



Roj: **STS 658/2011 - ECLI:ES:TS:2011:658**

Id Cendoj: **28079140012011100074**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2011**

Nº de Recurso: **2077/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 5679/2009,**
STS 658/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de el AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 5/2009 , interpuesto frente a la sentencia de 26 de septiembre de 2.008 dictada en autos 682/2006 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria seguidos a instancia de D. Aurelio contra el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Perfaler Canarias, S.L. sobre derechos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2.008, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando la demanda interpuesta por D. Aurelio frente a EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA Y PERFALER CANARIAS, S.L. debo declarar y declaro la existencia de cesión ilegal en la relación laboral mantenida por el actor con las codemandadas y el derecho de aquél a optar entre mantenerse como indefinido en la Empresa Perfaler Canarias, S.L. o adquirir la condición de personal laboral de naturaleza indefinida en el Ayuntamiento demandado, Concejalía de Deportes, con los mismos derechos y obligaciones que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en dicha Concejalía en el mismo o equivalente puesto de trabajo, condenado a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y al cumplimiento de la opción ejercitada por el actor>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** La parte actora con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios con antigüedad de 01.06.1999, sin solución de continuidad, con la categoría de oficial varios y percibiendo un salario diario de 47,31 euros brutos prorrateados.- **2º.-** La parte actora ha venido prestando servicios para las demandadas a través un contrato por obra y servicio determinado, cuyo objeto era el de: "la adjudicación del servicio dado por el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana según el pliego de condiciones económico administrativas aprobado por el mencionado Ayuntamiento en sesión celebrada el 24.05.1996".- **3º.-** Por Sesión Plenaria Extraordinaria de la Corporación demandada de fecha de 26.04 2003 se acordó la adjudicación del "Concurso Abierto en orden a la contratación centralizada de diversos servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración Municipal integrados en distintas áreas de gestión" a la codemandada Perfaler.- **4º.-** El actor ha venido desarrollando sus funciones de oficial de mantenimiento en la sede de la Corporación demandada, en la Concejalía de Deportes. El personal



del Ayuntamiento, concretamente D. Joaquín , técnico de animación deportiva adscrito a mantenimiento de la citada Concejalía, le daba las órdenes directas al actor, capataz de cuadrilla, y al resto de oficiales. El actor realiza el mismo horario que los empleados de la administración, y en el desarrollo de su trabajo utiliza todos los medios materiales del Ayuntamiento: vehículos, maquinaria, herramientas, materiales....- Las vacaciones las coordinan y cuadran con el Ayuntamiento, y le es comunicado a Perfaler el inicio del disfrute de las mismas (bloque 3 de la actora).- Los permisos o licencias son solicitados al Ayuntamiento, y si la parte actora no acude al trabajo por motivo de enfermedad a quien avisa es a éste y no a Perfaler igualmente le entrega sus partes de baja médica.- 5º.- De la cuadrilla en la que trabaja el actor, formada por seis o siete personas, sólo uno es personal del Ayuntamiento demandado.- 6º.- Fue agotada la vía previa>>.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior sentencia, con fecha 15 de diciembre de 2009, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Canarias en Las Palmas de Gran Canaria , dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento De San Bartolomé De Tirajana, contra la sentencia de fecha 26 de Septiembre de 2008 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia demanda 682/06 que confirmamos>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 19 de mayo de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de mayo de 2.001 y la infracción de lo establecido en los arts. 42 y 43 ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2.010, se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida pasó lo actuado al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 19 de enero de 2.011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si existió cesión ilegal de trabajadores desde la empresa "Perfaler Canarias, S.L." al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en la actividad que llevó a cabo el demandante durante su contratación.

Tal y como se describe en los hechos probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, el demandante prestó servicios para la empresa Perfaler Canarias S.L. en virtud de contrato firmado el 1 de junio de 1.999, para obra o servicio determinado, cuyo objeto era "la adjudicación del servicio dado por el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana según el pliego de condiciones económico administrativas aprobado por el mencionado Ayuntamiento en sesión celebrada el 24.05.1996".

El trabajador contratado y demandante prestó sus servicios llevando a cabo funciones de oficial de mantenimiento en la sede de la Corporación demandada, en la Concejalía de Deportes, recibiendo instrucciones del personal del Ayuntamiento y más concretamente de D. Joaquín , técnico de animación deportiva adscrito a mantenimiento de la citada Concejalía, de quien recibía las órdenes directas, y que se extendían también al capataz de cuadrilla, y al resto de oficiales. El actor realiza el mismo horario que los empleados de la administración, y en el desarrollo de su trabajo utiliza todos los medios materiales del Ayuntamiento: vehículos, maquinaria, herramientas, materiales, etc. Las vacaciones las coordinaban y cuadraban con el Ayuntamiento. Los permisos o licencias se solicitaban al Ayuntamiento, y si el trabajador no acudía al trabajo por motivo de enfermedad a quien avisa y entrega los partes de baja es a los responsables de la Corporación y no a la empresa contratante Perfaler. De la cuadrilla en la que trabaja el actor, formada por seis o siete personas, sólo uno era personal del Ayuntamiento demandado.

SEGUNDO.- Como entendiera el trabajador que esa situación ocultaba realmente una cesión ilegal de trabajadores susceptible de ser encuadrada en el ámbito del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , interpuso demanda para que se declarase la existencia de tal fenómeno interpositorio, lo que así fue acogido por la sentencia de instancia, declarando el derecho del actor a ser reconocido como trabajador indefinido del Ayuntamiento, o, a su elección, fijo en la empresa codemandada, opción para cuyo ejercicio se concedía un plazo de 5 días, entendiéndose que, de no hacerlo, optaba por integrarse en la Corporación demandada.

Recurrió en suplicación el Ayuntamiento demandado, y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 15 de diciembre de 2.009 (recurso 005/2009) desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, por entender, en esencia, que



el Convenio de contratación centralizada, suscrito por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana con la empresa Perfaler Canarias S.L. para la prestación de diversos servicios complementarios al funcionamiento de la Administración municipal, constituyó en realidad un cauce meramente formal del que se valieron los codemandados para otorgar una cobertura aparentemente legal a la práctica de cesión prohibida contemplada en el artículo 43 ET, puesto que la actividad de la empresa contratante se limitaba "... al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa principal", de forma que, sin poner en duda la licitud de las contrataciones como forma de descentralización productiva, reconocida en el artículo 42 ET, lo relevante es determinar si, como ocurría en este caso, se recurre a la contratación como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario.

Por eso, según el relato fáctico de la sentencia de instancia, se concluye en la sentencia ahora recurrida, que tal situación se derivaba de manera concluyente de la realidad de que la empresa "Perfaler Canarias S.L." no asumía riesgo alguno en la operación, no organizaba, ni controlaba la actividad de sus trabajadores (exclusivamente sometidos a las órdenes del personal del Ayuntamiento), no empleaba maquinaria o instrumentos propios, presentándose exclusivamente como empleador aparente en una relación que no estaba realmente sujeta a su dependencia.

TERCERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo interpone ahora el Ayuntamiento demandado, denunciando la infracción de los artículos 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores y proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 29 de mayo de 2.001.

Se trata en ésta de un contrato de servicios complementarios de apoyo suscrito entre la Tesorería General y una empresa privada; contrato en el que se especifica que el personal contratado por la adjudicataria no tendrá relación ni derecho alguno frente a la Tesorería, dependiendo exclusivamente de la empresa, sin que resultase responsable la mencionada entidad, que se reserva la facultad de dirigir la prestación de servicios, de interpretar lo convenido, de modificar la prestación, según las conveniencias del servicio y suspendiendo su ejecución, conforme a las normas de contratación de las administraciones públicas. Consta también que la actora desempeñó sus servicios en las dependencias de la Tesorería, realizando funciones de recogida de llamadas telefónicas, reparto de correspondencia, abría la puerta, daba números e información al público, indicaba los documentos a aportar. La sentencia de contraste estima el recurso de la Tesorería y revocando el fallo de instancia absuelve a este organismo. Esta decisión cita en su apoyo nuestra sentencia de 21 de marzo de 1997 y se funda en que la contratista no es una empresa ficticia, sino una empresa real que ha cumplido sus obligaciones en orden al abono de salarios y la Seguridad Social, con lo que no hay propósito fraudulento e interpositorio. Añade la sentencia de contraste que las tareas de la actora eran las que constituían el objeto de la contratación administrativa y que es lógico que si prestaba sus servicios para la Tesorería General de la Seguridad Social fuese ésta la que le diera las órdenes e instrucciones en su trabajo, teniendo además en cuenta que en el marco de la contratación administrativa la Administración tiene prerrogativas para cursar instrucciones en orden a la ejecución del contrato, aparte de las facultades de inspección y disciplinaria.

Tal y como ya ha dicho esta Sala en otros recursos de casación para la unificación de doctrina sustancialmente iguales al presente, interpuestos también por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en los que se proponía la misma sentencia de contraste, existe la contradicción que se alega, tal y como exige el artículo 217 de la LPL para la viabilidad procesal del recurso de casación para la unificación de doctrina.

No obstante, tal recurso, como propone el Ministerio Fiscal, debe desestimarse, porque la doctrina de la Sala ya se ha unificado en las sentencias de 17 de diciembre de 2010 (recursos 1673/2010, 1647/2010, 1655/2010, 1656/2010, 1814/2010, 1815/2010, 2093/2010, 2094/2010, 2114/2010, 2120/2010, 2412/2010), y 17 de enero de 2.011 (recurso 2082/2010), en las que se resuelven asuntos prácticamente iguales al presente.

Como se dice, sintetizando esa doctrina, en la última de las sentencias citadas, "... para que exista la cesión de trabajadores no es preciso que la empresa cedente sea una empresa aparente, pues, a estos efectos, basta que se produzca un fenómeno interpositorio, en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición. De esta forma, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio que no pone en juego su organización empresarial. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente



fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores".

"En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por la actora se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de asumir formalmente las obligaciones empresariales. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, bajo las instrucciones del personal de aquél y utilizando sus medios. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito".

"Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 del Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 de la Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra".

Aplicando esa doctrina al caso de autos hemos de concluir también que en este supuesto se ajustó plenamente a derecho la sentencia recurrida cuando interpretó los preceptos que en el recurso se dicen infringidos, los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores , de manera totalmente recta y ajustada a derecho, por las razones apuntadas que se derivan del propio peso de los hechos probados a que se refiere el primero de los fundamentos de esta resolución, de los que se desprende con absoluta claridad la existencia del fenómeno interpositorio que motivó la decisión judicial ahora recurrida, ante una mera apariencia formal de prestación de servicios por cuenta ajena para la empresa Perfaler Canarias, S.L., cuando realmente la actividad se llevaba a cabo, mediante cesión, dentro del ámbito organizativo completo del Ayuntamiento demandado.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido el trabajador recurrido.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 5/2009 , interpuesto frente a la sentencia de 26 de septiembre de 2.008 dictada en autos 682/2006 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria seguidos a instancia de D. Aurelio contra el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Perfaler Canarias, S.L. sobre derechos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.