



Roj: **STSJ PV 1042/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:1042**

Id Cendoj: **48020340012014100851**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2014**

Nº de Recurso: **829/2014**

Nº de Resolución: **1099/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 829/2014

N.I.G. P.V. 48.04.4-13/005264

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0005264

SENTENCIA Nº: 1099/2014

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 3 de junio de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y Dª. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS URIBE KOSTA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 26 de noviembre de 2013, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Julia frente a **SPORA INGURUMEN ZERBITZUAK . y MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS URIBE KOSTA .**

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- La demandante DÑA. Julia viene prestando servicios para la empresa SPORA INGURUMEN ZERBITZUAK S.L., con una antigüedad de 28 de mayo de 2.009, categoría profesional de técnico de medio ambiente y salario mensual percibido 1.900,48 euros con p/p de pagas extras.

2º.- La demandante vino prestando desde el inicio de la prestación de servicios hasta el 30-6-11 para la mercantil Udal Consulting S.L., siendo subrogada por la hoy demandada Spora Ingurumen Zerbitzuak.

La mercantil Spora Ingurumen Zerbitzuak fue constituida en fecha 10-3-11, cuyo objeto social lo es:

Restauración del Patrimonio natural, estudios y aplicaciones de sistemas de gestión ambiental para administraciones públicas y empresas privadas, gestión ambiental en el ámbito municipal, elaboración de planes de protección civil, elaboración de la agenda 21 para municipios, etc.



- 3º.- La demandante ha venido presando servicios en la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, ello lo ha realizado junto con otra técnico, Dña Amparo .
- 4º.- La MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA es una entidad pública conformada por varios municipios y tiene por objeto la gestión y prestación de los siguientes servicios: a) Servicio de bienestar social; b) Servicios específicos de asistencia domiciliaria; c) Basura y d) y todos aquellos que se establezcan con posterioridad. Entre estos últimos se encuentra la sostenibilidad o medio ambiente.
- 5º.- La MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, sacó a concurso público la gestión integral de la Oficina 21 cuyos objetivos lo son:
- Ofrecer un servicio integral para la gestion de la Oficina 21 de la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta.
 - Fomentar la sostenibilidad de los municipios de la Mancomunidad mediante la ejecución de los Planes de Acción Local (PAL).
 - Extender la cultura de la sostenibilidad entre la ciudadanía mediante estrategias de participación, comunicación y educación ambiental.
 - Ofrecer una atención personalizada a todos los municipios mancomunados.
 - Fomentar el intercambio de información entre los municipios de la comarca.
 - Implicar a los municipios en la elaboración de documentos y creación de conocimiento aprovechando la experiencia de cada uno.
- Se da por reproducido el anuncio de licitación para el año 2.011 obrante en la prueba documental de la demandada, doc. 2.a.
- La citada MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, adjudicó el servicio en el año 2.009 a la empresa Udal Consulting y en el año 2.011 a la empresa Spora Ingurumen Zerbitzuak.
- Se dan por reproducidos los contratos con las citadas empresas en los años 2.010, 2011 y 2013 (doc. 13 de la demandada)
- 6º.- La demandante ha venido prestando los servicios en el centro de trabajo de la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, (Sopelana), al igual que el personal funcionario y laboral de dicha Mancomunidad, fichando y llevando a cabo el mismo horario, controlando su fichaje la Mancomunidad, a tal efecto la había sido entregada tarjeta de visitas con el anagrama de Mancomunidad de Servicios URIBE KOSTAKO. Asimismo las comunicaciones y email de esta con otras personas aparecían el mismo logo de Uribe Kostako.
- 7º.- Los medios materiales para el desarrollo del trabajo realizado por la demandante era puesto por la codemandada Mancomunidad, entre estos se encontraba el ordenador con acceso a internet, teléfono fijo, e incluso en la primera parte del contrato el teléfono móvil. Asimismo tenía acceso a las paginas wep, por ejemplo la del ayuntamiento de Berango en la que era autorizada para poder subir noticias, editar contenidos... etc. La demandante igual que todo el personal de la Mancomunidad tenia llave electrónica para acceso al centro de trabajo
- 8º.- El trabajo desarrollado por la demandante era compartido y por tal trabajaba en equipo junto con el personal laboral o funcionario de la Mancomunidad.
- 9º.- Las solicitudes de vacaciones licencias y permisos, eran remitidos a la **Mancomunidad de Uribe Kosta**.
- 10º.- Al igual que el resto del personal funcionario y laboral, la demandante recibía todos los años por Navidad una cesta de navidad.
- 11º.- La demandante se encontraba en la Comisión informativa de AGENDA 21 desde el inicio de sus prestación de servicios, junto con el personal funcionario o laboral de los Ayuntamientos que conforman las Mancomunidad.
- 12º.- Las técnicas de sostenibilidad elevaban solicitudes de consignación presupuestaria para determinados gastos.
- 13º.- Esporádicamente acudía algún responsable de la empresa Spora, si bien la gestión de los servicios era llevado por el Sr. Alvaro , quien dejó el cargo y nombrando responsable a Amparo , técnico al igual que la demandante de la empresa Spora Ingurumen Zerbitzuak.
- 14º.- La demandante era convocada a cursos y realizados los mismos eran abonados por la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta.



15.- El personal que presta servicios en la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta en sus condiciones laborales está regulada por el Acuerdo regulador de condiciones de trabajo del personal de las instituciones locales vascas (BOPV 2-12-08), se da por reproducido al obrar en la prueba documental.

16º.- Se ha efectuado reclamación previa y conciliación previa."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda formulada por D^{ÑA}. Julia frente a SPORA INGURUMEN ZERBITZUAK S.L. Y MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, debo declarar y declaro la existencia de una cesión ilegal del trabajador de demandante y en su consecuencia debo condenar y condeno a la demandadas a estar y pasar por esta declaración y a integrarse la demandante como fija de plantilla en la codemandada MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, con las consecuencias legales inherentes, esto es, antigüedad 28-5-09, categoría profesional técnico de medio ambiente y salario conforme a la categoría A nivel 21, esto es, 3.666,68 euros con p/p de pagas extras."

TERCERO.- Con posterioridad se dictó auto de aclaración se sentencia de 12 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva dice textualmente:

"Que había lugar a aclarar y aclaraba la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013 en el sentido que en el fundamento de derecho VI, párrafo último y fallo de la misma debe constar que el salario de 3.666,68 euros con p/p de pagas extras lo es mensual, manteniendo el resto de la resolución."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao que estima la demanda interpuesta por D^a Julia y declara la existencia de cesión ilegal de la trabajadora demandante y por tanto condena a las demandadas (la Mancomunidad indicada y la mercantil SPORA INGURUMEN ZERBITZUAK, SL) a estar y pasar por dicha declaración y a integrarse la trabajadora como fija de plantilla en la Mancomunidad condenada con la categoría profesional de técnico de medio ambiente.

La Mancomunidad acepta el pronunciamiento relativo a la declaración de existencia de cesión ilegal pero se opone a la integración de la trabajadora como fija de plantilla, entendiendo que tan sólo cabría como indefinida, dado el carácter de Administración Pública de la entidad. Basa su recurso en el motivo previsto en el artículo 193 c) de la LRJS .

SEGUNDO.- , El artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge como motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO- La Mancomunidad recurrente entiende que la sentencia infringe lo dispuesto en los artículos 14 , 23.2 y 103.3 de la Constitución , artículos 5 y 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y artículos 25 a 33 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca , en relación al artículo 43.4 del ET .

Para resolver la cuestión controvertida debemos acudir a la doctrina recogida en STS 14 diciembre 2009 (Rj. 2010/375).



"El acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde al empleo laboral estable, como muestra la regulación contenida en la actualidad en el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, a tenor del cual "todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico", sin que la remisión que el artículo 83 realiza a los convenios colectivos lleve a conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de esos principios en el ámbito del empleo público laboral, pero no a establecer formas de reclutamiento de personal que contraríen las exigencias constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, pues tanto el número 1 del artículo 55 como su número 2, sobre los principios de los procesos de selección, son aplicables a todo el empleo público, como por lo demás puede verse en la regulación de la selección del personal laboral en los artículos 28 a 33 del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado. El mismo criterio regía con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pues, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, «las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad». A estos principios se remite también el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, a tenor del cual la selección de todo el personal de las Corporaciones Locales "sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Y es que las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. La Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias, porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales.

Es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función de mérito y la capacidad.

En el caso que nos ocupa la irregular contratación de la actora determina que deba calificarse su vínculo como indefinido no fijo.

Por todo ello procede la estimación del recurso de suplicación.

CUARTO.- Según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.993 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina y sentencia de 21 de enero de 2.002 "la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 233.1 de la LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiere sido rechazada, no por tanto la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito el pronunciamiento impugnado".

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS URIBE KOSTA, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao el 26 de noviembre de 2013, en autos nº 521/2013 seguidos a instancia de D^a Julia y con revocación parcial de la sentencia de instancia declaramos que la integración de la trabajadora en la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta, SL debe ser en la condición de indefinida no fija, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0829/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0829/14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.