



Roj: **STS 6337/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6337**

Id Cendoj: **28079140012008100757**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2008**

Nº de Recurso: **1281/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1893/2007,**
STS 6337/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Catalina y D^a Inés , representadas y defendidas por el Letrado Sr. Lujan de Frias, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 2.007, en el recurso de suplicación nº 5460/06, interpuesto frente a la sentencia dictada el 12 de junio de 2.006 por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid, en los autos nº 891/05, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES, S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, sobre cesión ilegal.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES, S.A., representado por la Procuradora Sra. Marínez Gordillo y defendido por Letrado, y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, representado y defendido por el Letrado Sr. Llamas Luengo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. AURELIO DESDENTADO BONETE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de febrero de 2.007 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid, en los autos nº 891/05 , seguidos a instancia de dichas recurrentes contra SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES, S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, sobre cesión ilegal. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Catalina y D^a Inés , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de los de Madrid, de fecha 12 de junio de 2.006, en virtud de demanda formulada por D^a Catalina y D^a Inés , contra SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, en reclamación de cesión ilegal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 12 de junio de 2.006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Las actrices D^a Catalina y D^a Inés vienen prestando servicios para la empresa SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES S.A. en virtud de diferentes contratos para obra o servicio determinado, desde el 3 de Enero del 2000, con la categoría profesional en nómina de Titulado no docente, y percibiendo una retribución, según la nómina de Marzo del 2005 de 1070,03 euros con prorrateo de pagas extraordinarias. ---2º.- El Ayuntamiento de Alcalá de Henares elaboró un Proyecto de Educación Socio-Familiar en el año 2000, cuyo objetivo es la intervención en el campo de la prevención primaria y



secundaria, desarrollando programas y actividades dirigidas a las familias, con el fin de procurar la adaptación al entorno social de la población que más lo necesita. Dicho Proyecto es uno de los que dependen de las subvenciones que se otorgan por la Comunidad de Madrid y de los Convenios que con ella se formen. —3º.- Para el desarrollo de dicho Proyecto el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, ha venido sacando a concurso el Contrato de Gestión de Servicios del mismo aportando el pliego de condiciones técnicas que debían regir dicho concurso (doc. num. 1 del ramo de prueba del Ayuntamiento de Alcalá de Henares) que se da por reproducido a estos solos efectos. Habiendo sido adjudicado el servicio, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, a la empresa Servicios Profesionales Sociales. Suscribiéndose contratos administrativos entre la empresa adjudicataria y el Ayuntamiento siendo el contrato del año 2000/2001, de un año y los otros dos contratos del 2001/2003 y del año 2004/2006, de dos años de duración. —4º.- Según se establece en la cláusula Primera del contrato la empresa adjudicataria se comprometía ejercitar los trabajos objeto del contrato de acuerdo con el Pliego de Condiciones económico-administrativas y técnicas. Pactándose un precio por año (cláusula segunda). Respondiendo la adjudicataria del cumplimiento del contrato, mediante una fianza constituida a favor del Ayuntamiento (cláusula 4ª). —5º.- En la cláusula 3ª del pliego de condiciones técnicas del Concurso se establecía por requisito para contratos que las Entidades licitadoras además de tener la capacidad legal necesaria y no estar incurso en prohibiciones e incompatibilidades deben acreditar su solvencia económica financiera técnica o profesional (Ley 13/1995 de 18 de Mayo de contratación de las Administraciones Públicas). Justificándose la solvencia económica mediante presentación de balances o extractos de -balances. Debiendo encontrarse los mismos al corriente del cumplimiento de Obligaciones Fiscales y de Seguridad Social. Debiendo contar con medios materiales necesarios para la realización y desarrollo de las actividades y escribir un seguro de daños en los usuarios o en sus bienes, así como daños a terceros, a las profesiones y en general de cualquier persona dependiente del Servicio; así como el personal, en número y cualificación profesional, que se detalla en el Anexo I. Asumiendo las adjudicatarias los costes derivados de la relación de dependencia con dicho personal. —6º.- El Servicio contratado se desarrolla en los locales de titularidad Municipal, concretamente en el Centro Municipal del Chorrillo y en las Familias. Siendo el mobiliario parte de la empresa y parte del Ayuntamiento y los ordenadores son de la empresa. Debiendo las actoras solicitar los permisos y vacaciones a dicha empresa, que es quien las concede, además les abona las retribuciones e imparte instrucciones. Existiendo una Coordinadora, socia Administradora de la empresa, que lleva el Proyecto junto con el Coordinador designado por el Ayuntamiento, en este caso una Asistente Social, Encarna . —7º.- La empresa SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES S.A., que tiene actividad económica propia, posee un gran volumen de negocio, del que el contrato objeto de este procedimiento, supone sólo el 5%. Teniendo 180 ó 200 trabajadores; además de tener solvencia técnica, con personal propio y medios materiales para el desarrollo del servicio. Anticipando cantidades importantes para pagar los gastos del Proyecto que luego el Ayuntamiento le abona. —8º.- Al menos, una de las actoras, Dª Inés se ha presentado a las plazas que, por concurso público, convoca el Ayuntamiento demandado, optando a las de trabajadores sociales, no habiendo aprobado las oposiciones."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando como desestimo la demanda promovida por Dª Catalina y Dª Inés contra SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALÁ DE HENARES, sobre reclamación de derechos por cesión ilegal, debo absolver y absuelvo a estas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la misma."

TERCERO.- El Letrado Sr. Lujan de Frias, en representación de Dª Catalina y Dª Inés , mediante escrito de 25 de abril de 2.007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de marzo de 2.003.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 8 de mayo de 2.007 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Por providencia de 4 de octubre de 2.007, la Sala apreció la existencia de inadmisión del recurso por no ser idónea la sentencia aportada de contraste, al haber quedado su contenido sustituido por un acuerdo transaccional entre las partes, acuerdo que fue homologado por esta Sala mediante auto de 12/9/03 , dándole traslado a la parte recurrente Dª Inés Y Dª Catalina para que en un plazo de tres días alegue lo que a su derecho convenga. La parte recurrente en escrito de fecha 23 de octubre de 2.007, presentó escrito dando por hechas las alegaciones requeridas por la Sala. Por diligencia de 16 de noviembre de 2.007 , se dio traslado al Ministerio Fiscal, y por providencia de 19 de diciembre de 2007 se admitió a trámite el presente recurso.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita en el presente recurso se refiere a la existencia o no de un supuesto de cesión de trabajadores en relación con el proyecto de educación socio-familiar desarrollado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, para lo cual esta entidad suscribió contratos de gestión de servicios con la empresa Servicios Profesionales Sociales en los periodos 2000-2001, 2001-2003 y 2004-2006. El proyecto consiste en la intervención en el campo de la prevención primaria y secundaria con el desarrollo de programas y actividades dirigidos a las familias para favorecer su adaptación al entorno social. La empresa contrató a las actoras en la modalidad de obra o servicio determinado como tituladas no docentes. Consta en los hechos probados que el servicio contratado se desarrollaba en los locales "de titularidad municipal, concretamente en el Centro Municipal del Chorrillo y en las Familias, siendo el mobiliario parte de la empresa y parte del Ayuntamiento y los ordenadores son de la empresa"; las actoras deben "solicitar los permisos y vacaciones a dicha empresa, que es quien las concede, además les abona las retribuciones e imparte instrucciones"; existe "una Coordinadora, socia Administradora de la empresa, que lleva el Proyecto junto con el Coordinador designado por el Ayuntamiento". Consta también que "SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES S.A., que tiene actividad económica propia, posee un gran volumen de negocio, del que el contrato objeto de este procedimiento, supone sólo el 5%" y tiene 180 ó 200 trabajadores; además de tener solvencia técnica, con personal propio y medios materiales para el desarrollo del servicio". La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de las trabajadoras y ha confirmando el fallo de instancia, razonando que la contrata tiene autonomía técnica y en su desarrollo las actoras están bajo de los mandos de su empleadora, que aporta infraestructura suficiente. Como sentencia de contraste se ha designado la de la Sala de Madrid de 17 de marzo de 2003 . Se trata de un contrato de trabajo para la prestación de servicios como telefonista en el marco de una contrata entre la empresa Bai Publicidad S.L. y Gestevisión para las atención a la recepción en el edificio A. El trabajo se realizaba en las dependencias de la principal y bajo "las órdenes e instrucciones" de ésta, precisándose que "los justificantes de ausencias, permisos y vacaciones son autorizados por un coordinador de Bai Publicidad S.L., que "asimismo gestiona las bajas, permisos, vacaciones, organiza turnos y cubre las necesidades de Telecinco con el personal necesario en función del número de personas necesarias que le solicitan, siendo la empresa Bai Publicidad S.L. la que abona salarios, y las cuotas de seguridad social de sus trabajadores". La sentencia de contraste declara la existencia de cesión porque era el personal de la principal el que "instruía la trabajadora de BAI y le daba órdenes e instrucciones" -dato de hecho obtenido de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia- y valora en este sentido el dato de la falta de carácter especializado del trabajo de la demandante, así como el hecho de que la coordinación de la empresa contratista se limitara a la gestión administrativa del régimen de personal (bajas, permisos, vacaciones, aparte del abono de salarios y las cuotas sociales).

SEGUNDO.- El primer problema que plantea el recurso es el de la idoneidad de la sentencia de contraste para establecer el juicio de contradicción que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral . Este problema surge, porque, habiendo sido en su momento recurrida en casación para la unificación de doctrina la resolución de contraste, el auto de 12 de septiembre de 2003, dictado en el recurso 3032/2003 , aprobó una transacción entre las partes, estableciendo que lo acordado en dicha transacción sustituye lo dispuesto tanto en la sentencia de instancia, como en la de suplicación. Este dato no era conocido por la parte recurrente al preparar e interponer el recurso. Considera el Ministerio Fiscal en su razonado informe que "habiendo quedado anulado el pronunciamiento de la sentencia de referencia" no puede entenderse que tal pronunciamiento "sea firme, al quedar sustituido por el acuerdo de las partes". Esta objeción requiere una consideración prioritaria en la medida en que afecta a la idoneidad formal de la sentencia de contraste y esa consideración debe partir de un examen de la finalidad que cumple en el régimen jurídico del recurso la exigencia de que la sentencia de contraste sea firme y de los efectos de la transacción sobre la sentencia que con anterioridad a la misma se ha dictado en el proceso en el que la transacción se produce y que se encuentra recurrida en el momento en que ésta tiene lugar. La exigencia de la firmeza de la sentencia de contraste responde a una finalidad de seguridad jurídica que opera en realidad como una garantía para el recurrente a lo que se une sin duda otra razón de economía procesal en la medida en que no sería lógico tramitar un recurso para constatar que es errónea una doctrina que ya ha sido considerada como tal al haberse producido la casación de la sentencia que la sostiene. En este sentido la sentencia de 25 de marzo de 1994 , con cita de las sentencias a Sala de 18 enero y 15 febrero 1994 , señala que el requisito de la firmeza responde a que "de un lado, si no son firmes (las sentencias) la doctrina que en ellas se contiene no está todavía consolidada, siendo susceptible de rectificación o anulación por el Tribunal que haya de resolver el recurso pendiente, lo que impide que pueda ser tomada en consideración a los efectos de este excepcional recurso, dado que en el mismo sólo pueden servir de referencia criterios firmes y definitivos que ya no sean susceptibles de modificación o alteración; y de otro lado, el permitir la utilización de sentencias no firmes a los fines de la contradicción que imponen los artículos citados, supone abrir el campo de posibilidades de que se dicten, en este último estadio procesal, sentencias contrarias o no coincidentes entre sí, en manifiesta contraposición a los objetivos y finalidades que este especialísimo recurso persigue". Por otra parte, hay que tener en cuenta que el auto de 12 de septiembre



de 2003 , que aprobó la transacción mencionada, no ha anulado, ni revocado la sentencia de contraste, sino que se ha limitado a sustituir la misma por lo acordado en la transacción, lo que equivale exclusivamente a una privación de efectos. Pero esta pérdida de eficacia, que no es anulación, ni casación, no elimina el contenido doctrinal de la sentencia y ese contenido está dotado de la consistencia necesaria para entrar en un juicio de contradicción, pues contiene un criterio en sí mismo estable en la medida en que la terminación del proceso determina que ya no puede ser combatido en él. Por ello, debe aceptarse la sentencia aportada como sentencia contradictoria a los efectos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral .

TERCERO.- Pero dicho esto, hay que señalar que el examen de las sentencias comparadas no permite establecer la existencia de contradicción. En la sentencia de contraste la actividad concertada consiste en una mera "atención a la recepción" de un edificio; la actora desarrolla sus funciones de recepcionista no sólo en las dependencias de Gestavisión, sino sometida de forma completa a "las órdenes e instrucciones" de la empresa principal, sin que se haya acreditado intervención alguna en cuanto a la ejecución del trabajo del contratista, ya que las funciones de personal asumidas por éste son meras funciones de gestión económica y administrativa. El contratista tampoco aporta elementos técnicos de producción, con lo que la única contribución de la contrata es el suministro de mano de obra. Las diferencias con la sentencia recurrida son claras, pues en el caso resuelto por ella se concierta una actividad especializada por una empresa que también cuenta con especialización en la materia; la contratista aporta elementos productivos -parte del mobiliario y los ordenadores- y el proyecto es dirigido por una administradora de la contratista en colaboración con un coordinador del Ayuntamiento. La diversidad de los hechos impide apreciar la identidad que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , por lo que procede en este momento la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocidas las recurrentes el beneficio de justicia gratuita.

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 D^a Catalina y D^a Inés , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 2.007, en el recurso de suplicación nº 5460/06, interpuesto frente a la sentencia dictada el 12 de junio de 2.006 por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid , en los autos nº 891/05, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES, S.A. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, sobre cesión ilegal. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.