



Roj: **STS 1270/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1270**

Id Cendoj: **28079140012011100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2011**

Nº de Recurso: **1672/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 5682/2009,**  
**STS 1270/2011**

## **SENTENCIA**

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación núm. 36/09 , interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria , en autos núm. 687/2008, seguidos a instancias de D. Marco Antonio contra la entidad PERFALER CANARIAS, S.L. y AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA sobre derechos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de octubre de 2.008 el Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria nº 5 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Marco Antonio frente a la empresa PERFALER CANARIAS S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO - CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES) en el sentido de declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo el derecho de la trabajadora, al haberse realizado la opción, a ser considerado como personal laboral indefinido del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con la antigüedad indicada en el hecho probado primero y conforme a la categoría profesional propia de un oficial varios y salario que le correspondan, condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración, existiendo asimismo responsabilidad solidaria de las mismas de cualquier otra obligación que se pudiera haber contraído con la actora y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan, y debiendo en todo caso estar y pasar las partes por la presente resolución".

**SEGUNDO .-** Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "PRIMERO El actor, con antigüedad de 01.11.1998 y categoría profesional reconocida de Oficial varios, y un salario diario reconocido de 3582 euros, ha trabajado ininterrumpidamente para la demandada, en base contrato temporal por obra o servicio determinado, mediante contrato suscrito para la empresa Perfaler Canarias S.L en la modalidad de duración determinada al amparo del artículo 15 ET , siendo la causa del mismo según tenor literal del propio contrato, "viene condicionada por la adjudicación del servicio que nos ha dado el Ilustre ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según el pliego de condiciones económico - administrativas aprobado por e/ mencionado ayuntamiento en sesión celebrada el día 24 de mayo de 1996.- SEGUNDO.- El actor ha prestado siempre sus servicios en las oficinas municipales de la Corporación codemandada, realizando de forma



permanente las funciones propias de su categoría profesional, estando siempre y en todo caso sometido a las órdenes directas emanadas del propio personal del Ayuntamiento, en concreto de la propia Alcaldesa o de un superior directo funcionario del ayuntamiento como ocurrió respecto del Sr. Bernardino cuando el actor trabajó en a cuadrilla de deportes, no llevando distintivo alguno en su vestimenta como trabajador de Perfaler Canarias, no habiéndose reunido en ocasión alguna con personal de Perfaler Canarias S.L. teniendo el mismo horario que el personal del Ayuntamiento, y utilizando en todo caso el material y las instalaciones que a su disposición igualmente ha puesto siempre el ayuntamiento, y siendo e único cometido llevado a cabo por PERFALER respecto de la actora la autorización del período vacacional, una vez éste ha sido discutido y acordado con el Ayuntamiento codemandado bajo los criterios del personal del propio Ayuntamiento y previo visto bueno del Ayuntamiento a Perfaler Canarias.- TERCERO.- La empresa Perfaler Canarias posee más de 500 trabajadores, constando la asunción de contratas con la Administración Pública.- CUARTO.- El salario le es abonado a la actora por la codemandada Perfaler Canarias S.L.- QUINTO.- Se cumplió el trámite de intento de conciliación y la reclamación previa".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 14 de diciembre de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana contra la sentencia de fecha 8 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria de esta Provincia, demanda 687/06 , que confirmamos."

**CUATRO.-** Por la representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 29 de abril de 2010 , en el que se alega infracción del art. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 29 de mayo de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.- 1882/01 ).

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 26 de octubre de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, no habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de enero de 2010, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La sentencia recurrida, de 14 de diciembre de 2009 de la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, confirmando el pronunciamiento de instancia, declaró la existencia de cesión ilegal de trabajadores desde la empresa Perfaler Canarias S.L. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana reconociendo el derecho del demandante a ser personal laboral indefinido del dicho Ayuntamiento. Según el firme relato de hechos probados el trabajador estaba vinculado con Perfaler con contrato de duración determinada, expresando como causa " la adjudicación del servicio que nos ha dado el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según el pliego de condiciones económico-administrativas aprobado por el Ayuntamiento en sesión celebrada el 24 de mayo de 1996". Se declara que, durante el transcurso del contrato, Perfaler no puso en juego organización alguna al servicio del Ayuntamiento sino que se limitó a suministrar la mano de obra necesaria para el desarrollo de los servicios.

El Ayuntamiento demandado ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para dar cumplimiento al presupuesto procesal de la contradicción propone, como sentencia de contraste, la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de mayo de 2001 . Esta sentencia resuelve un supuesto en el que una trabajadora prestaba servicios bajo la cobertura de contrato eventual por circunstancias de la producción, con categoría, primero, de botones y, posteriormente, de auxiliar administrativo, siendo su empleador Mudanzas Coruña, aunque de hecho la prestación se desarrolló siempre en la administración de la Seguridad Social de Santiago de Compostela, en la que sus funciones consistieron en la recepción de llamadas telefónicas, reparto de correspondencia, dar números e información al público. Fue instruida por un ordenanza de la Tesorería General de la Seguridad Social. Cesó por no superación del período de prueba y la Sala declaró la inexistencia de cesión ilegal por ser la empresa Mudanzas Coruña una empresa real, no ficticia, siendo normal que su instrucción partiera del organismo en el que prestaba efectivamente los servicios.

Es evidente la práctica identidad sustancial de los supuestos de hecho y pretensiones en ambos litigios, no obstante lo cual, sus pronunciamientos son contradictorios, pues, mientras la recurrida declara la existencia de cesión ilegal, la invocada de contradicción llega a solución contraria.



Cumplidos, el presupuesto procesal de la contradicción, en los términos establecidos en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, y los restantes de forma impuestos en el art. 222 de la propia Ley deberá la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

**SEGUNDO** .- Denuncia el recurrente la infracción de los art. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores, alegando la existencia de una contrata válidamente celebrada entre el Ayuntamiento recurrente y la empresa Perfaler Canarias S.L., censura que, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal no merece favorable acogida.

Como recuerda nuestra sentencia de 3 de octubre de 2005, certeramente invocada por el Ministerio Fiscal en su informe, *"la doctrina de la Sala sobre este precepto ya ha sido unificada por numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 14 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003. En estas sentencias se establece que "el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1.998); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1.988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1.991 y 19 de enero de 1.994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal». Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1.997 (rec 1281/1997). De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal"*

Los términos de esa doctrina son aplicables al caso de autos. Aunque la empresa formalmente empleadora del actor sea una empresa real, lo cierto es que el contrato concertado entre este y el Ayuntamiento recurrente se limitó a la aportación de la mano de obra, sin que hubiese una organización o maquinaria puesta al servicio de la empresa principal. Se impone por ello la desestimación del recurso.

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 Procurador D. José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación núm. 36/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 687/2008, seguidos a instancias de D. Marco Antonio contra la entidad PERFALER CANARIAS, S.L. y AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA sobre derechos.



Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,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. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ