



Roj: **STSJ ICAN 2355/2019 - ECLI:ES:Tsjican:2019:2355**

Id Cendoj: **38038340012019100859**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **02/09/2019**

Nº de Recurso: **279/2019**

Nº de Resolución: **872/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Santa Cruz de Tenerife, núm. 5, 21-12-2018 ,  
STSJ ICAN 2355/2019**

?

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: [socialtsjtf@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsjtf@justiciaencanarias.org)

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000279/2019

NIG: 3803844420180002898

Materia: Reclamación de Cantidad

Resolución: Sentencia 000872/2019

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000336/2018-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Virginia ; Abogado: JOSE IGNACIO CESTAU BENITO

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE PUERTO DE LA CRUZ; Abogado: LETRADO DE CABILDO INSULAR DE TENERIFE  
LETRADO DE CABILDO INSULAR DE TENERIFE

Recurrido: PARQUE MARÍTIMO S.A. UNIPERSONAL; Abogado: FRANCISCO JAVIER ALONSO PEREZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 2 de septiembre de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000279/2019, interpuesto por D./Dña. Virginia , frente a Sentencia 000486/2018 del Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000336/2018- 00 en reclamación de Reclamación de Cantidad siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Virginia , en reclamación de Reclamación de Cantidad siendo demandado/a D./Dña. AYUNTAMIENTO DE PUERTO DE LA CRUZ y PARQUE MARÍTIMO S.A. UNIPERSONAL y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 21/12/2018, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- Dña. Virginia , mayor de edad, con DNI NUM000 suscribió con PARQUE MARÍTIMO S.A., en fecha 2 de octubre de 2000, un contrato de trabajo de duración determinada, convertido con posterioridad en indefinido, con la categoría profesional de coordinadora de servicio, a jornada completa y percibiendo un salario bruto mensual prorrateado de 2464,58 euros (SB 1152,22 euros, PPE 422,48 euros, CP 115,22 euros y Dif Salarial 774,66 euros), conforme al convenio colectivo de Oficinas y Despachos. (documentos 1 a 13 de la parte actora)

SEGUNDO.- En fecha 25 de julio de 2011, El Ayuntamiento de Puerto de la Cruz y PAMARSA suscribieron un convenio de colaboración para la encomienda de distintas actividades en el periodo 2011-2014, en concreto, la prestación de servicios de mantenimiento, conservación y mejora de las instalaciones y espacios públicos en el complejo municipal costa martiánez. (Documentos 140 a 143 de la parte actora)

TERCERO.- El Gerente del complejo turístico municipal solicitó al Ayuntamiento del Puerto de la Cruz la creación de una dirección de correo electrónico para la actora, con el siguiente usuario: DIRECCION000 . Los correos electrónicos obrantes en autos son enviados por la demandante bajo la dirección DIRECCION001 . (documentos 25 y 44 a 132 de la parte actora)

CUARTO.- Las vacaciones de la demandante son autorizadas por PAMARSA, a solicitud de la interesada. Constan en autos, tanto escritos firmados por la actora y dirigidos a PAMARSA, en los que la trabajadora solicita fechas concretas de vacaciones, como la autorización de las mismas, por escrito y por parte de PAMARSA, para los años 2015, 2016, 2017 y 2018. Tales documentos constan firmados por la trabajadora. (documentos 11 a 19 de PAMARSA)

QUINTO.- En los años 205 y 2017, la demandante se sometió a reconocimientos médicos de empresa, por parte de PREVIS SLU, quien tiene contratado tales servicios con PAMARSA para su personal, obteniendo la calificación de apta. (documentos 9 y 11 de PAMARSA)

SEXTO.- Constan en autos reclamaciones efectuadas por la trabajadora a PAMARSA, solicitando el abono de diferencias retributivas. (documentos 27 a 30 de PAMARSA)

SÉPTIMO.- La demandante justifica sus ausencias al puesto de trabajo para asistir a consultas médicas a PAMARSA. Durante el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 2016 y el 23 de marzo de 2016, la demandante estaba en situación de IT, entregando los correspondientes partes de baja a PAMARSA. (documentos 32 a 44 de Pamarsa)

OCTAVO.- En fecha 3 de mayo de 2018, PAMARSA entrega comunicación escrita a la demandante en la que le recuerda que no puede hacer uso de medios personales propios, limitándose a la utilización de los equipos informáticos propiedad de la empresa. (documento 45 de PAMARSA)

NOVENO.- La demandante hace uso del sistema de fichajes de PAMARSA, prestando servicios en horario de 07:30 a 15:00 horas. (documentos 47 a 76 de PAMARSA)

DÉCIMO.- Conforme a las tablas salariales del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, publicado en el BOP de 10 de septiembre de 1999, el SB para la categoría profesional de coordinador, en 2016 asciende a 1941,30 euros y en 2017 a 1960,71 euros brutos mensuales. (tablas salariales obrantes en los folios 144 a 165 de la parte demandante)

UNDÉCIMO.- La demandante organiza visitas por parte de Colegios del Puerto de la Cruz al Lago Martiánez, a fin de enseñar la obra de César Manrique. También organiza eventos en la sala Andrómeda. (folios 47 de la parte actora)



DUODÉCIMO.- El 2 de agosto de 2018, PARQUE MARÍTIMO S.A. Emite informe en el que se factura por importe de 102.728,12 euros los servicios prestados por PAMARSA en el Complejo Turístico Municipal "Costa Martiánez", durante el mes de Julio de 2018. Indica dicho informe que el importe se corresponde con la naturaleza y cantidad de los trabajos realizados. (folio 180 de la parte actora)

DÉCIMO TERCERO.- La entidad Parque Marítimo S.A. (PAMARSA) ha sido constituida con capital, exclusivamente, del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz. Su gobierno y administración está a cargo de los siguientes órganos:

el Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, que asume las funciones de Junta General

el Consejo de Administración

el Presidente

la Gerencia El cargo de Presidente lo ostenta el Alcalde del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz

(hecho probado duodécimo de la sentencia firme 348/2016 dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de los de Santa Cruz de Tenerife)

DÉCIMO CUARTO.- El 25 de abril de 2018, la parte actora presentó reclamación administrativa previa ante el Ayuntamiento demandado y, en fecha 4 de julio de 2018, papeleta ante el SEMAC, celebrándose el acto, con resultado sin avenencia el 29 de agosto de 2018.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda presentada por Dña. Virginia contra el AYUNTAMIENTO DEL PUERTO DE LA CRUZ y PARQUE MARÍTIMO S.A., absolviendo a los codemandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Virginia, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 18/7/2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la sentencia de instancia la actora, doña Virginia, solicitando, en primer lugar, la modificación de los hechos probados segundo, undécimo y décimo, en base al apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y en segundo lugar, la revocación de la sentencia y estimación de la demanda, al amparo de la letra c) del mismo precepto por entender infringidos los artículos 53.1 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 43 del Estatuto de los Trabajadores, 82 del Estatuto de los Trabajadores, 47 a 54 del convenio colectivo del personal laboral para el Ayuntamiento del Puerto de la Cruz publicado en el BOP el 10.09.1999. Solicita se dicte nueva sentencia por la que, se estime íntegramente la demanda en lo que se refiere a la cesión ilegal de trabajadores, y sus consecuencias; habiendo estar y pasar al demandado por todo ello, así como a abonarle la cantidad de 1.797,84 euros con un incremento del 10% de mora patronal por el período de abril de 2017 a marzo de 2018, así como a seguir abonándole la diferencia entre lo que percibe de Pamarsa y lo que es exigible por el Convenio del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz desde abril de 2018 hasta que se produzca su reincorporación en el Ayuntamiento del Puerto de la Cruz.

PARQUE MARÍTIMO SAU., y el AYUNTAMIENTO DEL PUERTO DE LA CRUZ., impugnaron el recurso solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).



3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero ), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable ( sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980 , 10 de octubre de 1991 , 10 de mayo , 16 de diciembre de 1993 , o 10 de marzo de 1994 ). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos ( artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador ( artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ), sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso ( sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Social , Sección: 1ª, 14/07/1995 Conflicto colectivo. ), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia ( sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo 5 de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone ( Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Solicita las siguientes revisiones fácticas:

1.- Hecho probado primero, para añadir los siguientes párrafos:

El antecedente noveno del convenio de colaboración citado con anterioridad contiene el siguiente texto: Corresponde a la Junta de Gobierno Local la competencia para la aprobación de cualquier clase de convenio de colaboración a suscribir entre este Ayuntamiento y las sociedades de ellas dependientes por habérsela delegado expresamente el Pleno de la Corporación en el acuerdo adoptado el 20 de junio de 2011.

Además, la cláusula sexta de dicho convenio tiene el siguiente tenor literal:

Sexta.- Extinción. El presente Convenio quedarán sin efecto por las siguientes causas:

a) Trascurso del plazo de vigencia del mismo.

b) Por incumplimiento de alguna de las partes de cualquiera de las obligaciones que resultan del presente Convenio.

Finalizado el plazo de vigencia de dicho convenio establecido en su cláusula tercera el 31 de diciembre de 2014, sólo consta documentación entre la empresa Pamarsa y el Ayuntamiento relativo a aquel convenio un decreto de propuesta de abono por servicios prestados de la concejal consejera delegado, de fecha 6 de septiembre de 2008, y dos decretos de disposición de gastos de fecha 0 de septiembre de 2017 en la que en ambos y en el segundo resultando de los mismos se establece que existía un reparto de intervención para dicho abono.

Señala como documentos para adicionar el hecho probado los folios 291 a 294, 415 a 420, 421 y 422.



Tal adición no puede ser admitida y ello porque se trata de introducir de forma sesgada párrafos del convenio, que desvirtúan la comprensión de la totalidad del mismo. Así se omite introducir la cláusula tercera que permite la prórroga por mutuo acuerdo de las partes, lo que pudiera ser relevante para analizar si debe entenderse prorrogado o no vigente como señala el recurrente.

El último párrafo que pretende introducir es una conclusión que no se desprende de los folios que cita sino que refiere de una valoración global de prueba, para poder acreditar que efectivamente no consta más documentación. Y asimismo nuevamente se da una visión sesgada por cuanto no se señala los motivos del reparo en orden a valorar si efectivamente tienen relación con la inexistencia de acuerdo de prórroga o con la pérdida de vigencia del convenio de colaboración.

Y finalmente asiste la razón a los impugnantes en que se pretende introducir en suplicación una cuestión que no consta en la demanda. Así en la misma nada se dice de la pérdida de vigencia del convenio de colaboración sino del desarrollo por la actora de funciones fuera de su objeto. Y a esos hechos son los que atiende la sentencia, que analiza si las funciones de la actora se encuadran dentro del convenio de colaboración, pero ninguna referencia contiene a una cuestión no invocada en la demanda, esto es, la pérdida o no de vigencia del convenio. De conformidad con la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, Rec 2570/15, 15 de febrero de 2017, Rec 75/16, Tribunal Supremo 27 de diciembre de 2016, Rec 3076/14, TS 7 de febrero de 2017, Rec 76/16 y TS 16 de febrero de 2017, Rec 1/16 " La alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario del recurso de suplicación ... de modo que todo motivo de recurso, que no coincida ... con lo alegado en demanda y debatido en el juicio (en el recurso de suplicación) constituye una cuestión nueva, cuyo análisis dejaría indefensa a la parte que se vio privada de la posibilidad de hacer alegaciones. Todo ello con fundamento en el principio de justicia rogada".

La revisión instada, en consecuencia, debe ser desestimada, por las razones expuestas.

#### 2.- modificación del hecho probado undécimo:

La actora desde el inicio de su relación laboral, se ha dedicado a realizar actividades tanto en el propio Ayuntamiento como en el Complejo Municipal Costa Martíáñez, las siguientes funciones entre otras:

- Organización, preparación y colaboración en el Festival Internacional de Cine Ecológico del Puerto de la Cruz.
- Inventario y actualización sobre la situación de la obra artística del Complejo en particular las referidas a las de César Manrique, así como sobre la vegetación originaria existente en el Complejo.
- Participar en el Programa SICTED (Sistema de la Calidad Turística en Destino), impulsado por el Consorcio para la Rehabilitación del Puerto de la Cruz, con la finalidad de obtener la certificación de calidad para el Complejo Costa Martíáñez, bajo las órdenes y en coordinación del Gerente Municipal Costa Martíáñez.
- Organizar visitas tanto de colegios como de distintos grupo en el Complejo Costa Martíáñez con la finalidad de enseñar la obra de César Manrique, así como el conjunto del Complejo.
- Organiza los eventos de cualquier naturaleza en la Sala Andrómeda dentro del Complejo Municipal Costa Martíáñez.

En todos los trabajos en los que presta servicios la actora, consignados en este hecho, recibía instrucciones, se coordinaba y colaboraba directamente con el Gerente Municipal o con la Concejala Delegada del Complejo."

Basa tal adición en los folios 238 a 280, 220 a 226, 191, 192, 227 a 234, y 174 al 189.

La revisión instada no puede ser estimada. En primer lugar, por que es evidente, por el número de folios que cita que se trata de una revisión global de prueba. En segundo lugar, porque da una visión sesgada de los hechos. Así, y como indica la sentencia en el fundamento de derecho segundo, es en el momento de interponer la demanda, abril de 2018, dónde debe apreciarse la existencia de la cesión ilegal, de tal manera que introducir funciones que puede haber realizado al inicio o durante la vigencia de su relación laboral, que comenzó en el 2000, pero que no seguía realizando a la fecha de la interposición de la demanda, es irrelevante para modificar el fallo. El actor introduce funciones sin fijar las fechas en las que se realizaron, con lo que pretende introducir una presunción que no se extrae de los documentos y es que las realizó durante toda su relación laboral y las seguía realizando a la fecha de la interposición de la demanda.

#### 3.- modificación del hecho probado décimo:

La atora percibió un salario mensual prorrateado de 2.464,58€; (S. Base 1.52,22+Diferencia salarial 774,66+ P.P. Extras 422,48+ Complemento Personal 115,22). Según el Convenio Colectivo del Ayuntamiento del Puerto de



la Cruz debería cobrar 2.614,40€; (S. BASE 1.960,80+ P.P. Extras 653,60); lo que supone una diferencia mensual de 149,82€;".

Se apoya tal revisión en los folios 295 a 316. .

La revisión no puede ser estimada. En los folios que se cita no consta las percepciones de la actora que se pretenden añadir. Y el salario base que obra es el que fija el hecho probado de la sentencia. Se pretende basar, además, en un publicación en BOP, con lo que no estamos ante un hecho probado sino ante cuestiones jurídicas.

CUARTO.- La sentencia de instancia desestima la existencia de una cesión ilegal entre PAMARSA, PARQUE MARÍTIMO SAU., y el AYUNTAMIENTO DEL PUERTO DE LA CRUZ.

Frente a la sentencia se alza la trabajadora que sostiene que tal cesión ilegal existe.

El primer motivo en que basa la trabajadora la existencia de cesión ilegal es en la carencia de vigencia del convenio entre el Ayuntamiento del Puerto de la Cruz y la empresa Pamarsa. Afirma que no es de aplicación a autos la sentencia dictada por esta Sala de 15 de enero de 2016, recurso 112/2015, por cuanto parte de la vigencia del convenio y no se analiza en la misma su pérdida de vigencia.

Ahora bien, como se analizó en la revisión fáctica, tampoco procede en este recurso entrar en el análisis de la vigencia de ese convenio por cuanto esta cuestión jurídica no fue oportunamente invocada en la demanda y no fue objeto de análisis en la sentencia, siendo que las partes demandadas no pudieron pronunciarse en juicio sobre la misma, y su invocación en sede de suplicación es causante de indefensión. En la demanda se parte de que las funciones que realiza la actora están fuera del convenio de colaboración, dando por sentado la existencia del mismo y sin cuestionar su nulidad o anulabilidad, o su pérdida de vigencia.

Introducir en sede de suplicación, quién era el órgano competente para la prórroga del convenio, y si la misma adolece de algún tipo de reproche jurídico, supone alterar sustancialmente los términos del debate de instancia y resolver sobre una cuestión jurídica sobre las que las partes demandadas, en concreto PAMARSA y el Ayuntamiento, pudieron proponer otras pruebas, acuerdos, decretos, etc, y pronunciar su parecer jurídico.

QUINTO.- El art. 43 del Estatuto de los Trabajadores establece: "1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

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

Ya esta Sala ha expresado el criterio que mantiene respecto a la cesión ilegal de trabajadores, en sentencia de 6 de junio de 2006 , que indica: "Respecto a esa institución, ya la Sala ya indicado, siguiendo la jurisprudencia (STS 17.1.91 o 25.10.99 ) en Sentencias de este Tribunal como la de 6 de abril de 1.999 o la más reciente de 23 de mayo de 2006 , que cuando la actividad de la empresa se limita a suministrar mano de obra o fuerza de trabajo para el desarrollo de un servicio se está en un supuesto de cesión ilegal, llegándose a tal conclusión de conformidad con los criterios sentados en la STS de 19.1.94 en cuya virtud existe cesión ilegal, aun cuando la empresa adjudicataria tuviese una actividad y organización propia, no siendo ficticia, si esta organización empresarial no se pone en juego, limitando su actividad al suministro de fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio concebido y puesto en practica por la empresa contratante. En este orden de cosas se ha señalado que pese a la existencia de convenios o encomiendas que crean un marco jurídico formal, existe cesión ilegal cuando en el desarrollo de los trabajos la empresa no pone en juego su organización salvo en el único aspecto de suscribir los contratos, pagar las nóminas, y la Seguridad Social.



En esta línea, la jurisprudencia ha proclamado que existe cesión ilegal de trabajadores cuando en la prestación de servicios no se pone en juego la organización y medios propios, limitándose la actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo para el desarrollo del servicio. Por el contrario, estamos ante una contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables y mantiene a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección. Y ha declarado que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo ( STS 11.7.86 , 17.7.93, 11.10.93 , 18.3.94 y 12.12.97 , entre otras), debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita ( STS 12.9.98 y 19.1.94 )."

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en sus sentencias de 19 y 31 de enero de 2018 y 6 y 28 de febrero de 2018 , entre otras.

La actora da los siguientes argumentos a favor de la existencia de una cesión ilegal.

En primer lugar, que sus funciones no están relacionadas con al encomienda relativa a reparación, mantenimiento y mejora del complejo.

Doña Virginia ostenta, según el hecho probado primero, la categoría profesional de coordinadora siendo su contrato con PARQUE MARÍTIMO SAU., quién realiza por encomienda las actividades de prestación de servicios de mantenimiento, conservación y mejoras en las instalaciones y espacios públicos en el complejo municipal Costa Martiánez.- hecho probado segundo.-

Sus funciones son la de organizar visitas por parte de Colegios del Puerto de la Cruz al Lago Martiánez, a fin de enseñar la obra de César Manrique y organizar eventos en la Sala Andrómeda. Costa que al margen de la encomienda Pamarsa factura por otros servicios al Ayuntamiento.

La actora pretende afirmar que sus funciones, en cuanto exceden de la encomienda, las presta para el Ayuntamiento y dentro de su organización. Al margen de las consideraciones administrativas y de contratación, cuestiones de naturaleza contencioso administrativa y no de naturaleza laboral, lo que determina la existencia o no de cesión ilegal, es la existencia de una empresa "interpuesta", para desarrollar una función propia, sin la existencia de una estructura empresarial propia y en detrimento de los derechos de los trabajadores. Qué exista desde un punto de vista administrativo, un contrato conforme a la Ley de Contratación en el sector público o no, es una cuestión ajena a esta jurisdicción y, por tanto, a la cesión ilegal que analizamos. Y ello porque se daría la paradoja que cada vez que una empresa contrate con una entidad local, una obra o servicio, por ejemplo, la inexistencia de contratación escrita o el incumplimiento de la normativa administrativa, convertiría a sus trabajadores en trabajadores de la entidad local, y ello no es así, porque lo relevante no es el soporte documental de la contratación sino la forma de desenvolverse la relación laboral entre doña Virginia y su empresa, empleadora, o en este caso, la entidad local. De tal manera que si pese a que desarrolla funciones ajenas a un contrato escrito, sus funciones las realiza bajo la dirección y organización de su empleadora, que a su vez es remunerada por el Ayuntamiento, estamos ante una empresa real que presta un servicio remunerado, sin que la actora deba considerarse integrante de la organización de personal de la entidad local.

Y este es el supuesto de autos, no consta en modo alguno que la actora reciba sus instrucciones y directrices, de alguien que no sea de su empleadora, por cuanto es ésta la que dirige y organiza su trabajo. Trabajo encomendado verbalmente por el Ayuntamiento, pero remunerado a PAMARSA, empresa real que ejerce sus facultades y obligaciones empresariales para con doña Virginia .

Se afirma en el recurso que la actora dependía del gerente del complejo municipal Lago Martiánez o de la Concejala Delegada y no de su empresa PAMARSA; ahora bien, no existe en los hechos probados ninguno que indique que la actora recibía órdenes o instrucciones del gerente del complejo o de la concejala.

Reconoce la recurrente que "la gestión del personal", vacaciones, permisos, bajas, control horario, reconocimientos médicos, etc, los realizaba PAMARSA, pero entiende que ello no es significativo cuando la organización y dirección de sus funciones las hacía el Ayuntamiento. Sin embargo, tal afirmación no encuentra amparo en ningún hecho probado, por cuanto no consta ninguna dirección de su trabajo por ningún trabajador del Ayuntamiento.

En segundo lugar, afirma que la existencia de una sociedad instrumental de la entidad local no impide la existencia de cesión ilegal, y efectivamente así lo ha afirmado esta Sala en sentencia de 11 de septiembre de 2018. Ahora bien, en tal supuesto concurrían las notas para estimar la existencia de cesión ilegal que no se prueban en autos. La entidad PAMARSA no se limita a facilitar personal al Ayuntamiento sino que realiza efectiva y personalmente las funciones encomendadas de mantenimiento, conservación y mejora del complejo Lago Martiánez, gestionando, organizando y dirigiendo las funciones y prestación de servicios por



sus trabajadores, y otras por las que factura sus servicios, si que pueda considerarse un empleador ficticio o formal.

El hecho probado octavo hace referencia al uso de medios personales propios y nada titularidad o propiedad del Ayuntamiento, con lo que ningún indicio de una actuación fraudulenta que quisiera remediar PAMARSA se puede extraer de él.

Entendiendo esta Sala que no concurre cesión ilegal en la actora, no procede entrar a resolver sobre su salario según convenio del personal laboral del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, por ser la consecuencia de la declaración de cesión ilegal que se desestima.

SEXTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto a las costas del presente recurso.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Virginia contra la Sentencia 000486/2018 de 21 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, la cual confirmamos íntegramente.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 €; previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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