



Roj: **STSJ ICAN 2310/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:2310**

Id Cendoj: **35016340012016100603**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2016**

Nº de Recurso: **630/2016**

Nº de Resolución: **850/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **JAVIER RAMON DIEZ MORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: MAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000630/2016

NIG: 3500444420150000739

Materia: Derechos-cantidad

Resolución: Sentencia 000850/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000356/2015-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 1 de Arrecife

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Marí Luz MIDIALA MESA CRUZ

Recurrido INMOBILIARIA COSCOFE S.L. GERMAN ALPUIN MARTINEZ

Recurrido CONSEJERÍA DE SANIDAD SERV. JURÍDICO CAC LP

Recurrido SERVICIO CANARIO DE SALUD SERV. JURÍDICO CAC LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de octubre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**



En el Recurso de Suplicación núm. 0000630/2016, interpuesto por Dña. Marí Luz , frente a la Sentencia 000056/2016 del Juzgado de lo Social N° 1 de Arrecife dictada en los Autos N° 0000356/2015-00 en reclamación de Derechos-cantidad siendo Ponente el ILTMO. SR. D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Marí Luz , en reclamación de Derechos-cantidad siendo demandados INMOBILIARIA COSCOFE S.L., CONSEJERÍA DE SANIDAD y SERVICIO CANARIO DE SALUD y tras celebrarse el acto del juicio se dictó Sentencia desestimatoria el día 15 de marzo de 2016 por el Juzgado de referencia. SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Dª Marí Luz , provista con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para Inmobiliaria Coscofe SL desde el 26 de febrero de 2009, en jornada de trabajo a tiempo parcial de 30 horas semanales y teniendo reconocida la condición de indefinida así como la categoría profesional de logopeda y percibiendo un salario de 33'11 euros diarios brutos prorrateados.

SEGUNDO.- El Servicio Canario de Salud (en adelante, SCS), a través de la Dirección del Área de Salud de Lanzarote ha venido realizando una serie de contratos administrativos de gestión de servicio público para la prestación de rehabilitación logopédica ambulatoria a pacientes del SCS, en la isla de Lanzarote. Tales contratos, convalidados con posterioridad por la Consejería de Sanidad, se suscribieron al amparo de la Disposición Adicional vigésima Cuarta del RD. Legislativo 3/2011.

Por Resolución del Director del Área de Lanzarote, de fecha 13 de junio de 2011, se acuerda 13 de junio de 2011 se acuerda iniciar expediente de contratación administrativa con la Inmobiliaria Coscofe S.L. (Centro de Rehabilitación Volcano) para la prestación de los servicios terapéuticos de logopedia en régimen ambulatorio a pacientes beneficiarios del Servicio Canario de la Salud en el Área de Salud de Lanzarote, formalizándose el correspondiente contrato con fecha 16 de junio de 2011.

Por Orden de la Consejería de Sanidad, número 355 de 27 de Abril se convalidan los contratos formalizados por la Dirección de Área de Lanzarote con la empresa Coscofe S.L.

Por Resolución del Director del Área de Lanzarote, de fecha de 20 de marzo de 2012, se acuerda iniciar expediente de contratación administrativa con la Inmobiliaria Coscofe S.L. (Centro de rehabilitación Volcano) para la prestación de los servicios terapéuticos de logopedia en régimen ambulatorio a pacientes beneficiarios del Servicio Canario de la Salud en el Área de Salud de Lanzarote, formalizándose el contrato con fecha 20 de febrero de 2012.

Por Orden de la Consejera de Sanidad, número 327 de 27 de abril se convalidan los contratos formalizados por la Dirección de Área de Lanzarote con la empresa Coscofe S.L.

Por Orden de la Consejera número. 291 de fecha 29 de Abril de 2014 se adjudican los Acuerdos Marcos, resultando como adjudicatarias del lote núm. 7, correspondiente al Área de Lanzarote los siguientes licitadores con la siguiente puntuación:

CENTRO EDUCATIVO Y TERAPEUTICO DE LANZAROTE SLU

99

INMOBILIARIA COSCOFE S.L.

96

Mediante Orden de la Consejera de Sanidad número 37, de 6 de febrero de 2015, y, tras la presentación de las correspondientes ofertas, se adjudican los lotes a las distintas empresas en función de la puntuación obtenida en la licitación del Concierto, resultando como única adjudicataria del lote 7 la empresa Centro Educativo y Terapéutico de Lanzarote S.L.U., al haber obtenido un total de 100 puntos en el concierto frente a los 84,14 obtenidos por la Inmobiliaria Coscofe.

TERCERO.- La actora formaba parte de un grupo de trabajadoras contratadas por Inmobiliaria Coscofe SL, a los efectos de prestar los servicios contratados por esta mercantil con el SCS de logopedia. La actora prestaba sus servicios en el Centro Médico Volcano sito en la localidad de Arrecife, que es un centro privado de asistencia sanitaria que presta entre otros, los siguientes servicios: rehabilitación, logopedia, foniatría, fisioterapia, dermatología, ozonoterapia, pedagogía, psicología etc. Además del servicio de logopedia, la citada mercantil también tenía concertados otros servicios con el SCS, como es el servicio de foniatría.

En relación con el servicio de foniatría y logopedia, la mercantil demandada atiende en sus instalaciones del Centro Médico Volcano a tres tipos de pacientes:



- Pacientes privados, que acuden por iniciativa propia y abonan personalmente el coste de sus sesiones
- Pacientes becados, que reciben alguna ayuda pública con la que costean el servicio
- Y pacientes remitidos por el SCS, de acuerdo con el sistema de información de concierto Hospitalario (SICH)

En relación a la prestación de tales servicios, su funcionamiento se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en el SICH (Sistema de Información de Concierto Hospitalario), que es el medio a través del cual se da traslado del conjunto de pacientes autorizados por el SCS para ser atendidos en las instalaciones del Centro Médico Volcano. A través del mismo se informa de qué pacientes han sido autorizados para recibir una primera consulta, que se hace en las instalaciones del centro médico Volcano por parte de la Dra. Verónica , que establece el diagnóstico y tratamiento a seguir. Realizada la primera consulta, se remite copia del informe al SCS a los efectos de tramitar la autorización del tratamiento, que se inicia en cuanto se recibe la autorización. El tratamiento se presta directamente en las Instalaciones del Centro Médico Volcano, y de acuerdo con las indicaciones realizadas por la Dra. Verónica , y circunscribiéndose el personal asignado a logopedia a sus indicaciones, y en ningún caso, se recibe orden, pautas o control alguno por parte de los médicos adscritos al SCS.

CUARTO.- La actora, desde el inicio de su relación laboral ha venido prestando sus servicios laborales como logopeda en las Instalaciones del Centro médico Volcano, donde prestaba servicios mayoritariamente a partir de las 14:00 horas, utilizando el material y recursos tecnológicos necesarios para el desempeño de sus tareas pertenecientes a la mercantil Inmobiliaria Coscofe SL, atendiendo a todo tipo de pacientes (privados, becados o derivados desde el SCS), y a tenor de las indicaciones o instrucciones que le son dadas por la Dra. Verónica (trabajadora contratada por Inmobiliaria Coscofe SL), y de acuerdo con el horario que establece la jefa de personal de esta mercantil, D<sup>a</sup> Zulima , que también se encarga de la asignación de los periodos vacaciones, abono de sus salarios y permisos a la actora y resto de trabajadores de la citada mercantil.

QUINTO.- Mediante orden de la Consejería de Sanidad de 6 de febrero de 2015, se acuerda adjudicar el primer concierto para la contratación efectiva de los servicios terapéuticos de rehabilitación logopédica ambulatoria, derivados de los acuerdos suscritos en fecha 16 de mayo de 2014 a distintos licitadores entre los que no se incluía ya la mercantil Inmobiliaria Coscofe SL. Esta mercantil, ha impugnado la citada Orden mediante recurso contencioso administrativo planteado ante la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que está pendiente de resolución, tras ser desestimado recurso de reposición previo ante la referida Orden. El vínculo contractual entre el SCS y la mercantil Inmobiliaria Coscofe SL se extinguió el 2 de marzo de 2015

SEXTO.-En las actuaciones tramitadas por el juzgado de lo social nº1 (autos 357/2015), en demanda seguida en materia de Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo, por Doña Amparo frente a Inmobiliaria Coscofe, S.L., Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias y Servicio Canario de Salud, obra informe de la Inspección de Trabajo, en el que se contiene lo siguiente:

"(...) TERCERO. Sobre las circunstancias de prestación de servicios de logopedia, en particular respecto de los pacientes provenientes del Servicio Canario de Salud (Hechos tercero a décimo de la demanda).

Según lo comprobado en visita de 2 de octubre, testimonios recabados y examen de las prescripciones técnicas del contrato de prestación de servicios de 1 de febrero de 2008 remitido por la empresa, las condiciones de éste son las siguientes.

Lugar de trabajo y medios materiales y humanos: Centro Médico Volcano, siendo titular GRUPO COSCOFE, SL. No consta que se preste el servicio en otras instalaciones, centros o domicilios.

Horario de trabajo: es fijado por la empresa, no teniendo los trabajadores poder de decisión sobre el mismo; en el contrato de 2008 se establece, en relación a los pacientes derivados del Servicio Canario de Salud, que la atención se prestará "en horario de mañana y/o tarde, 5 días a la semana, no festivos". No obstante en cuando a los pacientes que no se encuentren en situación de Incapacidad Temporal, establece el contrato de 2008 la obligación de adaptar el horario de consulta de forma compatible con su jornada laboral (apartado 5.2 de las prescripciones técnicas anexas).

Control del Servicio Canario de Salud sobre el personal: el centro adjudicatario debe comunicar cualquier variación de personal, los cuales deben estar identificados (nombre, apellido y categoría profesional). Se exige de forma genérica que los logopedas y administrativos tengan una titulación conforme a la legislación vigente, en número y dedicación suficiente para atender a demandas asistenciales del centro.

Se establece la obligación de que exista un plan de formación mínimo de ocho horas anuales por profesional.



Sometimiento a instrucciones en la prestación del servicio público: dentro de la plantilla de la empresa no existe ninguna persona que dirija las actuaciones de las logopedas desde un punto de vista técnico (decisiones de tratamiento o técnicas), ya sea en cuanto a los pacientes "públicos" como "privados"; no obstante en relación a los procedentes del Servicio Canario de Salud, estas deben tener en cuenta las fichas elaboradas por el foniatra/médico, rehabilitador, que según el apartado 5.1 de las prescripciones técnicas contempla:

La determinación del diagnóstico principal y secundarios asociados.

La valoración funcional del paciente.

Información de hallazgos significativos detectados en las pruebas complementarias.

Información de si el proceso tiene asociado una Incapacidad Temporal.

Establecer el carácter urgente, preferente o programado de la solicitud.

Establecer los objetivos específicos del tratamiento.

Pautará el tratamiento a seguir, estableciendo por escrito las indicaciones para los logopedas (esto último parece contradecir el testimonio de las trabajadoras entrevistadas, al menos en cuanto no concreta el alcance de esas pautas).

?La duración del tratamiento deberá ser fijada por el rehabilitador/foniatra, éste también en virtud de contrato administrativo de prestación de servicios celebrado con el Servicio Canario de Salud.

Se establece un sistema de remisión de información de dichas fichas, tal que una vez autorizado el tratamiento, el adjudicatario debe citar al paciente en el plazo fijado en el contrato (no superior de 2, 4 o 7 días según sea urgente, preferente o programado).

En cuando a los logopedas, deben elaborar una hoja de seguimiento del tratamiento a conservar durante un mínimo de cinco años.

Existe un control por el Servicio Canario de Salud sobre la actuación del Centro Médico y los logopedas, por tanto, a través del profesional contratado para realizar los servicios de foniatría; así mismo el "adjudicatario" del servicio debe entregar una hoja informativa a los pacientes en relación a sus derechos y obligaciones, datos de referencia del centro contratado, y sobre las reclamaciones y sugerencias "debiéndose cumplir, en todo momento, la normativa vigente del SCS". Así mismo deben rellenar un documento de recogida de opinión sobre la prestación der servicio (actitud y trato de los profesionales, valoración de limpieza, información recibida y valoración subjetiva del resultado), y tener a disposición de los pacientes un Libro de Reclamaciones o Modelo Oficial de Reclamaciones a gestionar por el área de salud correspondiente.

Mediante las prescripciones técnicas se fijan los criterios de control de asistencia y abandono de pacientes.

En el documento de prescripciones técnicas se establecen así mosmo los diferentes diagnósticos, describiendo el proceso, criterios de exclusión, objetivos generales y protocolo de tratamiento (finalidad de los mismos), así como el número de sesiones en función de asistencia individual o grupal (...)."

SÉPTIMO.- La actora presentó la preceptiva papeleta de conciliación ante el SEMAC en fecha 12 de junio de 2015 frente a la mercantil demandada y frente a la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias (interesado), celebrándose acto de conciliación previa en fecha 29 de junio de 2015, al que compareció la mercantil Inmobiliaria Coscofe SL, con el resultado de sin aveniencia.

Igualmente la actora presentó escrito de reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral frente a la CONSEJERIA DE SANIDAD DEL GOBIERNO DE CANARIAS, en fecha 16 de junio de 2015, que ha sido desestimada por silencio administrativo negativo.

OCTAVO.- En la fase de ratificación de la demanda, la parte actora desistió de su acción de cantidad acumulada a la de despido con vulneración de Derechos Fundamentales, con reservas de acciones."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:"Que teniendo por desistida a la actora en su acción de cantidad debo desestimar y desestimo totalmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Marí Luz frente a INMOBILIARIA COSCOFE, S.L., CONSEJERÍA SANIDAD DEL GOBIERNO DE CANARIAS Y SERVICIO CANARIO DE SALUD absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Marí Luz , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo, pasando al Ponente y señalándose para votación y fallo.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda contra su formal empleadora Inmobiliaria Coscofé, SL, contra la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias y frente al Servicio Canario de Salud, para obtener un pronunciamiento que declarase que es trabajadora fija de estas administraciones por encontrarse en situación de cesión ilegal de trabajadores conforme al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores , previa opción en tal sentido.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Arrecife dictó sentencia desestimatoria de la demanda, que tras desestimar igualmente las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva y caducidad de la acción opuestas por las administraciones codemandadas, entendió que no concurrían ninguna de las circunstancias alegadas en la demanda para subsumir la situación laboral de la trabajadora demandante en un supuesto de cesión ilegal del art. 43 del ET .

Disconforme con tal pronunciamiento la parte demandante recurre en suplicación. El recurso de la trabajadora se compone de tres motivos revisorios, amparados procesalmente en el apartado b) del art. 193 LRJS , a fin de que se modifiquen los hechos probados primero, tercero y cuarto, y otro de censura jurídica canalizado a través del apartado c) del mismo precepto de la ley de trámites en el que denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 43 y 42 del ET y Jurisprudencia concordante aplicable.

Los codemandados se han opuesto al recurso formalizado de adverso.

SEGUNDO.- Esta Sala ha dictado diversas sentencias analizando supuestos de hecho idéntico al que es objeto de las presentes actuaciones, es decir, trabajadoras que habían venido prestando servicios como logopeda en las mismas circunstancias que la aquí demandante. En nuestra sentencia de 22/07/16, recaída en el recurso nº 513/2016 , tuvimos ya ocasión de pronunciarnos sobre idénticos motivos de revisión fáctica y de censura jurídica que los que se articulan en el recurso que ahora nos ocupa, por lo que no cabe sino dar por reproducido lo argumentado en aquella sentencia, todo ello del modo siguiente:

A.- Motivos de revisión fáctica: Como primer motivo del recurso formulado por la vía del art. 193.b) de la LRJS , solicita la parte que el hecho probado primero de la sentencia diga:

"Doña Marí Luz , con DNI nº NUM000 , mayor de edad, venía trabajando por cuenta y dependencia de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, prestando servicios para el Servicio Canario de Salud, Dirección de Lanzarote, desde el 26 de febrero de 2009, en jornada de trabajo a tiempo parcial de 30 horas semanales y teniendo reconocida la condición de indefinida así como la categoría profesional de logopeda y percibiendo un salario de 33,11 euros diarios brutos prorrateados."

Al igual que en aquel recurso, se apoya en este la parte en los documentos que obran como números 8 y 15 de su ramo de prueba. Y como entonces dijimos, no se accede a la revisión del hecho probado, pues de los dos documentos señalados, uno es un informe clínico de Consulta Externa, un mero formulario sin rellenar que ninguna circunstancia relevante aporta sobre la prestación de servicios por la actora como logopeda, no es prueba directa de ningún hecho, ni sirve como indicio a partir del cual establecer una presunción judicial conforme al art. 386 LEC , pues es al ser un formulario en blanco podría estar en poder de cualquiera sin ser necesariamente un trabajador del Servicio Canario de Salud. El segundo documento es un pantallazo informativo que reclama del Ministerio de Sanidad la presencia de logopedas en los Hospitales. Tampoco acredita que la actora prestara servicios por cuenta y dependencia de la administración autonómica, ni lo haría aunque estos profesionales estuvieran en la plantilla del SCS pues nada aporta al caso concreto. Además, la redacción del hecho predetermina el fallo. Lo que deben fijar los hechos probados son aquellas circunstancias fácticas que, en este caso, permitan señalar jurídicamente como empresario real de la trabajadora, esto es, como la persona por cuya cuenta y dependencia se prestan los servicios conforme al art. 1.1 del ET , a quien se dice en la demanda. Para ello es necesaria una operación jurídica por la que se subsumen las circunstancias de la prestación de servicios en las notas con que el art. 1.1 del ET define la relación laboral. Esta operación corresponde a la fundamentación jurídica de la sentencia y no a la declaración de hechos probados ( art. 97.2 LRJS ).

Como segundo motivo revisorio se pide la modificación del hecho probado tercero que por su extensión se da por reproducido, para que diga:

"En relación a la prestación de tales servicios, su funcionamiento se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en el SICH (Sistema de Información de Concierto Hospitalario) que es el medio a través del cual se da traslado del conjunto de pacientes autorizados por el SCS para ser atendidos en las instalaciones del Centro Médico Volcano. A través del mismo se informa de qué pacientes han sido autorizados para recibir una primera consulta, que de acuerdo con el diagnóstico se recibe del médico que le remite, se procede a valorarlo



indistintamente por el Servicio de Logopedia y el de Foniatría, no estando interrelacionados ninguno de los dos servicios".

Se apoya la revisión en los dos mismos documentos antes señalados y valorados, que por las mismas circunstancias son inútiles para modificar el hecho, siendo además el contenido propuesto irrelevante para modificar el sentido del fallo, pues nada aporta como presupuesto fáctico sobre el que poder apreciar una cesión ilegal conforme al art. 43 del ET, pues del mismo no resulta que fuera el SCS el empleador real de la actora, sólo que era quien remitía los pacientes, pero no quien organizaba su trabajo. Además ya consta en el propio hecho tercero parte del contenido propuesto, no evidenciando los documentos nº 8 y 15 el error que lleva a suprimir los primeros párrafos del ordinal, sobre todo cuando el hecho se apoya en prueba testifical.

Por último se pide la modificación del hecho probado cuarto para que diga:

"La actora, desde el inicio de su relación laboral ha venido prestando sus servicios laborales como logopeda del Servicio Canario de Salud, en la isla de Lanzarote, en las instalaciones del Centro Médico Volcano, donde prestaba servicios utilizando el material y recursos necesarios para el desempeño de sus tareas pertenecientes a dicho Servicio Canario de Salud, atendiendo a pacientes que dicho servicio deriva al centro médico, y a tenor de las indicaciones o instrucciones que le son dadas a través de los médicos que les derivan y que emiten el diagnóstico inicial recogido en la historia clínica que reciben y de acuerdo con el horario que establecen en las bases de la contratación de servicios existentes entre el Servicio canario de Salud y la Inmobiliaria Coscofé, S.L.":

Se apoya, igual que en el recurso antes citado, en el documento nº 3 de su ramo que es el Informe de la ITSS, emitido en otro procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de logopeda del mismo centro de la mercantil demandada. Tampoco aquí puede estimarse la revisión del hecho. En los puntos en que las dos versiones del ordinal difieren debe prevalecer la valoración del Juez de instancia sobre la de la parte, ya que, la prueba testifical que es el soporte del hecho probado según explica la sentencia, ha causado convicción en el Juzgador sobre las circunstancias que recoge, algunas de ellas no obrantes en el citado informe. Por otro lado, ambos medios de prueba coinciden en otros puntos de los que se recogen en el ordinal, y en base a las propias declaraciones de las logopedas del centro al Inspector de Trabajo actuante en aquella intervención que el informe documenta, entre ellas la actora. Añadir que el hecho de que los médicos del SCS hubieran cursado instrucciones a las logopedas sobre el tratamiento a seguir, nada aportaría en favor de la estimación de una cesión ilegal en contra de este organismo autónomo, pues tales instrucciones no presuponen la organización ni el control del trabajo de las logopedas, sino la necesaria intervención de quien es licenciado en Medicina diagnosticando y pautando un tratamiento, que luego el profesional encargado de aplicarlo ejecuta a criterio propio. Aplicar un tratamiento a una patología que diagnostica el facultativo especialista en la misma, no equivale a estar sometido a las órdenes de trabajo de éste, pues no es lo mismo organizar y controlar laboralmente la actividad (fijar horarios, jornada, vacaciones, dar permisos ...y controlar que se da el servicio) que establecer un tratamiento para una enfermedad y hacer su seguimiento, lo que es competencia del médico no del logopeda que no es licenciado en Medicina ( arts 6 y 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias).

B.- Motivo de censura jurídica: El que la parte demandante también aquí postula, en síntesis, pasa por la denuncia de que el supuesto de hecho enjuiciado supone una ilícita descentralización del servicio público de logopedia ambulatoria, contrato administrativo de gestión suscrito entre el Servicio Canario de Salud y la mercantil demandada, que al tener por objeto la prestación por tercero de una función y una necesidad permanente de la administración demandada, necesariamente supone la integración de la trabajadora demandante en la organización titular de la competencia sanitaria. Sostiene, además, que concurren las circunstancias que permiten aplicar el art. 43 de ET y declarar el caso cesión ilegal entre la Inmobiliaria Coscofé, SL y la administración, administración que no diferencia pues dirige la demanda contra la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias pero también contra el Servicio Canario de Salud (SCS), pese a que son organismos independientes con personalidad jurídica propia, correspondiendo de hecho al SCS la prestación de la asistencia sanitaria de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la ley 11/1994 de Ordenación Sanitaria de Canarias, como señala la Letrada de ambas administraciones en su escrito de impugnación.

El referido motivo debe ser desestimado por las mismas razones que explicaba esta Sala en la aludida sentencia dictada el 22/07/16 en el recurso 513/2016, que eran las siguientes:

"TERCERO.- .....En primer lugar, y antes de entrar a resolver sobre las infracciones de normas sustantivas y de jurisprudencia denunciadas, recordar que en la demanda de autos se ejercitan dos acciones acumuladas, la primera una acción para que se declare a la trabajadora la condición de fija de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias o del Servicio Canario de Salud, al ser la empleadora elegida ante la situación de cesión ilegal existente entre la sociedad mercantil empleadora formal de la actora y la administración



empleadora real, esto es, una acción declarativa de las denominadas "de fijeza" por la jurisprudencia; y una segunda, en reclamación de diferencias salariales por cuenta de las que habría entre el salario percibido por la demandante y el superior que le correspondería como logopeda al servicio de la administración, siendo el periodo reclamado el que va de mayo de 2014 a junio de 2015.

De la lectura de los hechos probados resulta que la Inmobiliaria Coscofé, SL ha venido prestando el servicio de logopedia ambulatoria en virtud de contratos administrativos de gestión de servicios desde el 8 de marzo de 2010, pero también que el 6 de febrero de 2015 la Consejería demandada adjudica el servicio a otros licitadores entre los que no se encuentra la Inmobiliaria Coscofé, SL, de modo que, el vínculo contractual administrativo consta extinguido el 2 de marzo de 2015 entre las codemandadas (hecho probado quinto de la sentencia). La demanda, sin embargo, se presenta el 29 de junio de 2015, y la papeleta previa de conciliación frente a la mercantil demandada el 12 de junio, y la reclamación administrativa previa el 16 del mismo mes, lo que lleva a la necesaria estimación de la excepción de falta de acción respecto de la declarativa ejercitada en la demanda, que al parecer fue alegada incorrectamente por las codemandadas como caducidad y, por ello, desestimada por el Juez de instancia, al no ser la enjuiciada la de despido.

El Tribunal Supremo viene diciendo, entre otras en sentencia de 29 de octubre de 2012 (rec 4055/2011), que: "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". ( STS de 8 de julio de 2.003 -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 -rcud. 4232/08 - entre otras).(...)".

Sigue explicando jurídicamente la sentencia:

"Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia."

Aplicando esta reiterada doctrina judicial "a sensu contrario", y de acuerdo con lo previsto en los arts. 43.2 ET y 411 LEC, las circunstancias o presupuestos de hecho que suponen una cesión ilegal deben concurrir en el momento de presentación de la demanda, pues desaparecida la situación interpositoria prohibida por la Ley, finalizado en este caso el contrato administrativo causa de que la logopeda demandante atendiera a pacientes del Servicio Canario de Salud, no cabe el ejercicio de la acción de fijeza ni siquiera en el caso de que la cesión fuera efectivamente ilegal, pues como señala la sentencia reproducida, el art. 43 ET permite a los trabajadores reclamar la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria de su elección, mientras estén "sometidos al tráfico prohibido". Cesada la situación decae el derecho, lo cual es además coherente con que la acción de despido esté sometida al plazo de caducidad del art. 59.3 del ET, ya que, finalizada la prestación de servicios para la administración en fecha 2 de marzo de 2015, a la fecha de la demanda de autos ya habían transcurrido con exceso los 20 días hábiles para reclamar contra la misma por despido



improcedente. Perjudicada definitivamente esta acción, no cabe restaurar por la vía de esta demanda el pretendido vínculo laboral, pues la acción que conduce a este fin ha caducado. Y es que siendo imposible restablecer la vigencia de la relación laboral la acción de fijeza carece de sentido, y se convierte en una acción meramente declarativa cuyo conocimiento queda prohibido a esta Jurisdicción por carecer de un interés actual con utilidad o finalidad práctica tutelable por los Tribunales ( SSTS de 22-11-2015 ( REC 2044/14) de 20-enero-2015 ( rcud. 2230/2013 ), 24-junio-2015 ( rcud. 2400/2014 ) y 15-octubre-2014 ( rcud. 164/2014 ).

En conclusión, no tiene acción la demandante para la declaración de fijeza pretendida, al haber finalizado la situación de hecho que era causa de la reclamación al tiempo de la demanda, meses antes de presentarse la demanda.

Se estima de oficio la excepción de falta de acción.

CUARTO.-No cabe hacer esta misma declaración respecto de la acción de reclamación de cantidad, al menos por lo que hace respecto de las reclamadas entre el mes de mayo de 2014 y el mes de marzo de 2015. En este caso la acción no está prescrita (un año conforme al art. 59.2 ET ) y la situación que justificaría la condena al pago de las cantidades reclamadas, persistía en tal periodo, pues la nueva adjudicataria del servicio de logopedia ambulatoria asumió el mismo el 2 de marzo de 2015. Para resolver sobre la reclamación salarial es presupuesto necesario valorar si existe la cesión ilegal denunciada, al menos hasta marzo de 2015, pues es el art. 43 ET el que permite equiparar las condiciones salariales entre la demandante y los trabajadores de igual condición al servicio de la administración cesionaria, lo que supone entrar a conocer del tráfico prohibido de trabajadores aunque a meros efectos prejudiciales, para resolución de la acción que sigue vigente para la actora, que es la de reclamación de cantidad hasta la finalización de la contrata administrativa de gestión.

Esta misma Sala de Canarias (Las Palmas) en sentencia de 28/05/10 , haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo, señaló: "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 sean excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos:

La justificación de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios ( sentencia de 7-3-1988 ), el ejercicio de los poderes empresariales ( sentencias de 12-9-1988 , 16-2-1989 , 16-2-1989 , 17-1-1999 y 19-1-1994 ), y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A éste último criterio se refiere también la citada sentencia de 17-1-1991 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" en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11-10-1993 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 16-2-1989 estableció que la cesión puede tener lugar "aún 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 19-1-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una 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 12-12- 1997 (rec. 128/1992 ).

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 aquel no es más que un delegado de la empresa principal...".

La esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o tenga o carezca de organización, siendo lo relevante que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia ( STS 4 marzo 2008 ).





Y esta misma Sala en sentencia de 30 de junio de 2014 (rec 215/13 ) completa la anterior fundamentación: " D) La consecuencia de la cesión ilegal cuando la entidad condenada a aceptar a los trabajadores cedidos es una Administración Pública no será la adquisición de la condición de trabajador fijo sino la de trabajador "indefinido no fijo" habida cuenta de la exigencia legal y constitucional de que el ingreso como empleado en todas las administraciones públicas viene presidido por los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad - arts. 23 y 103 de la Constitución -, lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de aquellas plazas ( SSTS 11/11/03, Rcd 3898/02 y 19/11/02 , RJ 2003/1917, entre otras)".

Para resolver la cuestión que plantea el recurso, debe partirse de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia en los que se nos describe una realidad opuesta a la que describe la trabajadora recurrente.

De lo que deja constancia el relato de la sentencia, es que no obstante, la existencia de diferentes contratos administrativos de gestión de servicio público entre el Servicio Canario de Salud y la Inmobiliaria Coscofé, SL, desde marzo de 2010 a marzo de 2015, en virtud de los cuales se encomendó a la mercantil demandada la prestación del servicio de rehabilitación logopédica ambulatoria, en cuya ejecución y prestación participó la demandante como logopeda de Inmobiliaria Coscofé, SL, la misma ha desarrollado su actividad profesional por cuenta y bajo la dependencia de la empresa privada demandada y no del Servicio Canario de Salud ni de la Consejería demandada, y ello porque lo ha hecho conforme a las siguientes circunstancias:

-Su centro de trabajo ha sido un centro médico privado de asistencia sanitaria (no consta que estuviera integrado en un centro o complejo hospitalario público), en el que no sólo se ha atendido a pacientes derivados por el Servicio Canario de Salud sino que en él también han recibido, y siguen recibiendo, tratamiento pacientes privados y otros becados con alguna ayuda pública.

-El material y los recursos tecnológicos necesarios en el desempeño de sus tareas como logopeda han sido siempre propiedad de la Inmobiliaria Coscofé, SL.

-La atención al paciente ha sido dada a tenor de las indicaciones dadas por un facultativo trabajador de Coscofé, en el horario asignado por la jefe de personal de la mercantil, que ha sido también quien ha asignado las vacaciones y permisos, autorizando el abono de salarios, tanto de la demandante como del resto de los trabajadores en plantilla.

-La mercantil tiene plantilla, recursos patrimoniales y organización real y propia.

-No se han recibido órdenes, pautas o control alguno por parte de médicos del SCS a la demandante o al resto de los logopedas de su centro de trabajo.

-No pueden equipararse a tales órdenes el que el servicio se prestara conforme a lo establecido en el SICH (sistema de información del concierto hospitalario) que es el que permite saber qué pacientes han sido autorizados por el SCS para una primera consulta en el centro, y una vez establecido el tratamiento, es el medio por el que se solicita del SCS la autorización pertinente. Actuación que es conforme con el seguimiento de la contratación administrativa adjudicada la Inmobiliaria Coscofé, SL, por quien no deja nunca de ser la responsable de la asistencia sanitaria encomendada a un tercero ante el ciudadano.

Añadir que no sólo no concurre ninguna de las circunstancias que conforme al art. 43 del ET permiten hablar de cesión ilegal de trabajadores, sino que el art. 51.2 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias , habilita al Servicio Canario de Salud para establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas para la prestación de asistencia sanitaria, entre la que se encuentra la logopedia ambulatoria, normativa que como señala la administración impugnante en su escrito, justifica la licitud de la contrata.

Por las razones expuestas, el motivo decae lo que supone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia."

Pues bien, tal y como arriba se anunciaba, tales razonamientos son plenamente aplicables al supuesto que ahora nos ocupa y conllevan a la desestimación del motivo de censura jurídica del presente recurso, lo que en definitiva impide que este último prospere, procediendo confirmar la sentencia recurrida al compartir la Sala el criterio de la Juez a quo.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 233.1 LRJS , la desestimación del recurso no lleva en este caso aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita.

CUARTO.- A tenor del art. 218 LRJS , frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.



Vistos los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Marí Luz representada por la Letrada D<sup>a</sup> Midiala Mesa Cruz, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Arrecife de fecha 15 de marzo de 2016, dictada en autos nº 356/2015, confirmándose en su integridad la mencionada sentencia.

## 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 Las Palmas nº 3537/0000/66/063016 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.