

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

N.I.G.: 2906744420200012441. Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 11 de Málaga Tipo y número procedimiento origen: ORD 969/2020

**Recursos de Suplicación 1194/2023.**

**Negociado: RM**

Materia: Otros derechos laborales individuales

De: [REDACTED]

Abogado/a: MARIA DEL MAR BASCUÑANA SERRANO

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA, FACTORIA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. y AGENCIA PUBLICA PARA LA GESTION DE LA CASA NATAL DE PABLO RUIZ PICASSO Y OTROS EQUIPACIMIENTOS MUSEISTICOS Y CULTURALES

Abogado/a: S.J.AYUNTAMIENTO MALAGA y MARIA DEL CARMEN ZAVALA MEDINA

**Sentencia Nº 73/24**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO,  
PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,**

**ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**

En la ciudad de Málaga a veintidós de Enero de dos mil veinticuatro.

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

**SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre DERECHOS siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MALAGA, FACTORIA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. Y AGENCIA PUBLICA PARA LA GESTION DE LA CASA NATAL DE PABLO RUIZ PICASSO Y OTROS EQUIPACIMIENTOS MUSEISTICOS Y CULTURALES habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 15 de Mayo de 2023 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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



**Primero.-** La actora [REDACTED] con DNI nº [REDACTED] ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la FACTORIA DE ARTE Y DESARROLLO S.L., con una antigüedad de 16.3.2015, en virtud de contrato de trabajo indefinido (inicialmente era temporal para obra o servicio), con una categoría profesional de mediador cultural, y un salario bruto mensual de 1.333,34 euros, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

-Vida laboral de la actora en folio 1469 y ss; Contrato temporal de 16.3.2015 en folios 1577 y ss; prórrogas en folios 1532 y ss; comunicación de transformación del contrato temporal a indefinido el 1.10.2018 en Folio 1.441; Nóminas en Folios 1539 y ss (última nómina antes de la excedencia en folio 1551)-.

**Segundo.-** Por Acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Málaga de 27.11.2014 se aprobó la conversión en Agencia Pública del organismo autónomo Fundación Pablo Ruíz Picasso, pasando a denominarse AGENCIA PARA LA GESTIÓN DE LA CASA NATAL DEL PABLO RUIZ PICASSO Y OTROS EQUIPAMIENTOS MUSEÍSTICOS Y CULTURALES. En el mismo se adoptan los siguientes acuerdos:

“2º.- Decidir que la prestación de la gestión de los equipamientos museísticos de titularidad municipal que no dispongan de otro modo de gestión propio o de un régimen contractual establecido, se realice descentralizadamente mediante gestión propia coma a través de la citada nueva Agencia Pública administrativa local, incorporando dicha prestación a su objeto.

3º.- En virtud de lo anterior, atribuir a la citada Agencia la prestación de la gestión directa de los siguientes equipamientos:

- Equipamientos culturales del edificio municipal de la antigua Tabacalera.
- Centro Pompidou de Málaga, que se ubicará situado en la esquina del Muelle Uno conocido como “cubo”. (...)”.

Por último, se procede a la aprobación de sus Estatutos, en cuyo artículo 2 se le confiere personalidad jurídica propia.

-Acuerdo en Folios 1.977 y ss; Estatutos en Folios 1.969 y ss

**Tercero.-** El bien inmueble en que está ubicado el Centro Pompidou Málaga es propiedad de la Autoridad Portuaria de Málaga (Junta de Andalucía). En fecha 5.4.2004 se alcanzó un acuerdo entre la Autoridad Portuaria de Málaga y el Ayuntamiento de Málaga por el que se otorgó a este último una concesión administrativa para la adecuación del centro cultural existente en dicho bien inmueble y la explotación del mismo.

-Otorgamiento de la concesión en Folios 1992 y ss.-

**Cuarto.-** La Agencia publicó (diciembre de 2.014) un primer procedimiento (abierto) de licitación para “la contratación del servicio de mediación cultural y educación en los centros gestionados por la agencia pública para la gestión de la casa natal de Pablo Ruíz Picasso y otros equipamientos museísticos y culturales”, para el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2.015 y el 31 de diciembre de 2.016, del que resultó adjudicataria la FACTORIA ARTE Y DESARROLLO, firmándose el correspondiente contrato el 27.2.2015 (Pliegos y contrato en Folios 2.009 y ss).



La Agencia publicó procedimiento ordinario de licitación en expediente CA 13/2018 para “la contratación del servicio de mediación cultural y educación en los centros gestionados por la agencia pública para la gestión de la casa natal de Pablo Ruiz Picasso y otros equipamientos museísticos y culturales”, para los ejercicios 2.019 a 2.021. Publicándose los correspondientes pliegos de condiciones económico administrativas particulares y pliego de condiciones técnicas que debía regir la contratación del servicio, firmándose el correspondiente contrato el 5.7.2019.

En las condiciones económico administrativas particulares cabe destacar las siguientes:

Apartado 10 (Título I): “el órgano de contratación designa un responsable del contrato 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 (...)”. “El responsable del contrato se encargará de llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Supervisar en todo momento el normal desarrollo de los trabajos objeto del contrato.
- Comprobar que dichos trabajos se adecúan a las prescripciones técnicas recogidas en los pliegos, y que los adjudicatarios cumplen con sus obligaciones contractuales.
- Velar por el cumplimiento de la normativa aplicable a cada caso.
- Asistir inexcusablemente a los actos de comprobación material.
- Dar conformidad a las facturas y certificaciones que se deriven de la ejecución del contrato, sin perjuicio de los demás intervinientes en la ejecución del contrato.
- En caso de detectar alguna anomalía o incidencia, deberá comunicarlo de forma inmediata al órgano directivo de la unidad administrativa que haya promovido el contrato.

Apartado 11 (Título I): “El contratista queda obligado a aportar y adscribir al contrato los equipos humanos, técnicos y materiales ofertados; todo ello en el número y grado preciso para la realización del objeto del contrato a satisfacción y en los términos que se hubiesen ofertado.

El personal dependerá exclusivamente de la empresa adjudicataria, la cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su condición de empresario respecto del mismo, siendo esta agencia ajena a dichas relaciones laborales.

El contratista aportará su propia dirección y gestión al contrato, siendo responsable de la organización del servicio coma de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la administración o para terceros de las omisiones toma errores, métodos inadecuados.

Le corresponde a la agencia los poderes de verificación y control del contrato que se establecen en la LCSP, absteniéndose para ello de ejercer función alguna de control dirección u organización del personal de la empresa contratista.

Es responsabilidad del contratista y de sus delegados impartir todas las órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices a sus trabajadores, siendo esta Agencia del todo ajena a esas relaciones laborales y absteniéndose en todo caso de incidir en las mismas. Corresponde a asimismo al contratista, de forma exclusiva, la vigilancia del horario de trabajo de sus trabajadores, las posibles licencias



horarias o permisos o cualquiera otra manifestación de sus facultades como empleador.

No existirá vinculación laboral alguna entre esta agencia y el personal que realice los trabajos que constituyen el objeto del contrato (...).

En consecuencia, la dirección y gestión del contrato corresponden al contratista, de forma que éste asume un riesgo empresarial verdadero y las facultades de dirección y control respecto de los trabajadores, por lo que estas tareas no corresponden a la entidad contratante, que únicamente tiene facultades de control, absteniéndose de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista (...). Dentro del pliego de las condiciones técnicas, se recoge una descripción de los servicios a realizar. Dentro del apartado relativo al Centre Pompidou Málaga se hace referencia específica a las “acciones de mediación en el taller”, “visitas guiadas en días especiales”, “acciones puntuales de mediación a los agentes de sala” y “acciones puntuales de mediación a visitas de personalidades o autoridades”.

En cuanto a la “uniformidad” se indica que “los mediadores y monitores culturales deberán prestar servicio con la uniformidad proporcionada por la empresa, que será consensuada con la dirección de la Agencia. Los uniformes proporcionados por la empresa deberán llevar un logo o cualquier otro tipo de identificación de dicha empresa, nunca de la agencia ni de los centros museísticos dependientes de la misma, para evitar la confusión de dichos trabajadores con personal de la agencia”.

Con relación a “medios materiales” dispone que “la empresa proporcionará a sus trabajadores todos aquellos materiales necesarios para la realización de su trabajo descrito en los medios materiales, debiendo prever los canales de comunicación, la integración con los medios de la Agencia y cuantos extremos sean necesarios para el buen funcionamiento del servicio”.

-Condiciones económico administrativas particulares en Folios 1.477 y ss; y condiciones técnicas en Folios 1.506 y ss.-

La mercantil FACTORÍA ARTE Y DESARROLLO S.L.U. presentó propuesta en el procedimiento ordinario de licitación en expediente CA 13/2018 (propuesta en Folio 2.132 y ss).

La FAYD resultó adjudicataria del servicio, firmando el correspondiente contrato con la Agencia, en fecha 4.7.2019 (Folios 2.025 y ss).

**Quinto.-** FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO es una sociedad mercantil limitada con CIF 0B85785335, inscrita en el sistema de Seguridad Social, en el Régimen General a fecha 15.2.2010 y con código de cuenta de cotización 280177446942 (Folio 1514).

A fecha 15.2.2010 dio de alta a su primer trabajador (Folio 1515).

La mercantil FACTORIA DE ARTE Y DESARROLLO S.L.U. tiene contratado servicio de prevención ajeno con la mercantil CUALTIS S.L.U., en vigor hasta el 23.9.23 (Certificado de CUALTIS en folio 1956).

La FAYD tiene contratada con la mercantil UNIVE GESTIÓN FISCAL S.L. la prestación de servicios profesionales de área contable, fiscal, registro mercantil y laboral (Contrato en Folios 1157 y ss).

FAYD ha venido prestando sus servicios para distintas empresas: Madrid destino, cultura, turismo y negocio S.A (en 2.018, 2019 y 2021 – Certificados en



Folios 15210, 1521, 1523 y 1524) y Agencia Pública para la gestión de la Casa Natal de Pablo Ruiz Picasso y otros equipamientos museísticos y culturales (en 2.015 y 2016 - Folio 1525-, en 2017 y 2018 - Folio 1526-).

FAYD, en ejecución del contrato que nos ocupa, ha desarrollado su actividad de mediación a través de distintas exposiciones en el Centre Pompidou de Málaga: Hors Pistes, Henri Matisse, Jin Dine, Alechinsky en el país de la tinta, De Miró a Barceló, Nicolas de Staël, Dar la Cara (catálogos en Folios 2148 y ss).

**Sexto.-** La actora desarrolla funciones de coordinadora (siendo nombrada como tal por [REDACTED] del [REDACTED] (integrado por unas seis personas):

- Distribuye el trabajo entre los miembros de su equipo (cuadrantes).
- Informa regularmente a la Agencia de las horas de presencia de los trabajadores.

- Aprueba las vacaciones y solicitudes de ausencia de los miembros de su equipo por medio de una plataforma interna de la empresa y las remite a su superior en FAYD

- Pantallazos de la aplicación de FAYD en folios 1938 y ss; Interrogatorio de FAYD en la persona de [REDACTED] declaración testifical de [REDACTED]

Todas sus funciones las desarrolla de conformidad con las directrices y criterios de realización del trabajo que le da el director gerente de FAYD [REDACTED] [REDACTED] (correos electrónicos entre la actora y [REDACTED] en Folios 1590 y ss).

La FAYD llevaba a cabo la planificación de las actividades a realizar en el Centre Pompidou de Málaga, de conformidad con los pliegos y de forma coordinada con la programación de la Agencia (interrogatorio de parte y testifical de [REDACTED] [REDACTED]).

La Agencia Pública, a través del responsable del contrato [REDACTED] [REDACTED], se limitaba a supervisar que los trabajos se desarrollaban según las prescripciones recogidas en los pliegos (declaración testifical de [REDACTED]).

**Séptimo.-** [REDACTED] trabajador de la AGENCIA, era la persona designada por ésta como coordinador o responsable de la correcta ejecución del contrato.

Realizaba funciones de interlocutor operativo entre la AGENCIA y la FAYD.

Vigilaba que se cumplieren las prescripciones del contrato, pero no contrató a la actora ni controlaba su prestación laboral. No vigilaba su horario, permisos ni vacaciones.

Se reunía periódicamente con el responsable de la empresa con objeto de valorar la prestación del servicio.

- Declaración como testigo en la vista.-

**Octavo.-** [REDACTED] es el gerente de la AGENCIA PÚBLICA.

[REDACTED] es la Jefe de servicio de coordinación y gestión de actividades de centros culturales y museísticos del Ayuntamiento de Málaga.



En el desarrollo de su prestación laboral la actora se comunicaba con personal de la Agencia y del Ayuntamiento (mails en Folios 259 y ss), sin que por esa vía le dieran directrices u órdenes relativas al desarrollo de su trabajo.

**Noveno.-** Las tabletas que utilizaba la actora y el resto del equipo de mediación (del que aquella era la coordinadora) del Centre Pompidou las proporcionaba FAYD.

-Email de recepción de las tablets en folio 1563.-

La actora y el resto del equipo de mediación llevaban un chaleco que proporcionaba la FAYD (Interrogatorio de FAYD y testifical de [REDACTED], color azul y con la palabra “mediadora” impresa en la parte posterior (Folios 177 y ss).

La demandante cobraba sus nóminas de la FAYD (Nóminas en Folios 1539 y ss).

**Décimo.-** La actora solicitó excedencia voluntaria y posteriormente su prórroga al director de la FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. [REDACTED]

-Solicitud de excedencia, prórroga y concesión en folios 1556 y ss.-

La actora solicitaba sus vacaciones y comunicaba sus ausencias a la FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. Todo ello quedaba registrado en la aplicación de la empresa.

-Solicitud de vacaciones en folio 1552; comunicación de baja médica en folio 1553; registro de ausencias en plataforma de FAYD en folio 1554 y 1555.-

La actora recibió de FAYD la documentación y recomendaciones sanitarias elaboradas por CUALIS y se le hicieron entrega por FAYD de los equipos de protección individual.

-Email de envío y recepción por la actora de dicha documentación en Folio 1932 y ss; recepción por la actora de los EPIS en Folios 1935 y ss.-

**Undécimo.-** El ordenador en que la actora desarrolla su trabajo es propiedad del Ayuntamiento (interrogatorio de [REDACTED] y Folios 180 y ss).

**Duodécimo.-** El Convenio Colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo de ocio educativo y animación sociocultural (código 9910005012011).

**Décimotercero.-** En fecha 28.7.2020, la actora presentó demanda de conciliación ante el CMAC (Folios 12 y ss).

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** La sentencia de instancia ha desestimado la demanda formulada por [REDACTED] frente al AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, la AGENCIA PUBLICA PARA LA GESTIÓN DE LA CASA NATAL DE PABLO RUIZ PICASSO Y OTROS EQUIPAMIENTOS MUSEÍSTICOS Y CULTURALES y la entidad FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L., acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por la Agencia Pública indicada y declarando junto a ello la inexistencia de la pretendida cesión ilegal de trabajadores entre las otras codemandadas, absolviendo con ello a éstas de la totalidad de pedimentos articulados en su contra en el curso de las presentes actuaciones.

Y frente a dicha sentencia se ha interpuesto por la demandante recurso de suplicación, en el que tras reclamar la revisión de los hechos declarados como probados en la sentencia, indica haber mediado en la sentencia recurrida diversas infracciones normativas que han de conllevar el que la misma haya de ser revocada, y con ello íntegramente estimada la demanda origen de las presentes actuaciones.

**SEGUNDO.-** Como indicamos, por la demandante se articula un primer motivo de recurso en el que se solicita, con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia, y en concreto se interesa la modificación del contenido de los hechos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11º y 12º

La doctrina jurisprudencial respecto del error en la apreciación de la prueba es uniforme al tiempo de señalar que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico; b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia...".

Y lo cierto es que aplicando tales condicionantes al supuesto de autos entiende la Sala que la revisión interesada habrá de ser íntegramente desestimada, y ello esencialmente por los condicionantes que expondremos a continuación:

1.- en relación a la revisión de los hechos 4º y 5º, cuando las menciones que se tratan de incluir en los mismos carecen de toda relevancia a los efectos modificativos del fallo judicial impugnado.

2.- por lo que respecta a los hechos 6º, 9º y 11º, toda vez que la certeza de la redacción propuesta no responde más que a una interpretación parcial y subjetiva de una parte -claramente escueta y sesgada además- de la prueba de autos, que no es hábil para desplazar la realizada por el Juzgado al amparo del artículo 97 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y sustentada además en significativas pruebas de interrogatorio de parte y testificales, irrevisables por la presente vía.



3.- los anteriores condicionantes son plenamente extrapolables para justificar el rechazo de la pretensión de supresión del contenido de los hechos 7º y 8º, sin obviar junto a ello que la jurisprudencia en la materia es tajante al tiempo de reseñar que "...la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho..." -sentencia del Tribunal Supremo de 23.04.2012-.

4.- y en último término, y en relación al hecho 12º, cuando en la redacción alternativa propuesta se incluyen aseveraciones de marcado carácter jurídico predeterminante del fallo, aparte de asentarse en su integridad en conclusiones estrictamente jurídicas y con ello completamente alejadas del terreno fáctico.

**TERCERO.-** Y finalmente, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, se articula por la recurrente un último motivo de recurso destinado al examen crítico de las normas, en el que denuncia incurrir la sentencia impugnada en vulneración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

En desarrollo argumental del mismo viene a sostener que a la vista de las circunstancias concurrentes en la prestación laboral de la demandante concurren todos y cada uno de los extremos precisos para apreciar la invocada existencia de cesión ilegal de trabajadores, al ser el Ayuntamiento demandado el que proporcionaba los elementos esenciales y precisos para el cumplimiento de sus funciones, controlaba y disciplinaba sus cometidos profesionales y, en definitiva, era quien ejercía todos los poderes y deberes propios de un empresario real.

Y a la vista de tales alegatos lo cierto es que la desestimación de dicha censura jurídica deviene evidente para la Sala cuando en su desarrollo argumental se incurre en el vicio procedimental jurisprudencialmente denominado "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", y que tiene lugar cuando en desarrollo del motivo se parte de premisas fácticas distintas a las fijadas como acreditadas en la resolución recurrida, desconociendo con ello que no es factible dar por supuestos otros hechos que no sean los declarados probados en la sentencia recurrida -sentencias del Tribunal Supremo de 03.02.2016, 08.03.2016 y 30.01.2017-. Y entendemos que ello es así cuando de los inalterados hechos probados de la sentencia pocas dudas podemos albergar en relación a que los extremos esgrimidos por la recurrente carecen por completo de refrendo fáctico en la sentencia recurrida, no pasando de sustentarse sino en una interpretación meramente parcial y subjetiva de una parte de los documentos de autos, que claramente no es compartida por la sentencia recurrida, que llegó a unas conclusiones valorativas claramente dispares en base al contenido de otras significativas pruebas practicadas, preferentemente de interrogatorio de parte y de carácter testifical, que ahora no pueden ser objeto de censura ni revisión.

**CUARTO.-** Junto a lo citado, cabe recordar que doctrinal y jurisprudencialmente, bajo el concepto común de cesión ilegal de trabajadores que describe el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, se regulan en realidad





fenómenos distintos, y a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre: 1.- cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, pero pretenden eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y 2.- las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento (así sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997).

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

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

**QUINTO.-** Dicho lo anterior, en el caso que ahora nos ocupa constan sobrados indicios de los que extraer que la empresa contratista FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. puso efectivamente en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio concertado con la empresa principal, así el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, no limitándose simplemente por ello a esa mera aportación de mano de obra. De la sentencia cabe extraer probado que existía una justificación técnica de la contrata y una autonomía de su objeto, lo que avalaba el que se hubiera acudido a fórmulas de subcontratación para la realización del servicio; y junto a ello, consta probado que era la contratista FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. la que real y efectivamente aportaba medios de producción



propios para realizar la actividad contratada, manteniendo en todo momento los poderes empresariales de control y disciplinarios frente a sus empleados, lo que aleja tal situación de la proscrita cesión ilegal e trabajadores prevista en el artículo 43 que se denunció como vulnerado.

Con tales antecedentes, y del mismo modo que se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo de 10.01.2017 -dictada al tiempo de abordar una problemática que presenta claras similitudes con la que ahora nos ocupa-, no podemos entender que en estos autos concurren los condicionantes fácticos precisos para apreciar la pretendida existencia de cesión ilegal, cuando del contenido de los hechos 6º a 10º, unido a las consideraciones que con innegable valor fáctico se contienen en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, concurren visos más que explícitos de los que extraer que la subcontratista FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. es una empresa real que tiene su propia organización y no se limita a poner a disposición de la empresa que la contrata el trabajo de sus empleados, cuando éstos están sometidos plenamente a su disciplina laboral, despliegan su actividad en la forma en que les es indicada por el responsable de la empresa contratista, y es ésta última la que fija todos los parámetros de su prestación -incluido vacaciones, permisos y licencias-. Junto a lo citado, consta además acreditado que la demandante fue designada como coordinadora del servicio por el director gerente de FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L., y trabaja bajo las órdenes directas que éste le daba, limitándose la Agencia demandada a supervisar que el trabajo se realizaba conforme a los términos pactados, dando cuenta de cualquier extremo al responsable de la adjudicataria, pero sin supervisar con ello el trabajo de la demandante ni darle indicaciones o directrices acerca de sus cometidos profesionales, ni acerca de vacaciones, permisos o licencias.

La organización del trabajo por la subcontratista y la gestión que realiza de la labor de sus empleados es reconocida por la sentencia recurrida, que además recalca que consta acreditado que es la entidad FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L. la que ponía los medios personales y materiales esenciales para la ejecución de la contrata, extremo éste último ante el que no cabe otorgar relevancia alguna al hecho que el Ayuntamiento aportase algunos aislados medios materiales e informáticos porque, dada la índole y entidad del servicio contratado, parece incluso evidente que algunos programas informáticos a emplear los empleados de la subcontratista fueran los expresamente indicados por el Ayuntamiento.

Y finalmente, por lo que atañe a la función de coordinación que era asumida por el Sr. Laguna, empleado de la Agencia Pública demandada y que actuaba como interlocutor operativo con la adjudicataria, que de tal forma recibía indicaciones del Ayuntamiento, cabe extrapolar aquí lo reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, que al efecto indicaba que *"...es normal que la empresa contratista no se interfiera en la ejecución de la contrata por la subcontratista, pero si que controle que el servicio se presta correctamente..."*.

Y a la vista de todo lo anteriormente citado no podemos entender concurrente la infracción normativa denunciada por la recurrente, lo que determina que se haya





de desestimar íntegramente el recurso de suplicación formulado, confirmando correlativamente la sentencia recurrida.

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

### **FALLAMOS**

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación formulado por [REDACTED] frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Once de Málaga de fecha 15.05.2023, dictada en sus autos nº 969/2020 seguidos a instancias de la indicada recurrente frente al AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, la AGENCIA PÚBLICA PARA LA GESTIÓN DE LA CASA NATAL DE PABLO RUIZ PICASSO Y OTROS EQUIPAMIENTOS MUSEÍSTICOS Y CULTURALES y la entidad FACTORÍA DE ARTE Y DESARROLLO S.L., debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la indicada sentencia.

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

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."*



