que pueden fundar su deseo del modo aludido.

La revisión fáctica interesada ha de ser trascendente respecto del fallo, pues en caso contrario la suplicación carecería de sentido y el principio de economía procesal llevaría, como tantas veces sucede en este tipo de recurso extraordinario, a que, una vez determinada la intrascendencia de la rectificación interesada, ni siquiera entrase el Tribunal a determinar si se estima o no. A través de este motivo, es doctrina reiterada puede combatirse tanto el error aditivo (dar como probado lo que no sucedió) cuanto el omisivo (silenciar lo verdaderamente acaecido), si bien presuponiéndose la ya advertida necesidad de que posean incidencia sobre el fallo; lo que no resulta posible es interesar que se den como probados hechos negativos.

Teniendo en cuenta que la reconsideración del material probatorio únicamente procede con fundamento en las dos modalidades de prueba señaladas, y en la medida en que se encuentran incorporadas a los autos, el escrito mediante el que se interponga el recurso de suplicación habrá de reseñar también ("de manera suficiente para que sean identificados") sus concretos basamentos ("los documentos y pericias en que se base"), tal y como dispone la LRJS, sin que pueda bastar al efecto con una genérica remisión a las pruebas obrantes en autos. No es difícil percatarse de la importancia que este extremo posea, sobre todo si se tiene presente la prohibición de aportar nuevos documentos, realizar alegaciones o solicitar la práctica de pruebas complementarias.

Múltiples sentencias de suplicación exigen que el recurrente indique con exactitud cómo habrán de redactarse los hechos declarados probados (un texto alternativo) y advierten que la rectificación sólo cabe cuando el error del Juez de instancia se manifieste de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, operaciones aritméticas, suposiciones o interpretaciones.

Como viene poniendo de relieve la doctrina de esta Sala en relación con la modificación de hechos probados (así, y por todas, su sentencia de 3 de octubre de 2014, rec. 61/2014):

" (...) el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, [base trigésimo tercera de la Ley 7/1989] en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, [SSTC 18/1993 y 294 /1993], lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989].

Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [Artículo 152.1, párrafo 3.º, CE y punto III exposición de motivos Ley 7/198].

Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS.

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurren los siguientes requisitos [STSJ Madrid 17 ene.02]:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231 LPL en relación al 270 LEC.

(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a) Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b) Los hechos notorios y los conformes.

c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos".

TERCERO: Se propone por la empresa recurrente la modificación del hecho probado tercero de la sentencia de instancia proponiendo las siguientes adiciones (resaltadas en negrita):

“La Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de Las Rozas, cuenta con personal propio y con personal externo. En el curso académico 2018/2019 la Escuela ha contado con 13 trabajadores directamente contratados por el Ayuntamiento, todos ellos profesores de música y el Director de la Escuela y un total de 46 trabajadores externos que prestan sus servicios en la Escuela como administrativos y profesores de música y danza a través de terceras sociedades a las cuales les ha sido adjudicado contrato administrativo por el Ayuntamiento. Hasta el 19/03/2019 para la empresa "Arje Formación" y a partir del 20/03/2019 para "Santagadea Gestión AOSSA". Se da por reproducido el informe de la Inspección de Trabajo de 31/07/2019, obrante a los folios 50 a 54 de las actuaciones.

Las trabajadoras demandantes, se integran en el organigrama de la Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de Las Rozas, como profesoras de violín y de danza española, respectivamente (folios 33 a 49), sin ningún signo distintivo diferenciador respecto del resto de profesores de la Escuela que ostenta la condición de personal laboral del Ayuntamiento de Las Rozas, ejerciendo las mismas funciones que estos últimos, asistiendo a los claustros de profesores de 06/05/2016 y tribunales examinadores de

14/06/2016, bajo las instrucciones y supervisión del Director de la Escuela, [REDACTED] declaración del testigo [REDACTED]

El testigo [REDACTED] profesor de viola de la Escuela Municipal de Música y Danza, declaró en el acto del juicio, que lleva siendo profesor en la misma desde el año 1987, que ya era Dr. [REDACTED] Que la actora, profesora de violín, tiene un trabajo exactamente igual que el suyo, van a las mismas reuniones, participan en el claustro de profesores, en tribunales examinadores, etc. Que en materia de horarios, programación de alumnos tiene la última palabra el Dr. de la Escuela. Que las ausencias también se comunican a él. Que nunca ha visto ningún responsable externo, en la Escuela. Que el material de la Escuela es del Ayuntamiento. Que es el Dr. el que repone el material y pide presupuestos. Que no sabe, quien es personal laboral externo en la Escuela porque todos hacen las mismas funciones. Que en Secretaria, hay dos secretarías (una laboral del Ayuntamiento y otra que no lo es) y que se dirige indistintamente, a cualquiera de ellas.

La testigo [REDACTED] responsable técnico de la contrata adjudicada a "Santagadea Gestión AOSSA S.A." declaró en el acto del juicio, que vive en Sevilla y que sus funciones como responsable técnico de la contrata lo efectúa por teléfono y por correo electrónico, que alguna vez se ha desplazado a la Escuela Municipal".

Funda la parte tal petición en el contenido de los documentos nº 18, 19 y 14 de los aportados por la demandante (folios 55, 56 y 28 de los autos). El motivo se rechaza. Los documentos citados no acreditan ningún error en la facultad valorativa de la prueba que corresponde al Juzgador de la instancia, sino que lo que pretende es la introducción anticipada del seleccionado contenido de los mismos documentos ya valorados en la instancia, eligiendo, en la parte que parece interesar a la tesis de la recurrente, parte de su contenido y obviando el resto del material probatorio seleccionado por la juzgadora de instancia (informe de la Inspección de Trabajo y testifical). Así pues, como la modificación propuesta supone realmente una valoración de la prueba contraria a la realizada por la Magistrada de instancia que se sustenta en otros documentos obrantes en los autos y en la testifical practicada en el acto de la vista, la revisión fáctica interesada no puede prosperar.

En tal sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de julio de 2016, rec. 174/2015 , señala que "...De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental o pericial, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado

emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas)."

CUARTO: En el segundo motivo de suplicación la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A interesa la revisión del hecho probado noveno de la sentencia de instancia, con la introducción de los siguientes párrafos añadidos:

“Mediante email de fecha 24/06/2019, la demandante D^a [REDACTED] remite a la coordinadora de AOSSA respuesta a solicitud de vacaciones en los siguientes términos (folio n° 146 de actuaciones):

*"Buenas tardes,
Veo que el número de días que me corresponden son seis, pero las fechas no coinciden con mis días de trabajo, los viernes no voy a trabajar, entiendo que en lugar de martes a viernes me correspondería de lunes a jueves. He intentado ponerme en contacto para consultarlo, pero me ha sido imposible.*

Gracias"

Nuevamente el 28/06/2019, la demandante D^a [REDACTED] remite a la coordinadora de AOSSA email con el siguiente contenido (folio n^o 147 de las actuaciones):

*"Buenas tardes [REDACTED] aquí te adjunto de nuevo la solicitud de vacaciones con fechas correctas y firmadas, muchas gracias.
Un saludo y feliz verano"*

Con fecha 30/06/2019, la demandante D^a [REDACTED] remite a la coordinadora de AOSSA email con el siguiente contenido (folio n^o 148 de las actuaciones):

*"Buenas tardes,
Mi nombre es [REDACTED] Soy profesora de violín de la escuela municipal de Las Rozas.
Necesitaría saber si el certificado de empresa estará ya mañana en la oficina y así poder pedir la prestación.
Muchas gracias.
Un cordial saludo".*

Aunque sin indicación expresa en el motivo se propone tal redacción en base a los folios que se indican en el texto alternativo propuesto (folios 146, 147 y 148 de los autos). El motivo se rechaza. Y ello por dos motivos. En primer lugar porque en el propio hecho probado se dan por reproducidos los emails obrantes a los folios 146 a 158 de las actuaciones. Por tanto, dichos documentos son coincidentes con los invocados por la recurrente para la modificación pretendida. Por ello, sin más reiteraciones, debe darse por reproducido lo recogido en el Fundamento anterior sobre la imposibilidad de sustentar el motivo en los mismos documentos ya valorados por el Juzgador. Debe destacarse que la Magistrada empleó la fórmula admitida de tener por reproducidos tales correos electrónicos. Lo anterior significa que se trata de "...documentos que ya han sido valorados por el Juzgador de instancia, sin que dicha valoración pueda ser revisada por esta Sala y sin que proceda reproducir parte del contenido de dichas (...), pues la sentencia de instancia las tiene por reproducidas..." (STS del 7 de julio de 2016, n^o 639/2016, Rec. 188/2015).

Pero es que, en segundo lugar, esta Sala ya ha señalado en reiteradas ocasiones que los correos electrónicos, valorados en este caso de manera expresa y detallada por la Magistrada de Instancia con el resultado que no comparte el recurrente, en cuanto a su naturaleza no constituye un documento

fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio al que se refiere el artículo 326 de la LEC; ni por lo tanto constituyen un instrumento hábil a los efectos de alterar los hechos probados de la sentencia de instancia, sino la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter de manifestación personal, por el hecho de haberse plasmado por escrito. Se trata de un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano jurisdiccional de instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultad que otorga el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo ámbito esta Sala de Suplicación no puede entrar; así lo ha entendido la Sala entre otras en sentencia de 13 de abril de 2015 Sentencia: 235/2015, Recurso: 705/2014 (Sección cuarta).

QUINTO: Al examen del derecho dedica la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A el motivo tercero de su recurso y el Ayuntamiento de Las Rozas el motivo único del suyo. Ambos deben examinarse conjuntamente en el presente Fundamento, al compartir ambas recurrentes los mismos argumentos relativos a la inexistencia de una situación de cesión ilegal y la válida concurrencia de un contrato administrativo para la prestación de servicios.

De conformidad con el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *“En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*. De la hermenéutica gramatical de precepto se extrae que basta con la concurrencia de alguno de los requisitos expuestos, para que se aprecie la existencia de cesión ilegal de trabajadores, por lo que se examinan a continuación.

Los motivos de la juzgadora de instancia para la desestimación de la demanda están explicitados en el Fundamento de Derecho Tercero, donde se indica lo siguiente (el resaltado es añadido):

“En el caso sometido al enjuiciamiento, no cabe duda, que las trabajadoras demandantes fueron contratadas, primero, por "Arje Formación S.L." y después subrogadas por "Santagadea Gestión AOSSA S.A." para

suministrarle mano de obra al Ayuntamiento de las Rozas de Madrid, para prestar servicios como profesora de violín y danza española, respectivamente, en la Escuela Municipal del Ayuntamiento. Para obtener tal conclusión basta destacar los siguientes hechos y las conclusiones que se extraen de los mismos:

*a) **El Ayuntamiento es quien facilita los espacios donde se desarrollará la actividad, así como su mantenimiento** (asumiendo todos los gastos de luz, limpieza y otros derivados de la misma naturaleza), **el mobiliario y equipamiento necesario para prestar el servicio** [...]. Además el Ayuntamiento pone a disposición de la empresa adjudicataria un conjunto de instrumentos que se relacionan en el ANEXO II, así como sus costes de mantenimiento [...] Y si bien, en los pliegos de prescripciones técnicas para el curso 2018/2019 se prevé que "la entidad adjudicataria deberá poner a disposición de la Escuela material didáctico (literatura musical, cd's, DVD, etc.) instrumentos, vestuarios y escenografía para danza por valor de 12,000 euros durante la duración del contrato." (folio 111 de las actuaciones), dicho importe se estima irrelevante habida cuenta de la dimensión de la Escuela, con 2.000 alumnos matriculados, un límite de gasto en la contrata de 787.492,64 € y el coste elevado de los instrumentos musicales (ej. Un solo acordeón asciende a 1.565 € (folio 595 de las actuaciones)], lo que significa que lo que contrata el Ayuntamiento de Las Rozas, a cambio de un precio, es exclusivamente la mano de obra necesaria para llevar a cabo labores docentes en la Escuela Municipal, con los medios materiales e instalaciones que posee el Ayuntamiento. Téngase en cuenta, que este personal externo llega a superar el triple del personal contratado directamente por el Ayuntamiento con el mismo fin (13 trabajadores contratados directamente por el Ayuntamiento, frente a 46 trabajadores externos).*

*b) **Los medios humanos que deben utilizar las adjudicatarias en la realización de los trabajos contratados están prefijados por el Ayuntamiento de las Rozas**, en el pliego de condiciones de la oferta, que dispone que en la oferta técnica se especificará el personal docente y cualificación técnica idónea del personal que realizará las tareas relacionadas anteriormente, al tener que ostentar el título de profesor de grado medio o superior del Plan 1966 o titulación superior LOGSE y con una experiencia mínima de 3 años, indicando el número previsto de horas (anuales), de prestación de servicios [...] Igualmente, se exige la designación de responsable técnico y se estiman las horas de dedicación así como el coste estimado. Lo que significa que es el Ayuntamiento y no la adjudicataria del servicio, quien tenía atribuida la decisión última respecto de la idoneidad del personal que debía prestar el servicio que se llevaría a cabo las labores docentes, administrativas y conserjería. Por tanto, es el Ayuntamiento, y no la adjudicataria, quien fija*

las condiciones de selección del personal que le interesa que ejecute el servicio objeto de la contrata.

c) El Ayuntamiento es quien ha establecido la mayoría de las condiciones de trabajo. Basta dar lectura el pliego de condiciones administrativas y técnicas del contrato, tanto del curso 2014/2015 como del curso 2018/2019, para constatar que se especifica el número de trabajadores que debe emplear la adjudicataria, la categoría que deben ostentar los trabajadores, las tareas que les deben ser asignadas, la jornada de trabajo e, incluso, se prevé que los servicios se realizarán cumpliendo un determinado calendario y fija la fecha de las vacaciones.

d) El Ayuntamiento es quien ejerce las facultades directivas y organizativas propias de un empresario, en lo que escasa participación tienen las adjudicatarias, "Arje Formación S.L." y "Santagadea Gestión AOSSA". Así, se desprende de las condiciones del servicio que figuran en los pliegos de condiciones técnicas del contrato y ratifica la prueba practicada, concretamente la testifical de DO ██████ que puso en evidencia que es el Dr. de la Escuela, ██████ contratado directamente por el Ayuntamiento, quien ordena y supervisa el trabajo. Esa situación no cambia por el hecho de que exista un responsable del servicio-coordinador nombrado de la contrata que realiza labores meramente instrumentales y administrativas desde su sede en Sevilla (regularización de vacaciones, información y principios acerca de la implantación de sistema de gestión de calidad, medioambiente y seguridad y salud laboral, guía de seguridad en la protección de datos personales, formación en materia de prevención de riesgos laborales, convocatoria para asistir reunión y conocer a la empresa, comunicado para crear un chat en WhatsApp con los trabajadores de AOSSA, como resulta de los emails obrantes a los folios 146 a 158 de las actuaciones).

Como se evidencia de los emails remitidos por el Dr. de la Escuela de Música, D. ██████ a la responsable técnica de la contrata, ██████ y que se recogen en el hecho probado noveno, esta última, a la postre, es un mera receptora y transmisora de las instrucciones procedentes del Ayuntamiento, que es quien, a través de su propio personal, ejerce la facultades directivas y de supervisión e inspección del trabajo e incluso el modo de sustitución de trabajadores ausentes, sin que en ningún momento ejerza la adjudicataria las facultades directivas y organizativas propias de un empresario (SSTJS Madrid núm. 222/2010 de 5 abril [AS 2010\1102] y núm. 619/2010 de 27 septiembre [AS 2010\2648]).

e) Incluso, una de las auxiliares administrativas contratada por la adjudicataria AOSSA, [REDACTED], facilita a la coordinadora de la contrata, una dirección de correo electrónico "secretariaemmd2@lasrozas.es", como si se tratara de personal de la Escuela Municipal, cuando era personal externo. De hecho, el testigo D. [REDACTED] declaró en el acto del Juicio, que en la Secretaría de la Escuela se dirigían indistintamente a las dos secretarías que allí había (una, personal contratado directamente por el Ayuntamiento y otra, contratada por la contratista)

En conclusión, todos los datos expuestos evidencian que "Arje Formación S.L.", primero y "Santagadea Gestión AOSSA S.A.", después, se limitaron a proporcionar mano de obra al Ayuntamiento de Las Rozas, siendo este último quién realmente ha ejercido las facultades propias de un empleador, mientras que las primeras son mercantiles meramente interpuestas entre las trabajadoras demandantes y el empresario real."

El Tribunal Supremo en sentencia de 25-11-2019, nº 802/2019, rec. 81/2018, recoge la siguiente jurisprudencia: *"la doctrina de la Sala sobre la materia que es resumida por nuestra sentencia de 8 de enero de 2019 (R. 3784/2016) diciendo: "2. Para que exista cesión ilegal, en términos del art. 43 ET, ha de darse la coordinación de tres negocios: "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" (STS/4ª de 12 julio 2017 -rec. 278/2016-).*

En su apartado 2 el art. 43 ET describe cuatro conductas de la empresa que comportan "consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario" (STS/4ª de 2 noviembre 2016 -rcud. 2779/2014-).

Ahora bien, para la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica (STS/4ª/Pleno de 26 octubre 2016 -rcud. 2913/14-)".

Recogiendo la sentencia del alto Tribunal 17/12/2010, recurso nº 1647/2010, la jurisprudencia de la Sala, como sigue:

“la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad 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 circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12- septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

(...) Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala 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- enero-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-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante,

en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia ".

(...) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. 8 (...) lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

(...) La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

Pues bien, del inalterado relato fáctico, esta Sala ha de compartir el criterio de la Magistrada de instancia pues las empresas Arje Formación S.L., primero y Santagadea Gestión AOUSSA S.A., después, se limitaron a proporcionar mano de obra al Ayuntamiento de Las Rozas, siendo este último quién realmente ejerció las facultades propias de un empleador. Esto es, era el Ayuntamiento quien ejercía las facultades directivas y organizativas, reduciéndose la participación de las empresas demandadas a labores meramente instrumentales y administrativas (firma de contratos de trabajo, emisión de nóminas, pago de salarios (aunque en ocasiones ha quedado acreditado como es el Ayuntamiento quien ha asumido el pago de los salarios directamente),

protección datos personales, etc. Pero era el Ayuntamiento quien decidía las condiciones de trabajo, organizaba, supervisaba y dirigía este, dotaba de medios para la realización de la actividad y decidía sobre la sustitución de trabajadores ausentes. De ahí que deba apreciarse la existencia de una cesión ilegal, lo que lleva a desestimar ambos recursos.

SEXTO: Pierden las recurrentes el depósito y el aseguramiento prestado para recurrir, a los que se dará el destino que proceda cuando la presente sentencia sea firme. Cada una de las recurrentes deberá abonar la cantidad de 600 € en concepto de honorarios de la Letrada de la parte recurrida.

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

F A L L A M O S

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A y por el Ayuntamiento de Las Rozas contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, en autos nº 316/2019, seguidos a instancia de doña [REDACTED] y doña [REDACTED] contra la mercantil Santagadea Gestión AOSSA S.A, contra Arje Formación S.L y contra el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid. Se confirma la sentencia de instancia.

Se imponen las costas del recurso de suplicación a las recurrentes, comprendiendo aquellas los honorarios del profesional que ha asistido a la parte recurrida, cuya cuantía se fija en 600 € (SEISCIENTOS EUROS) para cada una de las recurrentes.

Dese a los depósitos y consignaciones el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de

doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0161-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0161-20.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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.