

## Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid

Procedimiento nº 461/2019

Sentencia nº.- 6/2020

En Madrid a diez de enero de dos mil veinte

D. Luis Martín de Nicolás Muñoz, titular del Juzgado, ha visto el juicio de este procedimiento iniciado por **la demanda** de D<sup>a</sup>. [REDACTED] contra Arjé Formación SL, Santagadea Gestión AOSSA SA y el Ayuntamiento de Las Rozas, que se ha celebrado con **la comparecencia** de la parte demandante asistida por el letrado D. Pedro López Arias y las partes demandadas, Santagadea Gestión AOSSA SA representada y asistida por el letrado D. Aitor Manuel García Rodríguez, el Ayuntamiento de Las Rozas representado y asistido por la letrada D<sup>a</sup>. Elena Raque Lara Moral y Arjé Formación SL, que no comparece. Y en nombre del Rey, en ejercicio de la potestad jurisdiccional regulada en la Constitución, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES PROCESALES

**PRIMERO.-** La demanda se presentó el día 10/04/2019 y por aplicación de las normas de reparto correspondió a este juzgado según consta. En ella se ejercita la pretensión de **cesión ilegal**.

**SEGUNDO.-** Mediante decreto se citó a las partes para juicio el día 18/11/2019, que ha tenido lugar con el resultado que consta en autos incluyendo la grabación del juicio.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El Ayuntamiento de las Rozas, codemandado en este procedimiento, gestionaba directamente, desde fecha indeterminada, una Escuela de Música que, dadas las dimensiones que fue adquiriendo por la enorme demanda de alumnos a partir de 2014 pasó a externalizar en las condiciones de la correspondiente concesión administrativa que sacó a concurso a esos efectos. De forma que a partir de la vigencia de dicha concesión quedaron adscritos a la Escuela, por un lado los contratados laborales del Ayuntamiento que hasta ese momento prestaban sus servicios en la misma, y por otro los que fue contratando directamente la concesionaria.

Así tras los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, ambos de 1-4-14, se celebró el contrato administrativo especial de 31-7-14 que adjudicó el servicio a la empresa Arjé Formación SL, codemandada en este procedimiento. Se tienen por reproducidos los tres documentos.

Fracasada la anterior concesión en 2018 y asumido temporalmente el servicio por el Ayuntamiento, se procedió a una nueva concesión a la empresa Santagadea Gestión AOSSA SA, que pasa a describirse.

**SEGUNDO.-** Tras la correspondiente tramitación administrativa, entre lo que destaca el Pliego de Prescripciones Técnicas (12-11-18) y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (14-11-18) se celebró el Contrato Administrativo para la Prestación de Servicios de “Asistencia y Formación en Música y Danza” (19-3-19) entre el Ayuntamiento y la codemandada Santagadea Gestión AOSSA SA. Los tres documentos se tienen por reproducidos.

Las condiciones establecidas en los mismos se han venido cumpliendo en los términos establecidos, sin que se haya producido debate en el juicio sobre ello.

Los principales datos a considerar en relación con el debate producido en el juicio son los que siguen:

- Según la cláusula VI del contrato el objeto del mismo es
  - a) La provisión de los servicios docentes, que complemente al personal laboral con el que cuenta la Escuela y necesarios para dar cumplimiento a la

oferta formativa vigente y garantizar el adecuado funcionamiento de la Escuela.

- b) El apoyo a la gestión de los servicios administrativos y auxiliares necesarios para la gestión de la Escuela.
- Según la cláusula XXXI del pliego de cláusulas administrativas titulada “Responsable del Contrato”, se establece como tal al director de la Escuela, “al que 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”. Concretándose después 13 funciones que se tienen por reproducidas y que establecen el mecanismo de control de la ejecución del contrato.

Así se establecen las funciones de:

- Exigir la existencia de medios y organización necesarios para la ejecución del contrato.
- Dar las órdenes oportunas para lograr los objetivos del contrato y asegurar su adecuada ejecución.
- Proponer las consideraciones que convenga introducir para el buen desarrollo de la ejecución del contrato
- .....
- Según la cláusula XXIX del pliego de cláusulas administrativas, son obligaciones del contratista:
  - Aportar los medios materiales y personales necesarios para la ejecución del contrato.
  - Seleccionar, en exclusiva, el personal adscrito a la ejecución del contrato.
  - Ostentar todos los derechos y deberes inherentes a su cualidad de empresario del personal adscrito.
  - Cubrir las ausencias de los trabajadores a su riesgo y ventura.
  - Designar un coordinador técnico que actuará como interlocutor de la empresa con el Ayuntamiento; distribuir el trabajo; organizar el régimen de vacaciones...
  - ...
- Según la cláusula duodécimo del contrato, que igualmente se tiene por reproducida, las relaciones entre el Ayuntamiento y el contratista se canalizarán en exclusiva, a través del responsable del contrato y el coordinador designado por el contratista. Sin

que, entre otras prescripciones, pueda impartir directamente órdenes e instrucciones sobre el personal de la contratista.....

- Según la cláusula V del pliego de cláusulas administrativas se fija el precio por la ejecución de la contrata. En el punto 3 de dicha cláusula se establece que “el precio incluye todos los factores y gastos por cuenta del adjudicatario... así como los gastos generales y el beneficio empresarial”.

**TERCERO.-** Por su parte D<sup>a</sup>. [REDACTED] parte actora en este procedimiento, comenzó a prestar sus servicios en el Ayuntamiento el 1-9-12 y sin que se haya producido ninguna variación significativa en el contenido de su prestación o en sus condiciones de trabajo, los dos primeros años de trabajo formalizando para ello los contratos administrativos que constan y a partir del 1-9-14, mediante el contrato laboral con Arjé Formación SL y a partir de 3-19 con Santagadea Gestión AOSSA SA.

Consta la solicitud de reducción de jornada a Arjé Formación SL de 19-3-18. Constan igualmente los correos del documento 27 de Santagadea, en los que la actora trata diferentes cuestiones sobre el salario y la jornada.

Así mismo constan los documentos 20 a 32 de la actora que reflejan su participación en el claustro de profesores al que era convocada por el director.

Consta igualmente el informe de la Inspección de Trabajo solicitado por el juzgado.

**CUARTO.-** Consta el cumplimiento del requisito previo al proceso.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La presente sentencia es el resultado del juicio celebrado como consecuencia de la demanda que inicia el procedimiento, en la que la parte actora ejercita la pretensión de cesión ilegal. Es decir la petición de que se declare en la sentencia que la situación en la que se encuentra en su trabajo se corresponde con la que el ET califica como de cesión ilegal.

Tratándose de una pretensión de cierta complejidad, conviene analizar su regulación para poder centrar y resolver el debate mantenido en el juicio. Es decir determinar los hechos que han de producirse para concluir la existencia de la cesión ilegal y, en caso de que así sea, determinar sus efectos. La regulación se encuentra en el art. 43 ET, que, en lo que aquí concierne, pasamos a reproducir.

### **Regulación de la pretensión**

Su regulación se encuentra en el art. 43 ET que, en lo que aquí concierne, pasamos a reproducir.

#### ***“Artículo 43. Cesión de trabajadores.***

*1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*

*2. En todo caso, se entiende que se incurre en la **cesión ilegal** (1) de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los **contratos de servicios** (3) entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la **empresa cedente** a la **empresa cesionaria** (4), o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una **organización** (2) 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.*

*3....*

*4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.*

Como podemos comprobar en el primer número se establece la prohibición de contratar a trabajadores para cederlos a otra empresa, salvo que se haga mediante empresas de trabajo temporal (ETT) autorizadas.

En el segundo número está el meollo de la cuestión, que es el que establece los criterios para resolver sobre la pretensión.

Y en el tercero se establecen los efectos, que es lo que determina el contenido del fallo en caso de estimación de la demanda y que analizaremos en tal supuesto.

A efectos de delimitar el supuesto que debe reflejarse en los hechos probados y de valorar el que ha resultado acreditado conviene aclarar la regulación. Para ello antes vamos a precisar la terminología que utiliza la norma y que ha sido señalada en negrita, para después explicar el concepto que se deriva de la regulación literal expuesta.

Como el concepto parte del ejercicio de las funciones propias del empresario, y estas se derivan de las notas del contrato de trabajo, la dependencia y la ajenidad, se explican ambas haciendo hincapié respecto a la primera en las circunstancias de las que razonablemente se colige el ejercicio del poder de dirección como principal manifestación de la dependencia; así como específicamente sobre el valor de las instrucciones del empresario al trabajador como criterio para determinar la presencia de la relación laboral en el supuesto analizado. Y, de la misma manera, se concretan las condiciones de las que deduce la existencia de la ajenidad.

### **Terminología**

La **cesión ilegal**, es el tráfico de trabajadores, hacer negocio, obtener lucro, basado exclusivamente en el trabajo que hace otra persona. Y tiene una alta carga de antijuricidad que se manifiesta en el art. 312.1 del Código Penal que impone pena de 2 a 5 años de prisión para “los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra” y del art. 8.2 de la LISOS que tipifica como falta muy grave “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente” y cuya sanción es de 41.000 a 820.000 euros. Y que se fundamenta en la censura moral que merece el tráfico lucrativo de los trabajadores como mercancía, unido a la degradación que supone no contratar directamente, así como a las inferiores condiciones, garantías y beneficios en que se sitúan los trabajadores objeto de esta práctica.

Aunque también es verdad que desde hace más de 50 años la intensidad del reproche ha evolucionado y, como indica la Exposición de Motivos de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, 14/1994 de 1 de junio, “desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la Unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España, el Convenio 96 de la

OIT, han venido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal, por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados pueden canalizar un volumen muy importante de empleo”. “Desde el convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las empresas de trabajo temporal no derivan necesariamente de la actividad que realizan”, la ley establece su régimen jurídico garantizando “el mantenimiento, en todo caso, de los derechos laborales y de protección social”.

De forma que en el mercado regular de trabajo, como ocurre en el supuesto que aquí se contempla, la cuestión que se dilucida, no es tanto la declaración de la existencia de un tráfico ilegal, sino la declaración de que lo que aparentemente era un contrato de servicios, u otra relación jurídica válida, entre dos empresas es en realidad un supuesto de cesión ilegal. Por eso los efectos que se solicitan en la demanda son únicamente la declaración del derecho a adquirir la condición de fijo sin que conste acción penal o administrativa sobre nuestro supuesto.

En cuanto al término *organización*, hay que aclarar que se utiliza como sinónimo a la idea de empresa en sentido amplio. Porque la empresa es una organización, es decir un sistema, una estructura en la que las partes (de la organización) se relacionan entre sí para la consecución de un objetivo. En esencia la empresa relaciona medios materiales, o inmateriales, con trabajo, o prestación laboral, para que, adquiriendo unos inputs (entradas) que se incorporan al proceso productivo, se ofrezca un producto o servicio al mercado. Y, desde esa perspectiva, la incorporación de la prestación laboral a la organización, al ámbito de organización y dirección en palabras del art. 1 ET, se realiza mediante el contrato de trabajo.

Así si analizamos la empresa, desde la perspectiva de toda la actividad que tiene que realizar el conjunto de la organización para conseguir su objetivo, y a la luz de la aplicación del principio de la división del trabajo, la organización se va seccionando en partes que tienen sustantividad propia en relación con la empresa en su conjunto porque cada una tiene un objetivo independiente que se integra en el objetivo general de la empresa. Y que, en su panorámica general, se pueden expresar en el organigrama que refleja toda la organización, en el que se distinguen la existencia de esas partes de la organización y las relaciones, especialmente las jerárquicas, que existen entre ellas.

Esas partes de la organización se identifican con las manifestaciones más variadas, así direcciones, departamentos, divisiones, secretarías, gerencias, secciones... que genéricamente

constituyen unidades de organización, y que pueden ser más o menos amplias. Pero que tienen en común que gestionan una parte de la actividad de la empresa de diferente naturaleza, como por ejemplo la limpieza, la informática o el archivo.

Pues bien, esas unidades de organización, pueden, en principio, ser asumidas o gestionadas directamente por el propio empresario u organizador, adquiriendo los medios y contratando a los trabajadores precisos para ello; pero también pueden ser gestionadas por otro empresario mediante el correspondiente acuerdo o contrato al efecto.

Y esos contratos son los que el art. 43 denomina *contratos de servicios*. Que es la misma realidad jurídica que regula el art. 42 ET con el título de “*Subcontratación de obras y servicios*”. Y cuyo objeto es precisamente la contratación unidades de organización, que se conoce en nuestro derecho con el término de descentralización productiva.

Descentralización que constituye una opción plenamente legal, cuya regulación, en palabras de la Exposición de Motivos de la última modificación legal (Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, la misma que modificó el art. 43) tiene la finalidad de que tal fenómeno “sea compatible con la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo” a cuyos efectos establece las responsabilidad solidaria que el propio artículo delimita.

En definitiva mediante la contratación entre empresarios se ejercita una opción, estrictamente legal, de la estrategia o política empresarial y que se materializa celebrando un contrato entre dos empresas, mediante el que intercambian una obra o servicio por un precio. Y que supone la incorporación de una en el organigrama de la otra. Para cuya ejecución la contratista utiliza a los trabajadores contratados por ella. Que despliegan su actividad en el centro de trabajo de la principal, pero asumiendo la ejecución y el resultado de la obra o servicio, es decir ejerciendo las funciones propias de su condición de empresario.

De forma que, en función de la estrategia empresarial, las distintas unidades de organización se pueden gestionar directamente, contratando a los trabajadores que las ocupen; como también se pueden gestionar descentralizando la gestión, es decir contratando a otro empresario para que se encargue de ella (la unidad de organización) y bajo su responsabilidad la administre para intentar conseguir el objetivo que deba aportar al objetivo global de la empresa. Empresario que contrata para ello trabajadores, que de esta manera se incorporan a

la organización del empresario principal, especialmente si realizan su trabajo en el mismo centro de trabajo.

Surgen así otros dos términos que conviene recordar: la *empresa principal*, que es la que contrata una unidad de su organigrama; y la *contratista o subcontratista* que es la que se incorpora, con sus trabajadores, en la empresa principal.

Por fin, los términos *empresa cedente* y *empresa cesionaria* coinciden con los de *contratista* y *principal*, aunque desde otra perspectiva. La empresa contratista es la empresa cedente, la que aporta los trabajadores; mientras que la empresa principal es la cesionaria, la que recibe a los trabajadores.

En adelante utilizaremos genéricamente los términos de *contrata* para referirnos al acuerdo (aunque también puede ser concesión o encomienda administrativa) entre la empresa *principal*, aquella en cuya organización se integra la otra empresa y es cesionaria de los trabajadores, y la *contratista* que es la que se integra y es cedente de los trabajadores adscritos a la contrata. Omitiendo los términos subcontrata o subcontratista, porque, aunque se pueden realizar contrataciones en cadena, la figura de la cesión ilegal, solo tiene como referencia dos empresas

### **Concepto**

Con estas premisas podemos afrontar el concepto que se encuentra en el número 2 del citado artículo y que como dice la Exposición de Motivos de la citada ley, “se incorpora al ET una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia”. La norma plantea tres supuestos:

- *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.*

Veamos a que se refiere.

- El primero contempla el supuesto de que en la propia contrata se establezca como objeto la mera puesta a disposición de un trabajador. Este supuesto no suele ser lo

habitual, ni es nuestro caso, pues no se trataría de una contrata simulada, sino en una contrata directamente ilegal en la que ambas partes expresaran en el contrato el objeto prohibido. Y que en definitiva se podría identificar con el tipo delictivo o el de la sanción administrativa.

- El segundo el de que la empresa cedente carezca de actividad, de organización propia y estable o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. Es decir aquel en que la empresa contratista cedente es meramente formal y que funcione como un testaferro, de forma que tanto la contrata como el contrato del trabajador con la empresa formal son simulados, fraudulentos y meramente aparentes, existiendo un único contrato de trabajo real entre el trabajador y la empresa principal cesionaria, que tampoco es del caso. Y que, al conllevar dolo, se acerca también al delito o la sanción administrativa.

- Y el tercero que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Aquel supuesto en que una empresa real realiza una contrata con otra empresa como principal, en la que la propia contrata resulta aparente porque no se pone en juego la organización y no se ejercen las funciones inherentes a la condición de empresario, limitándose la actividad de la contrata al suministro de mano de obra a la otra empresa que la utiliza como propia. Bien que con una intensidad de antijuricidad algo atenuada, en función de las circunstancias.

Pues bien en nuestro supuesto, teniendo en cuenta que la empresa cedente es una realidad económica con un importante número de trabajadores, cuestión que no se ha puesto en duda por la parte actora, este último es justamente el que se alega en la demanda y, por ello, en el que se encuentra la clave para resolver la pretensión. Es decir que el debate se centra en nuestra contrata concreta, en nuestro caso la concesión administrativa que a estos efectos es asimilable y se delimita en que: mientras la parte actora mantiene que la contrata es simulada, es una mera apariencia; por las empresas demandadas se defiende la realidad y la validez de la contrata, concesión en nuestro caso, como fórmula de descentralización plenamente legal. O con otras palabras, que la cuestión que se plantea es escrutar la situación reflejada en los hechos probados desde la perspectiva del art. 43 ET para determinar si se trata de una contrata del art. 42 ET en la que se desarrolla una actividad empresarial legítima, o por el contrario se trata de un supuesto de mera interposición en el que la empresa contratista se limita a facilitar al trabajador a la principal simulando una contrata que no tiene otros efectos que la mera intermediación en el pago del salario y de las cuotas de SS,

constituyéndose así el fraude de que el empresario real no asuma las responsabilidades que legalmente le corresponden.

Así las cosas, el criterio jurídico a aplicar para resolver el debate así planteado es precisamente la literalidad del propio art. 43.2, es decir establecer si el empresario contratista ejerce o no “las funciones inherentes a su condición de empresario”. Y determinar si la empresa contratista ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, que es tanto como fijar si en nuestro supuesto se han producido en la realidad las notas propias del contrato de trabajo, dependencia (en esencia el ejercicio del poder de dirección) y ajenidad (en esencia la asunción del riesgo de la actividad). Por eso conviene recordar los criterios legales para determinar cuándo se producen en la realidad dichas notas.

### **El poder de dirección, expresión genuina de la dependencia**

La dependencia es la consecuencia jurídica de la forma y circunstancias en que se desarrolla la prestación laboral, del sustrato económico que regula el contrato de trabajo, que, en esencia, consiste en que el trabajador se integra en el ámbito de organización y dirección del empresario. Y conforma la posición y funciones de éste en el ámbito del contrato, que tiene su principal expresión jurídica en el poder de dirección que la ley le concede. De forma que se puede concluir que existe la nota de dependencia cuando se ejerce el poder de dirección; y a la inversa, no hay dependencia si no se ejerce en la práctica el poder de dirección. Es decir si la empresa contratista ejerce las funciones de empresario, si desempeña el poder de dirección no hay cesión ilegal; y al contrario.

Por eso conviene aclarar que el poder de dirección se reconoce en el art. 20 ET que, en esencia, establece para el trabajador el deber de “realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario” con la diligencia y colaboración que marquen las disposiciones legales, los convenios y “las órdenes e instrucciones adoptadas” por él, a la vez que faculta al empresario para “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Por lo que su contenido es amplio y diverso y comprende un conjunto de funciones, facultades y deberes, en relación con el contenido y condiciones de la relación laboral.

En este punto, dados los términos en los que usualmente se plantea esta pretensión, conviene: por un lado intentar sistematizar la actividad que se despliega en el ejercicio del poder de dirección; y por otro hacer una mención especial a la facultad de impartir

instrucciones que conlleva, en relación con la circunstancia de que la empresa contratista desarrolle su actividad en el centro de trabajo de la principal.

### **Manifestaciones del poder de dirección**

Para sistematizar el contenido del poder de dirección, en relación con los derechos y deberes establecidos en el contrato de trabajo, se pueden distinguir tres ámbitos: el de *la organización* de las condiciones de trabajo en que se desarrolla la prestación; el del *objeto de la prestación*; y el del *poder disciplinario*.

Respecto a *la organización* de las condiciones de trabajo pueden señalarse los siguientes ámbitos en los que se desarrollan las funciones del empresario (señalando en cursiva y negrita los más significativos a estos efectos):

- es el titular del contrato en el que se acuerda el contenido de la prestación y las condiciones de trabajo;
- ***es el responsable de la jornada y horario pactados*** (aunque es razonable que se coordine con el del resto de los trabajadores de la principal);
- ***organiza y ejecuta los métodos de trabajo y sistemas de rendimiento***;
- abona el salario, cotiza a la SS y realiza las retenciones que correspondan con los requisitos formales establecidos;
- ***asume y garantiza las vacaciones, permisos, suspensiones y bajas médicas realizando las sustituciones o reorganización que se deriven*** (igualmente susceptibles de coordinación con las necesidades de la principal);
- es el organizador y responsable de la imagen y símbolos identificativos de la empresa;
- garantiza y hace efectivos los derechos que se deriven del contrato, del convenio y de la legislación aplicable incluyendo en ocasiones ***la formación del trabajador***, y en concreto de los ***derechos colectivos***, sindicales, de representación, información y reunión, así como los que se derivan de ***la prevención de riesgos laborales***;
- y en definitiva, es el que toma la decisión de extinguir el contrato con los límites establecidos legalmente.

Respecto al *objeto de la prestación*, que es el que se deriva de las funciones que se fijan en el convenio aplicable y en el acuerdo de las partes, de conformidad con las reglas establecidas en el ET (art. 22.4), es el empresario el responsable de la prestación y su objeto y, en consecuencia, ostenta las facultades de:

- impartir instrucciones generales o particulares en cuanto a su ejecución y el que puede adoptar medidas de vigilancia y control, para verificar el cumplimiento de los deberes del trabajador (con respeto a su dignidad),
- modalizar la prestación mediante la movilidad funcional o geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de conformidad con la regulación del ET.

Por último, *el poder disciplinario* (ostentado exclusivamente por el empresario en el seno del contrato de trabajo) se deriva de que como responsable de organizar la empresa es el que debe asumir y dar la salida que corresponda a los conflictos que surjan en el desarrollo del contrato de trabajo por incumplimiento de los deberes del trabajador y, a estos efectos, tiene la facultad de sancionar, incluyendo la sanción del despido, cuando el incumplimiento tenga entidad suficiente como para hacer inviable la continuación del contrato.

### **La facultad de impartir instrucciones**

Y, en concreto, en relación con la facultad del empresario de impartir instrucciones a sus trabajadores sobre el contenido de la prestación como base para determinar el empresario real, que sin duda la tiene, conviene hacer las precisiones que siguen.

En la realidad, a efectos de determinar la existencia del poder de dirección, se trata de una facultad menor dentro del conjunto de facultades que comprende, poco significativa aisladamente considerada y comparativamente de escasa importancia tanto práctica, como jurídica. Pues en realidad el trabajador no requiere estar recibiendo instrucciones constantes del empresario sobre como deba realizar la prestación, ni en el ámbito del contrato de trabajo es exclusivamente el empresario el que pueda darle instrucciones al trabajador. Así para prestaciones sencillas y rutinarias, y bien conocidas por el trabajador, pueden pasar meses sin ninguna indicación. Y en el campo de las profesiones liberales son prácticamente inexistentes pues los servicios que se prestan están más delimitados por las exigencias deontológicas y de independencia técnica que por los criterios del empresario; incluso existen trabajos como el del reportero gráfico que realiza su trabajo lejos y sin ninguna relación con la empresa. Aunque en todos esos casos el empresario conserva el poder de dirección.

Además en muchas actividades los trabajadores reciben las instrucciones del cliente que requiere los servicios de la empresa, y que es el que concreta la prestación. Piénsese que, en último extremo, el objetivo de la empresa es satisfacer al cliente y ello hace necesario que éste puede dirigirse directamente al trabajador para indicarle como tiene que hacer las cosas, sin necesidad para ello de dirigirse previamente al empresario, precisamente porque las instrucciones del empresario son hacer las cosas a gusto del cliente.

Por otro lado la finalidad de esta facultad del poder de dirección, que no es sino el corolario de la responsabilidad que corresponde al empresario sobre el producto o servicio final que realiza la empresa, no se expresa tanto en la posibilidad de dar instrucciones previas, como en la posibilidad de un control posterior de la prestación, que es la forma de dar instrucciones para el futuro, para así ir configurando la prestación y el resultado de manera más realista y eficaz. Así la posibilidad del cliente de indicar al trabajador la prestación concreta que solicita, no supone ejercitar facultades del empresario. De forma que el control posterior es más significativo como expresión del poder de dirección.

Hay que tener en cuenta además que en una contrata la empresa principal es cliente de la contratista y que la contratista al asumir una parte de la actividad de la empresa principal se integra plenamente en su organización y realiza su actividad en el centro de trabajo de la principal. Surgen así dos realidades económicas el objeto de la contrata y el objeto de la prestación de cada trabajador que en muchos casos son coincidentes. Y ello tiene consecuencias que deben tenerse en cuenta:

- La empresa principal, como cualquier arrendador de servicios, puede dar instrucciones a la contratista sobre el objeto del contrato. Y estas instrucciones pueden hacerse directamente entre los empresarios mediante relaciones “institucionales”, pero no hay ningún inconveniente jurídico de que el empresario principal instruya directamente a los trabajadores de la contratista sobre su prestación, que no es otra cosa que el objeto de la contrata, sin que por ello asuma la condición de empresario respecto a ellos. Siempre, eso sí, que se cumplan el resto de las condiciones para encontrarnos en un supuesto de subcontratación real.
- Como la empresa contratista asume un ámbito de la organización de la principal, justamente la que se descentraliza, su actividad se integra en la actividad de la principal, de forma que, lejos de constituir compartimentos estancos e independientes, ambas se complementan y, sin perjuicio de la identidad del objeto de la contrata que

delimita la actividad de la empresa subcontratista, necesariamente se tienen que establecer relaciones fluidas de colaboración entre ambas y sus trabajadores.

- Por último respecto a las circunstancias derivadas de realizar el trabajo en el mismo centro de trabajo, como la identificación, el uso del aparcamiento o del comedor, aunque a veces puedan ser significativas como indicios en relación con otras circunstancias más determinantes, no son decisivas para deducir el auténtico empresario.

(Véase a este respecto STSJMadrid de 13-7-12 que en el último párrafo del fundamento octavo, con cita de jurisprudencia, STS 15-4-10, manifiesta que “no es obstáculo [para la existencia de la contrata] el hecho de que la supervisión del quehacer diario o de las instrucciones técnicas de realización se recibiera de personal funcionario...utilizándose ordenadores del Ministerio... por razones de seguridad. Estas circunstancias, a nuestro modo de ver, no son sino el normal funcionamiento de la contrata en las que el trabajador de la empresa contratista además de entablar contacto con los trabajadores de la comitente puede y en muchas ocasiones debe conocer la dinámica empresarial de ésta introduciéndose a veces en el entramado de comunicaciones que existen dentro de la misma...”)

Por todo ello, para establecer que empresa ostenta el poder de dirección como elemento identificador del verdadero empresario, lo determinante no es tanto considerar la prestación aislada, sino partir como referencia clave del objeto de la contrata, integrado como parte descentralizada de la organización de la principal, y considerar no las indicaciones previas, que poco aportan, sino en todo caso quien realiza con efectividad su control, incluyendo en su caso la potestad disciplinaria, pues a estos efectos lo verdaderamente ilustrativo no es quien puede decir cómo se tienen que hacer las cosas, sino quien puede corregir en el caso de que surjan desviaciones o haya que realizar cambios. Teniendo en cuenta además, que tal circunstancia es una más a considerar en el contexto explicado más arriba y que debe valorarse conjuntamente junto con el resto, pues cada una puede dar un sentido diferente cuando se relaciona con las demás.

### **Ajenidad**

Por su parte *la ajenidad* es el presupuesto y la consecuencia de la dependencia, pues el organizador es el responsable y por tanto el que asume el resultado sea positivo o negativo. Y, en lo que aquí respecta, determina, por un lado, que el trabajador cede los frutos de su

trabajo de los que el empresario adquiere originariamente su propiedad en virtud del contrato de trabajo y, por otro, la ajenidad en los riesgos del resultado, que son asumidos por el empresario.

De esta forma lo decisivo para establecer el empresario real es aclarar quien lucra realmente la prestación del trabajador y quien asume el riesgo empresarial en relación con su actividad.

Y, en ese sentido: en cuanto a la prestación hay que establecer si se incorpora en el objeto de la contrata o directamente en la organización y actividad de la principal; y en cuanto al riesgo hay que tener en cuenta que el riesgo existe cuando hay incertidumbre en los niveles de ingresos y/o gastos, por eso debe aclararse si la contratista, partiendo de que por el objeto de la contrata recibe una cantidad previamente pactada, puede sufrir variación en los gastos en función de las circunstancias imprevisibles que concurran, de forma que pueda incurrir en pérdidas o si por el contrario recibe exclusivamente una cantidad compensatoria de los costes laborales de los trabajadores cedidos. Porque si los ingresos que recibe aseguran y superan los gastos, y las variaciones que sufran, tal circunstancia hace que se presente prácticamente imposible establecer que se estén desarrollando las funciones propias del empresario y, en definitiva, descartar que se trate de un supuesto de interposición fraudulenta.

En definitiva lo determinante es si existe un objeto real de la contrata que se corresponde con la actividad de la empresa contratista, y si para la ejecución de ese objeto se integra como organización independiente, en la organización, y en el centro de trabajo, de la empresa principal. De forma que los trabajadores de la contratista incorporen los frutos de su prestación al objeto de la contrata y que en su ejecución la contratista asuma el riesgo del resultado porque tenga que afrontar gastos más o menos previsibles en relación con el precio acordado, en cuyo caso se trata de un supuesto de contratación.

O si por el contrario el objeto de la contrata es simulado o formal y la realidad es que los trabajadores de la contratista se incorporan directamente, y sin distinción con los otros trabajadores, en la plantilla de la principal, que aparece así como la única organización real, y cuya contraprestación es exclusivamente el coste de los trabajadores, es decir su salario y cuotas sociales, sin asumir riesgo empresarial y como mero intermediario pantalla para liberar a la empresa principal de las responsabilidades legales que conlleva la contratación laboral. Siendo ésta última circunstancia, la obtención de un lucro a cambio de realizar la función de testaferro, quizá la manifestación más clara de la antijuricidad de la interposición laboral.

Sin embargo el hecho de que la empresa contratista aporte bienes o material para la actividad empresarial que se desarrolle en la contrata, apenas es concluyente para la determinación de la existencia del riesgo y, en consecuencia de la cesión ilegal. Hay que tener en cuenta además que las contratas suelen tener como objeto la prestación de servicios y los medios materiales suelen ser irrelevantes. Siendo justificable a estos efectos que la empresa principal aporte los medios materiales, ordenadores u otros, por razones de seguridad o de metodología.

(Véase sentencias del TS de 4-3-08 y de 14-2-11, y TSJMadrid de 18-1-13 con argumentación amplia y la más reciente de 6-4-16 con resumen de doctrina unificadora).

Por todo ello, los hechos constitutivos de la pretensión de reconocimiento de la existencia de cesión ilegal deben incluir aquellas circunstancias, y solo esas, que sean relevantes en el sentido de que valoradas conjuntamente aclaren si la empresa ejerce las funciones inherentes a la condición de empresario y así pueda deducirse jurídicamente si estamos ante un supuesto de contratación o por el contrario estamos ante un supuesto de cesión ilegal.

A estos efectos, recopilando todo lo dicho se puede concluir que de lo que se trata es de determinar si nuestro supuesto contempla una realidad consistente en la ejecución de una contrata entre empresas, en la que la contratista despliega su organización empresarial para conseguir el objeto acordado o si por el contrario se trata de una contrata simulada en la que la empresa contratista es una mera intermediaria que realiza los deberes formales de celebrar los contratos, elaborar las nóminas y cotizar a la SS a cambio de una remuneración. Y como el criterio básico para establecerlo es determinar si la empresa contratista ejerce o no las funciones inherentes a la condición de empresario, se puede intentar sistematizar las circunstancias a considerar para determinar la existencia o no de la cesión ilegal debatida. Y en concreto:

- Establecer el objeto de la contrata, la obra o servicio de que se trate, y comprobar si se han puesto en funcionamiento la organización adecuada para su consecución.
- Y en cuanto al ejercicio de las funciones de empresario
  - para detectar la realidad del poder de dirección, determinar quien
    - es la empresa responsable de la realización de la jornada y el horario,
    - organiza y ejecuta los métodos de trabajo y los sistemas de rendimiento,

- organiza y garantiza las vacaciones, permisos y suspensiones del contrato, realizando las sustituciones o reorganización que proceda,
  - cumple los deberes de formación o de prevención de riesgos y respeta los derechos colectivos
  - tiene facultad de vigilancia y control sobre los deberes del trabajador,
  - puede tomar medidas de traslado, msct u otras,
  - y ostenta la facultad disciplinaria.
- Y para detectar la ajenidad,
    - establecer la forma y condiciones de los ingresos pactados y los gastos que tiene que afrontar la contratista
    - de manera que se contemplen situaciones imprevisibles que permitan concluir la existencia de riesgo en los resultados económicos de la contrata.

**SEGUNDO.-** Para resolver sobre la pretensión, de cesión ilegal con la consecuente declaración de fija discontinua en el Ayuntamiento desde el 1-9-12, sobre la base de las anteriores premisas, conviene resolver antes algunas cuestiones previas.

En todo caso no se puede declarar la fijeza desde el 1-9-12 porque, según el art. 43 ET procede desde que se produjera la cesión ilegal y en nuestro caso no puede declararse desde dicha fecha porque estaba contratada directamente por el Ayuntamiento sin mediar otra empresa y no puede existir cesión ilegal si no hay dos empresas que la puedan producir. Por lo que solamente podría declararse la antigüedad desde que intervino Arjé Formación SL, es decir desde el 1-9-12. Otra cuestión es la naturaleza administrativa del contrato que la unía con el Ayuntamiento en los dos primeros años, pero tal cuestión es ajena a nuestro pleito y por tanto no se puede resolver en esta sentencia.

La otra cuestión previa es la constitución de la relación procesal. Pues por un lado están demandadas las dos empresas que fueron concesionarias sucesivamente Arjé Formación SL, Santagadea Gestión AOSSA SA y la pretensión se ejercita en el ínterin en que la segunda sustituye a la primera. Lo que plantea si se puede demandar a las dos empresas, teniendo en cuenta que la cesión ilegal tiene que estar presente en el momento de interponer la demanda.

La solución estaría preñada de no pocas dificultades si se aplicara este criterio atendiendo exclusivamente a los aspectos formales. Sobre todo teniendo en cuenta que como dice Santagadea los hechos de la demanda se refieren en su mayoría a Arjé y esta empresa, aparte de las vicisitudes que ocurrieron que no son del caso, ya no está presente y además la concesión no era exactamente igual. Por lo que una alternativa sería declarar falta de acción contra Santagadea, lo que obligaría a interponer nueva demanda retrasando el proceso.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que la actora tuvo continuidad plena en su situación laboral y que en la sucesión de la concesiones la segunda se subrogó en la situación jurídica de la anterior, aplicando el criterio interpretativo de favorecer la continuidad de la acción, lo que procede es resolver en este procedimiento sobre la existencia de cesión ilegal entre la actora y Santagadea. Que es en definitiva el debate que mantuvieron ambas partes en el juicio.

Entrando a conocer sobre la pretensión de cesión ilegal en esas condiciones, procede en primer lugar exponer las argumentaciones empleadas sobre la valoración de la prueba, incluyendo el informe de la Inspección obrante en autos.

En ese sentido debe aclararse que no se ha producido en el juicio un debate sustancial sobre los hechos, sino que ambas partes mantienen la realidad de sus alegaciones fácticas, que son las que se han declarado probadas.

Así los términos en que se estableció la concesión se han venido ejecutando en la realidad de una forma ajustada y sin que consten incumplimientos. Y las relaciones que reflejan los documentos de ambas partes reseñados en los hechos, la solicitud de permisos y cuestiones relacionadas con el pago del salario de la actora a la empresa concesionaria, así como la convocatoria del director a la actora para su asistencia al claustro y otras actividades de actuaciones o participación en actos del Ayuntamiento, se consideran ciertas a efectos procesales. Por lo que la cuestión a resolver en el pleito, determinar si el supuesto de hecho así configurado constituye o no cesión ilegal, es meramente jurídica.

Por último hay que aclarar que el informe de la Inspección, sin perjuicio del respeto que merecen sus conclusiones y valoraciones jurídicas, apenas aporta elementos de convicción sobre los hechos. Y ello porque las diligencias realizadas para concluir los hechos que exponen en el mismo, no se derivan de su actuación in situ para comprobar las circunstancias que se producían en la realidad, sino que se limita a reproducir documentos y a tomar declaraciones de las partes implicadas. Documentos y declaraciones que igualmente se

han producido y se valoran en el proceso, si bien con las garantías de publicidad y contradicción propias del mismo.

Entrando al fondo del asunto debe partirse de una realidad incontestable y aceptada por ambas partes, la empresa concesionaria no es una mera intermediaria en el pago del salario y la SS, sino que se constituye en una verdadera organización que ejercita las actividades que se fijan en el contrato administrativo, actividades que deja de realizar el Ayuntamiento, asumiendo las facultades del poder de dirección, tal y como se explica más arriba. Y que recibe a cambio un precio predeterminado, que puede no cubrir los gastos, entre los que se incluyen una serie de multas por incumplimientos, por lo que no puede sino concluirse que asume riesgo en su ejecución.

Lo que ocurre es que el objeto de la contrata no es asimilable a la asunción de una unidad de organización como se explica más arriba, pues la concesionaria no asume la Escuela de Música en su conjunto como unidad organizativa del Ayuntamiento, sino que dadas las circunstancias históricas, el Ayuntamiento conserva parte de esa organización, la que había creado antes de que la Escuela creciera de forma exponencial. Así según el informe de la Inspección el Ayuntamiento conserva el director y 13 trabajadores, mientras que por la concesionaria se aportan 46 trabajadores entre los que se encuentran administrativos y profesores de música. Esto hace que la actora trabaje en las mismas condiciones que otros trabajadores directamente contratados por el Ayuntamiento.

Pero, quizá por eso, en las condiciones de la concesión se establecen los criterios para relacionarse y distribuir competencias. Cuestiones que, una vez comprobada la realidad de la actividad empresarial de la concesionaria, no se pueden tener en cuenta a la hora de establecer la presencia o no de cesión ilegal, pues no obstan para que en el ámbito organizativo que le corresponde a la concesionaria ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Como tampoco es óbice para la inexistencia de cesión ilegal el hecho de que la actora trabaje en las mismas condiciones que un profesor contratado directamente por el Ayuntamiento o que sea citada para el claustro por el Director de la escuela, que son las principales razones esgrimidas para fundamentar la cesión ilegal, pues todo ello se deriva de las condiciones y circunstancias que concurren en una concesión administrativa real y ajustada a derecho.

Por todo ello procede desestimar la demanda.

**TERCERO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de suplicación de conformidad con el art. 191 LJS.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

### **FALLO**

Que desestimo la demanda de D<sup>a</sup>. [REDACTED] contra Arjé Formación SL, Santagadea Gestión AOSSA SA y el Ayuntamiento de Las Rozas y declaro que no existe cesión ilegal realizada por las empresas demandadas respecto a la parte demandante absolviéndolas de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese esta sentencia a las partes, a las que, de conformidad con el art. 97.4, se informa que no es firme y que pueden recurrirla en Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, advirtiéndoles que según su regulación el recurso se tramita en el juzgado y tiene dos fases. El anuncio, con los requisitos que se indican, y la interposición propiamente dicha, una vez tenga a su disposición el procedimiento.

El anuncio (art. 194 LJS) deberá hacerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia. Y podrá hacerse por la parte, por su letrado o graduado social colegiado que le asista, o por su representante: con la mera manifestación de su propósito de entablarlo al notificarse la sentencia; o también, en el mismo plazo, por comparecencia o por escrito ante este juzgado.

Junto a anuncio deberá consignarse el depósito y la cantidad objeto de la condena, conforme a las siguientes reglas.

El depósito (art. 229 LJS) será de 300 euros y el resguardo de su ingreso deberá presentarse en el juzgado para su acreditación, junto al anuncio o en el plazo del anuncio si se hubiera realizado con la mera manifestación. No requieren consignar el depósito: el trabajador, sus causahabientes y los beneficiarios del régimen público de Seguridad Social; los que tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita; los sindicatos; y el Estado, las CCAA, las entidades locales y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de los mismos. Así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.

La cantidad objeto de la condena (art. 230.1 LJS) procede cuando la sentencia hubiere condenado al pago de cantidad, y puede sustituirse por su aseguramiento por entidad de crédito, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, cuyo documento quedará depositado y registrado en la oficina judicial. En caso de condena solidaria deberán consignar o asegurar todos, salvo que el que lo realice lo haga expresamente respecto de todos ellos. También deberá presentarse resguardo para su acreditación junto al

anuncio o en el plazo del anuncio, si se hubiera realizado con la mera manifestación No requieren consignar o asegurar con aval la cantidad objeto de la condena: los que tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita; los sindicatos; y el Estado, las CCAA, las entidades locales y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de los mismos; así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.

La consignación, en su caso, deberá hacerse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Banco Santander de la Calle Princesa nº 3 de Madrid IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 haciendo constar en el ingreso: el concepto, depósito y/o cantidad objeto de la condena; y el número de expediente con estos dieciséis dígitos 252600000046119 que deberán ir “juntos” sin separar ni por guiones, ni por espacios. Pudiendo hacerse también mediante transferencia a dicha cuenta indicando: el nombre o razón social y el nif / cif en el campo ordenante; el del Juzgado Social 28 en el campo beneficiario; y los mismos dieciséis dígitos del número de expediente en el campo observaciones/concepto de la transferencia.

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

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.