



Roj: **STSJ CL 4408/2014 - ECLI: ES:TSJCL:2014:4408**

Id Cendoj: **47186340012014101395**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2014**

Nº de Recurso: **1448/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01425/2014

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2013 0004217

N08150

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001448 /2014 S.E.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001026 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES

Abogado/a: MARIA CRUZ MARTINEZ ALONSO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Víctor , FOGASA FOGASA , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL , ADMINISTRACION CONCURSAL DE VOLCONSA (Raimundo , Teodosio Y Bibiana)

Abogado/a: , , , LUIS GARCIA OREA ALVAREZ ,

Procurador/a: , , , ,

Graduado/a Social: SANTIAGO GALVAN ESCUDERO, , , ,

Rec. **1448/2014**

Ilmos. Sres.

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

En Valladolid a dieciseis de Octubre de dos mil catorce.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1448 de 2.014, interpuesto por LA FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº DOS de VALLADOLID (Autos:1026/13) de fecha 7 de Abril de 2014, en demanda promovida por Víctor contra VOLCONSA CONSTRUCCION Y DESARROLLO DE SERVICIOS, S.A., ADMINISTRADOR CONCURSAL Raimundo , ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Teodosio , ADMINISTRADOR CONCURSAL Bibiana , LA FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES, EL MINISTERIO FISCAL Y EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Santiago Ezequiel Marqués Ferrero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de Agosto de 2013, se presentó en el Juzgado de lo Social de VALLADOLID Número DOS, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: " **PRIMERO.-** El demandante, D. Víctor , mayor de edad y cuyas demás circunstancias constan en el encabezamiento de su demanda, ha venido prestando servicios en los complejos deportivos Gregorio Fernández y Canterac con la categoría de Peón, desde el 17-2-2007, percibiendo un salario de 1.364,41 € mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

El actor inició la prestación de servicios mediante la suscripción de contrato de trabajo temporal con la empresa CENSENAL VALLADOLID S.L., en fecha 17.2.2007 convirtiéndose en indefinido en fecha 5.09.2008, siendo subrogado en todos los derechos y obligaciones por la empresa demandada, VOLCONSA, en fecha 1.07.2011, al haberle sido adjudicado el contrato de servicios.

SEGUNDO.- La FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID (FMD) adjudicó con fecha 20 de junio de 2011, por Decreto de su Presidencia Delegada nº 213/11 el contrato de "Servicio de Celaduría, taquillaje, Peonaje y Labores Complementarias en el Complejo Deportivo Municipal de Canterac y Polideportivo Gregorio Fernández" a la empresa VOLCONSA CONSTRUCCION Y DESARROLLO DE SERVICIOS SA , de conformidad con los pliegos de cláusulas Administrativas Particulares y de prescripciones Técnicas que fueron aprobadas por su Comité Ejecutivo en sesión de fecha 9 de marzo de 2011. La duración del contrato inicialmente estaba establecida en 24 meses, contemplándose la posibilidad de prórroga por acuerdo expreso entre las partes por un periodo de 2 años, finalizando su vigencia el 30.06.2013.

TERCERO.- Por el actor se llevaba a cabo su actividad de peón fundamentalmente en las instalaciones deportivas Gregorio Fernández y ocasionalmente y en verano en el C.D. Canterac. Las tareas a desarrollar por los trabajadores de la empresa VOLCONSA, entre ellos, el actor, en el complejo deportivo de Canterac y el Polideportivo Gregorio Fernández consistían en cuanto se refiere al servicio de peonaje y labores complementarias incluía la realización de: Trabajos manuales como limpieza de vestuarios, pasillos, duchas, servicios, botiquines y demás zonas de los diferentes edificios e instalaciones, de almacenes, cuidando de su orden y estado, de zonas exteriores, llevándose a cabo incluso durante la asistencia de usuarios; carga y descarga y traslado de material, montaje y desmontaje de diferentes elementos de las instalaciones, así como equipamientos deportivos, su limpieza y reparación; trabajos de mantenimiento como pintura, soldadura, cerrajería, carpintería, albañilería et...; responsabilizarse de la manipulación del sistema de iluminación y climatización, avisando puntualmente a la Sección de instalaciones o a la empresa de mantenimiento contratada para la reparación de averías; todos aquellos trabajos tendentes al mantenimiento preventivo ordinario; apoyo al personal de taquilla; trabajos de jardinería; informar a la Sección de instalaciones de todas las incidencias, reposiciones necesarias...

El actor, como sus compañeros subrogados por VOLCONSA, disponían de ropa de trabajo con el distintivo de la citada empresa, cambiándose en un vestuario distinto al que lo hacía el personal de la propia FMD, tenían distinto horario, algo más amplio el de los empleados de VOLCONSA, que prestaban sus servicios a turnos, también por la tarde, no así el personal de FMD, si bien todos ellos desarrollan las mismas tareas, en las mismas dependencias, utilizando el mismo material, productos y herramientas propiedad de la FMD, siendo dirigidos y recibiendo las órdenes directamente del capataz de la FMD o encargado de la misma, directamente o por instrucciones que les dejaban los trabajadores de la FMD del turno de mañana , sin que ningún encargado de VOLCONSA estuviese en las instalaciones ni acudiese a las mismas de forma habitual o periódica, sino en



alguna ocasión puntual. Los cuadrantes de vacaciones de los trabajadores contratados por VOLCONSA eran elaborados por ellos mismos, teniendo en cuenta las necesidades del servicio a prestar, e indicaciones dadas por el coordinador de la FMD, que conocían por Victorino , respecto al número preciso de operarios para cubrir el servicio, y considerando al propio personal de la FMD. El cuadrante de verano de las instalaciones de Canterac se hacía con inclusión de trabajadores de la FMD y de VOLCONSA.

Las nóminas del actor eran abonadas por VOLCONSA.

CUARTO.- Por parte de la FMD se dirigían circulares y comunicados a todo el personal de las instalaciones donde desarrollaba su actividad el actor, en relación a su funcionamiento, y las pautas a seguir.

Mediante correo electrónico se ha dirigido VOLCONSA a través del Sr. Anton y el Sr. Eliseo , a la FMD en relación a algún tema relativo al personal que prestaba servicios en las instalaciones de la FMD.

QUINTO.- La codemandada Volconsa en fecha 18.07.2012 remitió comunicado al Delegado de personal del centro en el que prestaba servicios el actor, con la intención de iniciar un periodo de consultas para proceder a la modificación del sistema de remuneración de la plantilla correspondiente al personal que prestaba servicios de celaduría, taquillaje, peonaje y labores complementarios en el Complejo Deportivo de Canterac y Polideportivo Gregorio Fernández, con base a las razones económicas que en el mismo se exponía, recogiendo concretamente respecto a los anteriores servicios que la facturación prevista anual según pliego del concurso ascendía a 168.353€ (14.029,41 al mes) con una previsión de costes directos de personal de 190.812 anuales, teniendo un margen bruto de explotación de -11,77%, señalando que solo en los primeros cinco meses del año la facturación había descendido a 71.387,83 teniendo unos gastos directos imputables a ese contrato de 78.529,32€ de los cuales 78.397,94 eran costes de personal de mano de obra directa (incluyendo la provisión de paga extra), destacando que los gastos de personal representaban el 99,83€ de los gastos totales de ese contrato ya que fundamentalmente la prestación del servicio radicaba en la mano de obra, no existiendo otras partidas presupuestarias en las que proceder al ajuste.

SEXTO.- La empresa VOLCONSA, en varias ocasiones, desde enero de 2013, manifestó a la FMD su voluntad de no acceder a la prórroga del contrato, remitiendo VOLCONSA a la FMD, en fecha 28.05.2013, la documentación referida a los trabajadores según lo dispuesto en el art. 19.1 y s.s. del Convenio Colectivo Provincial del Sector de "Piscinas e Instalaciones Acuáticas de la provincia de Valladolid", incluyendo relación de trabajadores, 4 últimas nóminas, TCs de los cuatro últimos meses, certificado de estar al corriente en Seguridad Social, copia de los contratos de trabajo , y por la FMD del Ayuntamiento de Valladolid se remitió burofax a VOLCONSA, en fecha 14.06.2013, comunicándole que el día 30.06.2013 vencía el contrato de celaduría, taquilla, peonaje y labores complementarias en el Complejo Deportivo de Canterac y el polideportivo Gregorio Fernández, y que por su parte se tramitaba una nueva licitación para la adjudicación del contrato referido por procedimiento negociado según lo recogido en el mismo, rogando que continuasen prestando el servicio en los términos actuales hasta la adjudicación del nuevo contrato, solicitando el envío de la acreditación documental del abono de los salarios de los trabajadores hasta esa fecha, y caso de no poder prestar el servicio solicitado se les notificase, por escrito, al objeto de proceder por la FMD a la prestación del mismo por otra vía .

SEPTIMO.- Con fecha 17.06.2013 FMD aprobó expediente para la contratación del servicio por procedimiento negociado y tramitación de urgencia, por un periodo de 6 meses del 1.07 al 31.12.2013, y tras la licitación, habiéndose presentado una única oferta a nombre de Avanza Externalización de Servicios S.A., desistiendo, incurriendo además ésta en baja temeraria según la FMD, fue declarado desierto por Decreto de 26.06.2013.

La FMD asumió directamente la prestación del servicio, llevándola a cabo con su propio personal de plantilla, manteniendo abiertas las instalaciones deportivas, con ajustes de horario, cambios de centro y calendario laboral de algunos trabajadores de la plantilla de FMD, conllevando un ahorro para la FMD de costes, habiendo procedido en octubre de 2013 a adoptar la decisión de cerrar algunos días la piscina de Canterac, siendo comunicada aquélla decisión de prestación directa directamente con sus propios medios a VOLCONSA .

OCTAVO.- Con fecha 3 de julio de 2013 la empresa codemandada VOLCONSA comunica al actor la finalización del servicio mediante escrito con el contenido siguiente:

"...Le informo que el pasado día 14 de Junio de 2013 la Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Valladolid, nos notificó que están tramitando una nueva licitación para la adjudicación del "Servicio de Celaduría, Portería, Taquilla, Peonaje y Laborales Complementarias en complejo Deportivo de Canterac y Polideportivo Gregorio Fernández", y que nos solicitan la continuidad de nuestro contrato hasta que no tuvieran nueva empresa adjudicataria.

Con fecha día 28 de Junio de 2013 (Viernes) la Fundación nos notifica que la prestación de nuestro servicio finaliza el día 30 de Junio de 2013.



Les informamos que con dicha fecha son ustedes baja en esta Empresa, entendiendo que son ustedes personal subrogable a la empresa que vaya a prestar dicho servicio según se estipula en el art. 19.1. del Convenio Colectivo de Piscinas e instalaciones Acuáticas de Valladolid, siendo la Fundación Municipal de Deporte la que les tendrá que indicar con que empresa se subrogan ustedes, ya que esta entidad entiende que la decisión de la Fundación esta en fraude de ley...".

Se dio de baja al trabajador por parte de VOLCONSA el 01.07.2013, haciendo figurar como causa: fin de subrogación.

NOVENO.- El día 1.07.2013 el actor junto a otros trabajadores, con contrato suscrito con VOLCONSA, acudieron a las instalaciones del C.D. Canterac, sin poder trabajar, entregando las llaves de las instalaciones y abandonando las dependencias, a requerimiento de los responsables de la FDM, con la intervención de la Policía Municipal que se personó en el lugar a petición de la anterior.

DECIMO.- La empresa VOLCONSA fue declarada en concurso, siendo sus administradores, D. Raimundo , D. Teodosio y Dña. Bibiana , habiéndose acordado, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, mediante Auto de fecha 7.06.2013 , abrir la fase de liquidación del concurso, disolver la entidad concursada, recayendo el nombramiento de liquidadores en los mismos administradores concursales.

UNDÉCIMO .- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores.

DECIMOSEGUNDO.- La empresa demandada VOLCONSA ocupaba a 9 trabajadores en relación al contrato de servicios suscrito con la FMD demandada, que están en la misma situación que el actor.

DECIMOTERCERO.- El actor formuló reclamación administrativa previa ante la FMD el 22.7.2013 que no ha sido contestada y presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a VOLCONSA, CONSTRUCCION Y DESARROLLO DE SERVICIOS S.A., su Administración concursal, D. Raimundo , D. Teodosio , Dña. Bibiana y FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, en reclamación de reconocimiento de derecho, despido y cantidad en fecha 17 de julio de 2013, habiéndose celebrado el acto de conciliación en fecha 5 de agosto de 2013 con el resultado de intentado sin efecto.

DECIMOCUARTO .- En el acto del juicio el actor desistió de la reclamación de cantidad, teniéndosele por desistido de la misma y subsanó la demanda en el sentido de que invocaba la cesión ilegal a efectos de responsabilidad del despido .Las codemandadas anticiparon la opción por indemnización pare el caso de que se estimara la demanda y el trabajador demandante por si se estimara que concurre cesión ilegal optó por la FMD

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandada, La Fundación Municipal de Deportes de Valladolid, fue impugnado por la parte demandante y por la demandada, Administración Concursal de Volconsa (Raimundo , Teodosio y Bibiana). Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid se dictó sentencia con fecha con fecha 7 de abril de 2014 , Autos nº 1026/2013, sobre reclamación por despido - cesión ilegal- . Formulada por D. Víctor frente a la mercantil Volconsa, Construcción y Desarrollo de Servicios SA , Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Valladolid , Administradores Concursales- D. Raimundo , D. Teodosio y Bibiana . Frente a la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada del Ayuntamiento de Valladolid- Fundación Municipal de Deportes, en base a los apartados b) y c) del art 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO Con amparo procesal en la letra b) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se solicita por la parte recurrente varias revisiones de hecho probados que pasamos a contestar.

No sin antes señalar que con carácter general la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.



3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

A/ Se solicita en primer lugar la sustitución del segundo párrafo del ordinal tercero, proponiendo la siguiente redacción: " No tenía el mismo horario ya que los trabajadores de Volconsa trabajaban tardes y fines de semana y solo de manera puntual un trabajador de los nueve contratados realizaba sus labores en horario de mañana". Fundamenta tal revisión en el Folio 221.

El motivo de revisión debe de ser desestimado, pues el documento en base en el cual se solicita la revisión, ya ha sido valorado por la Magistrada de instancia. No siendo aceptable destruir la percepción que de él hizo la juzgadora, por un juicio subjetivo y personal de parte interesada (STS 5 de junio de 1995). Pero es que además el soporte documental que sirve de base al motivo de revisión pretendido, debe de contener, inexcusablemente ,una literosuficiencia probatoria , de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo , lo que no ocurre en el presente supuesto, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjetural, razonamientos añadidos , deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95). Lo que en resumen pretende la parte recurrente es que por la Sala se efectúe una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, que no es posible dada la naturaleza jurídica extraordinaria del recurso de Suplicación .En definitiva el documento antes referido y en base al cual la recurrente fundamenta la revisión solicitada no evidencian el error del juzgador siendo insuficientes para justificar la revisión cuando han sido contradichos por otras pruebas obrantes en autos y en base a las cuales se declaro el hecho probado que se pretende modificar así Sentencia de esta misma Sala de 22-10-1992, del TSJ de Murcia de 24-11-1988 y del País Vasco de 14-11-2000, que es también ocurre en el presente supuesto , como hemos señalado con anterioridad.

B/ Como segundo motivo del recurso, se solicita sustituir del segundo párrafo del ordinal tercero el siguiente párrafo " siendo dirigidos y recibiendo las ordenes directamente del capataz de la FMD o encargado de la misma" . Por el siguiente " realizado tareas rutinarias, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas". Fundamenta tal revisión en los doc 220 y 285-287. Tal motivo de revisión debe de ser desestimada en base a lo antes ya expuesto . Y es que la parte recurrente lo que pretende es que por esta Sala se vuelva a efectuar una nueva valoración de la prueba sin que quede acreditado que por la Magistrada de instancia hubiera efectuado la misma con manifiesto error. Y su consecuente desatención a las reglas de la sana crítica en el ejercicio de la facultad valorativa de la prueba, que en exclusiva tiene atribuida (ex artículo 97-2 LRJS)y es que es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras la STS 17 de Diciembre de 1990) la de que es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC .

En su consecuencia, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales.

C/ En tercer lugar se solicita la sustitución del segundo párrafo del ordinal tercero en el que señala " Los cuadrantes de vacaciones de los trabajadores contratados por Volconsa, eran elaborados por ellos mismos, teniendo en cuenta las necesidades del servicio a prestar, e indicaciones dadas por el capataz de FMD, respecto al número preciso de operarios para cubrir el servicio, y considerando al propio personal de la FMD". Por la siguiente redacción ". Los cuadrantes de vacaciones se elaboraban por Volconsa".



Fundamental tal revisión en el Doc, 285 -287 Informe de Jefe de Instalaciones de la FMD.

El motivo del recurso debe de ser desestimado , en primer lugar porque del mismo no se desprende la redacción que se solicita y porque el documento en el cual se fundamenta la parte recurrente ya fue valorado por la Magistrada de instancia , efectuando una valoración conjunta de la prueba teniendo particularmente en cuenta la prueba testifical practica . Sin que sea posible, como antes se ha señalado , la valoración que de la prueba hiciera la Magistrada de instancia por otra interesada de parte

TERCERO Con amparo procesal en la letra c) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido el art 24.1 de la C.E .al haberle producido indefensión la valoración de la prueba practicada y vulneración del art 24.2 de la C.E . , cuando reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes, asi como el art 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 97 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Por lo que respecta a la valoración de la prueba es reiterada la jurisprudencia que viene a señalar que es al Juez "a quo" a quien compete en exclusiva la valoración de la prueba , *art. 97.2 de la LRJS* tal y como ya hemos señalado al contestar los anteriores motivos del recurso . Siendo este, quien puede elegir, entre las efectuadas, las que considere más atinadas objetivamente o de superior valor científico y tal operación ha de ser inamovible en este momento, salvo error evidenciado mediante pruebas documental o pericial. Y ello no supone aceptar una absoluta soberanía en la apreciación probatoria, ni la libertad de seguir sus impresiones o conjeturas, pues el *artículo 24 .2 de la Constitución* exige en este punto (*S. del T.C. n° 44/89, de 28 de febrero*) una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional (*S. de la Sala de 12.12.98*). Y es que conviene recordar que el Juzgador a quo ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicada en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (*STS 18/11/1999 / [RJ 1999\8742]*)

No se puede entender que se hubiera violado el derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerándose con ello el art 24 de la CE , citado por la parte recurrente, por el hecho que por la Magistrada de instancia se hiciera una valoración de la prueba y se declaran probados hechos distintos a los pretendidos por la parte recurrente. Y así se valorase la prueba testifical practicada de forma distinta a la pretendida por la recurrente, que es facultado de la juzgadora de instancia; en cuanto a la valoración de la prueba documental , nos remitimos a lo ya expuesto al contestar el anterior motivo del recurso para evitar repeticiones innecesarias . Tampoco consta que a la recurrente se le hubiera denegado prueba alguna y esta denegación le hubiera causado indefensión, sin que conste protesta alguna a efectos de su posible alegación en el recurso de Suplicación.

Por todo lo cual, este motivo del recurso, tal y como se plantea debe de ser desestimado.

CUARTO Con igual amparo procesal se alga por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido lo dispuesto en el art 43 del Estatuto de los Trabajadores pues no existe una cesión ilegal, tal y como se declara en la sentencia recurrida. Y ello, argumenta la recurrente, porque la Administración puede lícitamente acudir a la descentralización de servicios , recurriendo a la contratación externa , que es lo que habría realizado el Ayuntamiento de Valladolid- Fundación Municipal de Deportes (FMD) . Quien adjudicó con fecha 20 de junio de 2011 el contrato de " Servicio de Celaduría, Taquillaje, Peonaje y Labores Complementarias en el Complejo Deportivo Municipal de Canterac y Polideportivo Gregorio Fenández" a la empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios. Empresa, sigue argumentando la parte recurrente, que tiene una existencia real y para la que prestaba sus servicios como Peón el actor. Y por el Hecho, que el demandante prestara sus servicios en los locales de la Fundación Municipal de Deporte, utilizando los materiales de la Fundación no por ello se podría entender que existe una cesión ilegal. Cuando además, se estarían prestando , conforme se pactaron en el pliego de condiciones del contrato en su día suscrito por el Ayuntamiento de Valladolid- Fundación Municipal de Deportes, y la mercantil Volconsa utilizando además su propia indumentaria y vestuario.

Por la Magistrada de instancia se argumenta en la sentencia recurrida que pese a que la empresa codemandada, Volconsa, sea una empresa real y pueda tener un objeto definido, de la prueba practicada permitiría concluir, que se ha producido una cesión ilegal. Pues el actor, que ha prestado sus servicios como Peón continuamente en los complejos deportivos y el C.D.de Canterac de la FMD, los ha llevado a cabo al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que formalmente aparece como empleadora, Volconsa, que no ha puesto en juego ni su organización productiva ni su gestión empresarial, pues se ha limitado a dar de alta al trabajador en seguridad social y abonar los salarios.

Debemos comenzar señalando que esta Sala ya ha resuelto en Rec nº 1021/2014, cuestión idéntica a la aquí planteada, si bien referida a otro trabajador. Así en la citada sentencia expresamente se señalaba "Es cierto



tal y como se argumenta por la recurrente y también en la sentencia recurrida, que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva tampoco a la Administración. Pero ello no quiere decir, en contra de lo alegado por la recurrente, que la cesión ilegal solo pueda existir cuando la empresa que contrata al trabajador sea una empresa ficticia (STS. de 8 de Marzo de 2011). Sino que también puede existir una cesión ilegal aunque tal empresa, en este caso la codemandada Volconsa sea una empresa real, lo que tampoco se ha discutido. Y así en la referida sentencia de la Sala de lo Social del TS , también citada en la sentencia recurrida, expresamente se señala " Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del art 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra) , no pone realmente en juego su organización entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios, que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del art 42 del ET .

También y en contra de lo esgrimido por la recurrente la cesión ilegal no solo es posible en el supuesto que resulten implicadas empresas privadas , sino que también puede afectar a las Administraciones públicas ; así y por todas SSTs 17 de Septiembre de 2002 , 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009 .

Es cierto tal y como señala la STS de fecha 19 de junio de 2012 (rec 2200/2011) y las que en ella cita que "en ocasiones no es fácil diferenciar la contrata de la cesión , dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario. Y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita". Y sigue argumentándose en la mencionada sentencia " que para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositivo en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir , lo que sucede es que quien se apropie efectivamente de los frutos del trabajo , dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario , porque su lugar esta ocupado por un titular ficticio."

Pues bien en este caso, y de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y aquellos otros que con igual valor se declaran en los Fundamentos de Derecho. Se puede llegar a la conclusión que el actor, que llevaba a cabo su actividad de peón en el C.D. Canterac, la realizaba al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa Volconsa. Que si bien aparece formalmente como empleadora y le venia retribuyendo, no ha puesto en juego ni su organización productiva ni su gestión empresarial, como se señala en la STS antes citada. Y ello no tanto y no solo, porque la prestación de servicios se realizara en un centro de trabajo de la hoy recurrente y utilizado los medios de esta (hecho probado tercero) sino porque y sobre todo quien dirigía y organizaba los trabajos a realizar era el personal de la FMD, concretamente su Capataz sin que ningún encargado de Volconsa interviniera. Tal es así que transcurrían largos periodos sin que encargado alguno de Volconsa se personase en el centro donde el actor prestaba sus servicios y no se ha acreditado que el actor, incluso ocasionalmente recibiera ordenes de algún encargado o personal de Volconsa o que por estos se le controlara el trabajo realizado.

El hecho que en el pliego de condiciones de la contrata celebrada en su día, figuren los trabajos que se tengan que realizar, y que son objeto de la contrata, no supone que por la simple realización de los mismos se este desempeñando el trabajo dentro de la organización y dirección de la contratista. Si no que lo que es determinante es como efectivamente se desarrollaban tales cometidos. Y el actor venia prestando sus servicios con el resto de trabajadores de la FMD, como un trabajador más y bajo las ordenes de personal de esta y con los medios, material y productos que esta ponía a su disposición. Además se coordinaba con el resto de personal de la FMD y con el resto de trabajadores de Volconsa a fin de mantener suficiente personal para mantener el servicio- confección de cuadrantes- . Y también en la confección del cuadro de vacaciones, que los trabajadores de Volconsa realizaba, se coordinaban con el resto de personal de la FMD, a fin de mantener suficiente personal para el mantenimiento del servicio.

Llegamos por lo tanto a la conclusión, al igual que ya lo hiciera la Magistrada de instancia, que el actor estaba prestando sus servicios no dentro de la organización y dirección de la mercantil Volconsa, que formalmente le había contratado, sino de la Fundación Municipal de Deporte -Ayuntamiento de Valladolid-, lo que supone una cesión ilegal . Criterio este que entendemos es el seguido por la Sala de lo Social del TS en sentencia de fecha 6-3-2013 Rec 616/ 2013 , que llega a la conclusión de que se dan los elementos necesarios para apreciar cesión ilegal de trabajadores, puesto que la empleadora que en todo momento tuvo bajo dirección y control de la actividad a la trabajadora fue la propia Xunta y no la empresa que formalmente contrató a la trabajadora, que efectuó una cesión de trabajadores pese a tratarse de una empresa real y con actividad propia. La Xunta dirigía la actividad de la trabajadora, que desarrollaba el trabajo junto con empleados de la Xunta, siendo todos los medios puestos a disposición para la realización del trabajo de la Xunta y efectuando



únicamente la TRAGSEGA autorización de los períodos de vacaciones y poniendo a disposición los medios de prevención de riesgos laborales.

Todo ello nos lleva a concluir , manteniendo el criterio de la Magistrada de instancia, que se ha producido una cesión ilegal por lo que procede desestimar también este motivo del recurso" .

En el presente supuesto las circunstancias en la cuales prestaba servicios el hoy recurrente eran las mismas que las del trabajador al cual se refiere la sentencia transcrita con la única diferencia que el trabajador D. Víctor también prestaba sus servicios en el CD Gregorio Fernandez. Es por ello que partiendo del criterio ya fijado por esta Sala en el recurso antes citado procede la desestimación de este motivo del recurso.

QUINTO Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia es incongruente, alegado como infringidos los artículos 97 de la LRJS en relación con el art 218 de la LEC , ello porque la Magistrada de instancia no se habría pronunciado sobre una posible sucesión de empresas.

Entendemos que a pesar que el motivo del recurso este indebidamente formulado, pues el mismo debería haberse efectuado con amparo en la letra a) del art 193 de la LRJS , en aras a una tutela judicial efectiva nos pronunciaremos sobre el mismo. Y procede su desestimación pues habiendo apreciado por la Magistrada la existencia de una cesión ilegal excluye la posibilidad de una sucesión de empresa pues aquella supone una interposición fraudulenta en la contratación. Es que además se ha ejercitado la acción de despido y en la sentencia se reconoce la improcedencia del mismo, entendiéndose con ello que el cese del actor acordado por la codemandada Volconsa con fecha 1-7-2013, que es objeto de impugnación, es declarado despido improcedente , ello quiere decir evidentemente que no se ha producido una sucesión empresarial . Y en el Fundamento de Derecho Tercero en el último párrafo también hace un pronunciamiento sobre la subrogación. En consecuencia no se habría producido en la sentencia recurrida una incongruencia omisiva como se denuncia por la recurrente.

Procediendo por lo tanto la desestimación del recurso, al no haberse infringido en la sentencia recurrida las normas citadas como indebidamente aplicadas, y en consecuencia confirmar la sentencia recurrida.

SEXTO De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS , procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de las partes contrarias que impugnaron, las cuales se fijan a estos efectos en 400 euros a cada uno de los impugnantes

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por LA FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de Valladolid, de fecha 7 de Abril de 2014 , (autos 1026/13), dictada a virtud de demanda promovida por D. Víctor , contra LA FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES, EL MINISTERIO FISCAL, LA ADMINISTRACION CONCURSAL DE VOLCONSA (Raimundo , Teodosio Y Bibiana) la empresa VOLCONSA CONSTRUCCION Y DESARROLLO DE SERVICIOS, S.A., sobre DESPIDO. Y, en consecuencia debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia.

Se decreta la condena en costas de la recurrente, fijándose los honorarios para cada uno de los letrados/ graduados sociales impugnantes en 400 euros.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 4636 0000 66 1448 14 abierta a nombre de la sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.



Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ