



Roj: **STSJ AS 1983/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:1983**

Id Cendoj: **33044340012017101483**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2017**

Nº de Recurso: **1090/2017**

Nº de Resolución: **1504/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01504/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2016 0000830

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001090 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000131 /2016

Sobre: CESION ILEGAL

RECURRENTE/S D/ña ASAC COMUNICACIONES SL, UNIVERSIDAD DE OVIEDO

ABOGADO/A: RICARDO TELENTI LABRADOR, CARLOS AGUSTIN HUERRES GARCÍA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Modesta , ASAC COMUNICACIONES SL , UNIVERSIDAD DE OVIEDO

ABOGADO/A: IGNACIO VILLAVERDE GARRIDO, RICARDO TELENTI LABRADOR , CARLOS AGUSTIN HUERRES GARCÍA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA Nº 1504/17

En OVIEDO, a trece de junio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NO MBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los RECURSO SUPPLICACION 0001090/2017, formalizados por los Letrados D. RICARDO TELENTI LABRADOR y D. CARLOS AGUSTIN HUERRES GARCIA, en nombre y representación de la empresa ASAC COMUNICACIONES SL y la UNIVERSIDAD DE OVIEDO, respectivamente, contra la sentencia número 16/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000131/2016, seguidos a instancia de Modesta frente a la empresa ASAC COMUNICACIONES SL y la UNIVERSIDAD DE OVIEDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. Modesta presentó demanda contra la empresa ASAC COMUNICACIONES SL y la UNIVERSIDAD DE OVIEDO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 16/2017, de fecha diez de enero de dos mil diecisiete.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) La actora, ingeniera técnica en informática de gestión, prestó sus servicios para la empresa Asac Comunicaciones SL desde el 4 de septiembre de 2006 con la categoría profesional de Operador de Periféricos, mediante un contrato temporal que se transformó en indefinido con efectos al 3 de noviembre del mismo año. La remuneración bruta mensual es de 1.708,71 €. No ostenta la representación de los trabajadores.

2º) La actora desempeña tareas de técnico de sistemas, siendo su centro de trabajo, la Unidad de Atención a Centros y utiliza los medios ofimáticos y de oficina de la Universidad, quien le proporcionó un teléfono móvil.

La empresa Asac Comunicaciones destinó en la Universidad de Oviedo, una coordinadora, un técnico de sistemas y 8 técnicos de atención a usuarios, uno de los cuales está adscrito al campus de Gijón. La coordinadora, Belinda, no conoce la clave de los servidores de la Universidad ni supervisó ni actuó en relación con la actora. En mayo de 2016 Asac Comunicación implantó una aplicación informática en la que se introducía el plan de vacaciones; hasta ese momento, la actora nunca le solicitó vacaciones sino que se coordinaba para su disfrute con el trabajador de la Universidad destinado en la Unidad de Atención a Centros.

3º) El servicio de Informática y Comunicación de la Universidad de Oviedo tiene dos unidades; el Centro de Atención a Usuarios y la Unidad de Atención a Centros.

La primera atiende las consultas de los usuarios individuales (instalaciones o reinstalación de tarjetas, averías, etc) y la segunda da cobertura a los centros educativos y a los técnicos (atención a aulas, incidencia de servidores, etc); las funciones habituales de dicha Unidad son, según la página web de la Universidad de Oviedo: gestionar los servidores que proporcionan los servicios de red, autenticación y despliegue de software a los equipos de las aulas, proporcionar soporte técnico a los becarios de los servicios informáticos en la gestión y mantenimiento de los equipos de las aulas, realizar y mantener la documentación requerida por los becarios de los servicios informáticos para llevar a cabo apropiadamente sus labores de gestión y mantenimiento de equipos y asesorar a los equipos directivos de los centros en el equipamiento y puesta en marcha de nuevas aulas.

La Unidad de Atención a Centros está servida por un trabajador de la Universidad, con formación de ingeniero, y la actora.

El servicio de Informática y Comunicación depende del Área de Informática del Vicerrectorado de Campus e Infraestructuras a cuyo frente está un Director, quien supervisa el trabajo de la actora.

4º) Asac Comunicaciones SL fue constituida el 3 de junio de 1996 e inició sus operaciones el 1 de julio del mismo año, con un capital social de dos millones de pesetas, siendo su socio mayoritario Armando que es el administrador único. Su domicilio social está en el Parque Tecnológico (Llanera), parcela nº 29. Su objeto social es la compraventa de programas y soportes informáticos, ordenadores y toda clase de mobiliario de



oficina, venta de desarrollos propios, la impartición de todo tipo de cursos de formación y la asesoría técnica, contable y fiscal.

Tiene auditadas y depositadas las cuentas hasta las del ejercicio 2015.

En el ccc NUM000 , en el que figura la actora, la plantilla media durante el año 2006, fue de 30,81 y durante 2016 de 79,52.

5º) Nor Prevención certificó la aptitud de la actora para la empresa Asac Comunicaciones en los años 2012, 2013, 2014 y 2016, y le impartió formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales en el año 2012.

6º) La empresa puso a disposición de la actora un teléfono móvil.

La actora dispone de cuenta de correo en la Universidad de Oviedo, indicando que se trata de una empresa adjudicataria, y tiene acceso a la clave de administrador.

7º) La Universidad de Oviedo sacó a licitación en el año 2006 la contratación del Servicio de soporte y atención a usuarios de sistemas, productos y servicios basados en tecnologías informáticas y de comunicaciones para el Centro de Atención a Usuarios de la Universidad de Oviedo, para la atención y resolución de consultas, incidencias y problemas de equipos y aplicaciones de usuario. Las tareas del personal, según el pliego de Prescripciones Técnicas, era la atención del servicio de Gestión de Incidencias (resolución de 1º y 2º nivel), el servicio de instalaciones en el puesto cliente, bien en remoto o presencial, el servicio de inventario, el de mantenimiento de hardware y el servicio de soporte de software de base.

En la gestión de instalaciones de hardware se trata de la instalación de nuevos puestos y la sustitución de PCs, la instalación y desinstalación de aplicaciones y software de base (usuarios finales), la instalación de software de las Aplicaciones Corporativas de la Universidad, el montaje de aulas, el formateo de equipos, embalaje y transporte al almacén o taller de reparación, el servicio de soporte de red local que incluya tareas como interconexión de equipos, instalación y configuración de electrónica de red y la localización y reparación de problemas más frecuentes, la monitorización del correcto funcionamiento de las aplicaciones corporativas, la asistencia a usuarios para la resolución de problemas de configuración o uso del ordenador y la asistencia de la red inalámbrica de la Universidad.

Se identificó como "Otros Servicios" la colaboración en la administración de servidores (bajo Windows y Linux), la documentación de incidencias, procedimientos y elaboración de manuales de instalación y el diseño y mantenimiento de las páginas web del Centro de Atención a Usuarios concretándolo con el Director Técnico.

El perfil del personal requerido era de técnico de Atención a Usuarios (32 h/día), Coordinador (6 h/día) y técnico de administración de sistemas (6 h/día).

Se da por reproducido el resto del Pliego.

La Universidad designaba a un Director Técnico que haría el seguimiento del contrato junto con el coordinador de la codemandada

La empresa adjudicataria se obligaba a aportar, entre otras cosas, teléfonos móviles para los trabajadores.

La Universidad de Oviedo y Asac Comunicaciones celebraron un contrato, tras la adjudicación a ésta del servicio, el 31 de julio de 2006 que fue prorrogado el 31 de julio de 2007 hasta el año 2008.

8º) Por resolución de la Universidad de Oviedo de 3 de junio de 2008 se promovió la apertura de un expediente y se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del Servicio de soporte y atención a usuarios de sistemas, productos y servicios basados tecnologías informáticas. El 1 de agosto de ese año suscribió un contrato con Asac Comunicación por el que ésta se comprometía a la prestación del cérvico durante los años 2008 y 2009.

Por resolución de la Universidad de Oviedo de 10 de octubre de 2008 se promovió el expediente y se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del Servicio de soporte y atención a usuarios de sistemas, productos y servicios basados tecnologías informáticas. La Universidad y Asac Comunicaciones suscribieron un contrato el 1 de febrero de 2009 para la prestación del servicio, que fue prorrogado el 31 de enero de 2010 hasta el 31 de enero de 2011.

10º) El 4 de octubre de 2010 la Universidad promovió un nuevo expediente para el Servicio de soporte y atención a usuarios de sistemas, productos y servicios basados en las tecnologías informáticas y de comunicaciones. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se indica que el objeto es la prestación del servicio para el Centro de Atención a Usuarios.



Las tareas del personal, según el pliego de Prescripciones Técnicas, era la atención del servicio de Gestión de Incidencias (resolución de 1º y 2º nivel), el servicio de instalaciones en el puesto cliente, bien en remoto o presencial, el servicio de inventario, el de mantenimiento de hardware y el servicio de soporte de software de base.

En la gestión de instalaciones de hardware se trata de la instalación de nuevos puestos y la sustitución de PCs, la instalación y desinstalación de aplicaciones y software de base (usuarios finales), la instalación de software de las Aplicaciones Corporativas de la Universidad, asesoramiento y apoyo en el montaje de aulas, el formateo de equipos, embalaje y transporte al almacén o taller de reparación, el servicio de soporte de red local que incluya tareas como interconexión de equipos, instalación y configuración de electrónica de red y la localización y reparación de problemas más frecuentes, la monitorización del correcto funcionamiento de las aplicaciones corporativas, la asistencia a los usuarios por problemas de configuración o uso del ordenador, la asistencia a los usuarios de la red inalámbrica de la Universidad y cualquier otra operativa que se estime oportuna por parte del personal del Centro de Atención a Usuarios.

Las tareas identificadas como "Otros Servicios" eran la colaboración cuando fueran requeridos, en la administración de los servidores del Servicio de Informática y Comunicaciones, la documentación de incidencias, procedimientos y elaboración de manuales de instalación y el diseño y mantenimiento de las páginas web del Centro de Atención a Usuarios, concretándolo con al Director Técnico.

El perfil del personal requerido era de técnico de Atención a Usuarios (mínimo 32 h/día), Coordinador (mínimo 6 h/día) y técnico de administración de sistemas (mínimo 8 h/día).

Se da por reproducido el resto del Pliego.

La Universidad designaba a un Director Técnico que haría el seguimiento del contrato junto con el coordinador de la codemandada

Por resolución de la Universidad de Oviedo de 11 de enero de 2011 se adjudicó el servicio a Asac Comunicaciones SL por un plazo de dos años desde el 1 de febrero de 2011 o desde la firma del contrato administrativo; fue corregida por otra de 31 del mismo mes, suscribiendo las partes el contrato para la prestación del servicio el 1 de febrero de dicho año. Fue prorrogado desde el 1 de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014.

11º) El 6 de octubre de 2014 la Universidad de Oviedo elaboró el Pliego de Prescripciones Técnicas para el Servicio de soporte y atención a usuarios de sistemas, productos y servicios basados en las tecnologías informáticas y de comunicaciones, para el Centro de Atención a Usuarios.

Las tareas del personal, según el pliego de Prescripciones Técnicas, era la atención del servicio de Gestión de Incidencias (resolución de 1º y 2º nivel), el servicio de instalaciones en el puesto cliente, bien en remoto o presencial, el servicio de inventario, el de mantenimiento de hardware y el servicio de soporte de software de base.

En la gestión de instalaciones de hardware se trata de la instalación de nuevos puestos y la sustitución de PCs, la instalación y desinstalación de aplicaciones y software de base (usuarios finales), la instalación de software de las Aplicaciones Corporativas de la Universidad, formateo de equipos, embalaje y transporte al almacén o taller de reparación, la monitorización del correcto funcionamiento de las aplicaciones corporativas a nivel de puesto de usuario, la asistencia a los usuarios para la resolución de problemas de configuración y uso del ordenador o de cualquiera de sus componentes, ya de forma presencial o remota y el soporte a la gestión de aulas de informática, entre otras.

Las tareas identificadas como "Otros Servicios" eran la colaboración cuando fueran requeridos, en la administración de los servidores del Servicio de Informática y Comunicaciones y la documentación de incidencias, procedimientos y elaboración de manuales de instalación.

En el soporte para la gestión de las aulas de informática, las tareas a realizar eran la gestión y mantenimiento de la infraestructura del Directorio Activo utilizado para la gestión y control de los equipos informáticos de las aulas, la gestión y mantenimiento de los servidores utilizados para el despliegue de imágenes de instalación a los equipos de las aulas, la realización de las imágenes de instalación de aulas, o, en su defecto, supervisión de la realización de las mismas por parte de los Becarios Informáticos, y el apoyo a éstos.

El perfil del personal requerido era de técnico de Atención a Usuarios (mínimo 40 h/día), Coordinador (mínimo 8 h/día) y técnico de administración de sistemas (mínimo 8 h/día).

Se da por reproducido el resto del Pliego.



Las partes suscribieron el contrato tras la adjudicación del servicio a Asac Comunicaciones SL el 8 de enero de 2015, el 1 de marzo del mismo año, con una vigencia hasta el año 2017.

12º) La actora impartió entre los días 3 y 29 de noviembre de 2006, un curso en la Universidad de Oviedo sobre la Gestión y Administración de Laboratorios Informáticos.

Asistió a un curso entre el 6 y 8 de julio de 2009, organizado por la Facultad de Ciencias de la Universidad de Oviedo, sobre Software libre.

13º) Desde el año 2006 la actora recibió instrucciones del Director del Área de Informática de la Universidad sobre temas relacionados con su trabajo como la configuración de los servidores en las aulas, revisión de aplicaciones instaladas por ella, copias de seguridad, configuración de medidas de seguridad, problemas de acceso a los servidores desde las aulas, propuesta de compra de nuevos servidores, coordinación de los becarios, etc. Mantuvo reuniones periódicas con el citado Director y otro personal del Área.

También mantuvo comunicación por esta vía directamente con los becarios, con diversos servicios de la Universidad en relación con sus tareas y con las empresas propietarias de las aplicaciones informáticas, desde el año 2007.

14º) La retribución que correspondería a un trabajador laboral de la Universidad, grupo II, con las condiciones laborales de la actora, sería de 26.020,95 € anuales.

15º) La actora presentó reclamación previa el 7 de enero de 2016 en la que solicitó el reconocimiento de la cesión ilegal y su derecho a incorporarse a la plantilla de la Universidad como personal laboral indefinido, en el grupo II, con el abono de 7.218,15 € en concepto de diferencias salariales. No fue resuelta.

16º) Presentó conciliación previa el 8 de enero de 2016 que se celebró el 22 del mismo mes sin avenencia. Interpuso la demanda el 1 de marzo.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimo la demanda interpuesta por Modesta contra ASAC COMUNICACIONES SL y UNIVERSIDAD DE OVIEDO y declaro que la actora es personal laboral indefinido (no fijo) de la Universidad de Oviedo, incardinado en el grupo II, con una antigüedad desde el 4 de septiembre de 2006, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que, solidariamente abonen a la actora 5.516,43 € en concepto de diferencias salariales".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por la empresa ASAC COMUNICACIONES SL y la UNIVERSIDAD DE OVIEDO, formalizándolos posteriormente. Tales recurso fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 21 de abril de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 25 de mayo de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de cesión legal de la actora declarando que es personal laboral indefinido (no fijo) de la Universidad de Oviedo con una antigüedad del 4 de setiembre de 2006, condenando a la Universidad y a la empresa Asac Comunicaciones a estar y pasar por esta declaración y a que solidariamente le abonen 5.516,43 euros en concepto de diferencias salariales y frente a esta sentencia se alzan en suplicación las demandadas. La Universidad interesando que se declare la inexistencia de cesión ilegal y la empresa Asac que no combate la cesión ilegal solicita que se condene únicamente a la Universidad al pago de las diferencias salariales.

Razones de método aconsejan analizar en primer lugar el recurso de la Universidad de Oviedo por cuanto de acogerse ya no procedería examinar el recurso de la empresa codemandada

En el primer motivo del recurso interesa al amparo del Art. 193 b) de la LJS, la revisión del hecho probado cuarto solicita la revisión del hecho probado octavo donde consta la constitución de la empresa Asac Comunicaciones SL así como su objeto social y el numero de trabajadores y ello para que se añada allí la cifra de negocio y los beneficios de los años 2011 a 2015, censura fáctica que tiene su apoyo documental en los f. 143 a 147 alegando al efecto que la adición es básica en relación con la acreditación de solvencia, organización productiva etc., de la empresa adjudicataria del servicio, no resultando atendible esta censura fáctica por innecesaria, habida



cuenta de que la propia sentencia admite en el cuarto fundamento de derecho que ASAC dispone de una organización empresarial propia tanto en bienes materiales como en personales.

SEGUNDO.- En el motivo de censura jurídica con amparo en el Art. 193 a) de la LJS se denuncia la infracción de los Arts. 43.2 y 42 del ET alegando en síntesis que estamos ante una contratación administrativa entre la Universidad de Oviedo y la mercantil codemandada Asac Comunicaciones tras un procedimiento ad hoc en la que se presentaron cuatro ofertas proponiendo la Mesa de Contratación la adjudicación a dicha empresa que obtuvo la mayor valoración y en la ejecución del contrato emplea a diez personas una coordinadora, ocho técnicos de campo y un técnico de sistemas (la actora) y para obtener una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de servicios se lleva a cabo en cuanto a la actora exclusivamente que la demanda de sus servicios se le transmita por la recurrente directamente a la actora a través del director técnico y es que la demanda de trabajos dada la cierta complejidad de estos podría diluirse si interviene una cadena de interlocutores, siendo estos trabajos que se le demandan y que la actora ejecuta, exclusivamente los objeto de contratación.

De otro lado alega que la empresa no carece de una organización propia y estable, sino que es una empresa real con actividad, organización etc., con una facturación que en 2015 superó los quince millones de euros y que si bien la empresa facilita un teléfono móvil y los ordenadores u otro material (o facilitar una cuenta de correo electrónico) es propiedad de la Universidad y que son demandados los trabajos por el director técnico de la Universidad, entiende que no es dable la conclusión obtenida de existencia de cesión ilegal por cuanto la cuenta de correo es diferente a la del personal de la Universidad y en cuanto al resto de materiales ninguna trascendencia tiene ya que lo esencial en estos casos es la aportación de la empresa adjudicataria de su "saber hacer" para la prestación del servicio contratado y por otro lado el ejercicio de la acción de control y supervisión por parte del director técnico designado por la Universidad es una circunstancia expresamente consignada en el pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio e insiste en que los trabajos ejecutados por la actora consisten exactamente en los servicios contratados no realizando función alguna extramuros del contrato suscrito y en que la recurrente no ha ejercido ni ejerce facultades inherentes a empresario respecto a la actora, que recaen y se ejecutan por su empleadora quien fija horarios, calendario laboral, ejerce la facultad disciplinaria, concede o deniega permisos y en cuanto a las vacaciones es la coordinadora quien las supervisa y controla por lo que concluye que estamos ante una lícita contratación administrativa, limitándose la Universidad a la exclusiva petición o demanda de la ejecución de los servicios objeto de la misma no existiendo cesión ilegal y por ello solicita que la sentencia de instancia sea revocada.

TERCERO.- Sobre la cuestión planteada ha de partirse de la inequívoca licitud del mecanismo descentralizador que supone la contrata de obras y servicios y que viene recogido en el artículo 42 del ET . Y es que, como ha declarado la doctrina unificada (por todas, STS 4/3/2008), en nuestro ordenamiento jurídico no existe una prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa. Legitimidad que, es cierto también y como advertirá siempre el Alto Tribunal, no impide el establecimiento de una serie de cautelas legales cuando el contrato objeto de una contrata no sea una obra o servicio sino, y en realidad, la pura y simple cesión de mano de obra prohibida por el artículo 43 del ET .

El artículo 43.2 del ET establece que, "en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente 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 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". La tarea de deslindar la lícita contrata de obras y servicios, de un lado, de la ilegal cesión de trabajadores de otra, se complica especialmente en aquellos casos como el presente en los que la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar o se desarrolla en el marco de la empresa principal o arrendataria.

Como declaraba el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de septiembre de 2001 la doctrina judicial ha recurrido, para solventar o enfrentar dicha dificultad, "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 1988), el ejercicio de poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 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 este último criterio se refería ya la sentencia del Alto Tribunal de 17 de enero de 1991 al apreciar la concurrencia de una contrata y descartar la cesión ilegal 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 pronunciaba la sentencia de 11 de octubre de 1993 , que se



refería a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal". Pero esto no significa, como se declaraba expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 que, "sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión ... (sino que) 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 ... (y) 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, no implicando en ella su organización y riesgos empresariales".

En tal sentido, la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontratas o cesiones ilegales de trabajadores se ha trazado de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita regulada por el artículo 42 del ET ; mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores prohibida y regulada por el 43 del ET.

Como resumen de lo expuesto, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2002), debiendo indicarse que la doctrina jurisprudencial viene teniendo en cuenta determinados criterios de valoración para efectuar dicha distinción: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico tales como capital, patrimonio, solvencia y estructura productiva. De toda esta doctrina jurisprudencial podría decirse que la llamada cesión mediata o indirecta de trabajadores, legalmente admitida por el inalterado artículo 42 del ET , requiere la existencia de dos reales empresas, con entramado organizativo y con personal y patrimonio propios que se prestan, una a la otra, un determinado servicio u obra que se encuadra en el marco de la actividad industrial, comercial o de servicios, propia de la empresa contratista, revelándose, dicha actividad, como tangencial respecto de la que caracteriza a la empresa principal o contratante. Si estas circunstancias no concurren y se utiliza, por tanto, de modo anormal o irregular el negocio jurídico de la contrata o subcontrata se estará ante el hecho ilícito de la cesión ilegal de mano de obra, hasta ahora, absolutamente prohibido (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2005 y de 4 marzo 2008).

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto de hecho que se analiza ha de llegarse a la misma conclusión que la alcanzada por la Juzgadora de instancia. En la resolución de instancia se exponen los elementos fácticos necesarios para considerar que concurre en la contrata examinada una cesión ilegal de trabajadores, siendo estos los siguientes:

La actora desde setiembre de 2006 presta servicios para la empresa Asac Comunicaciones con la categoría profesional de operador de periféricos, mediante un contrato temporal que se transformó en indefinido 3 de noviembre del mismo año, siendo su centro de trabajo la Unidad de Atención a Centros de la Universidad de Oviedo que forma parte del Servicio de Informática y Comunicación que a su vez depende del Area de Informática y del Vicerrectorado de Campus e Infraestructuras.

Desempeña tareas de técnico de sistemas y en el desarrollo de sus funciones utiliza únicamente los medios ofimáticos y de oficina de la Universidad de Oviedo, quien le proporcionó un teléfono móvil y dispone de una cuenta de correo en la Universidad indicando que se trata de una empresa adjudicataria y tiene acceso a la clave de administrador.

Dicha Unidad está servida por dos trabajadores, uno, la actora perteneciente a una empresa externa y otro un trabajador de la Universidad como personal laboral con formación de ingeniero, realizando ambos las mismas tareas, siendo el director del área de informática de la Universidad quien impartió instrucciones, tanto a la actora como al trabajador de la Universidad, con quien coordinó todas sus tareas, incluyendo los periodos de descanso, sin que la actora solicitara a Asac las vacaciones hasta que en mayo de 2016 y por tanto cinco meses después de que la actora presentara papeleta de conciliación solicitando el reconocimiento de la existencia de cesión ilegal, se implantó una aplicación informática en la que se introducía un plan de vacaciones.



Asac Comunicaciones destinó a la Universidad como coordinadora exigida en el pliego de prescripciones técnicas a Belinda , que nunca dio instrucciones de ningún tipo ni supervisó el trabajo de la actora, sin que tampoco lo hiciera la dirección de Asac ni otro trabajador de ella.

La actora recibía instrucciones del Director de Area de Informática sobre materias relacionadas con su trabajo, como la configuración de los servidores en las aulas, revisión de aplicaciones instaladas por ella, copias de seguridad, configuración de medidas de seguridad, problemas de acceso a los servicios desde las aulas, propuesta de compra de nuevos servidores, coordinación de becarios etc. y mantuvo comunicación por esta vía directamente con los diversos servicios de la Universidad en relación con sus tareas así como con los propietarios de las aplicaciones informáticas desde 2007, sin que en ninguno de los contactos a través de los correos electrónicos se refiriera a una mínima intervención de Asac.

QUINTO.- La situación descrita que permite entender que la demandante está bajo el pleno poder organizativo de la empresa principal, obliga al reconocimiento de la existencia de la cesión ilegal. Es cierto, como más arriba se ha dicho, que la contrata no queda desnaturalizada por el hecho de que puedan existir determinadas facultades de control por parte de la empresa contratante, admitiéndose que la misma pueda cursar determinadas instrucciones para la más adecuada prestación del servicio. Pero en el caso enjuiciado las facultades desempeñadas por la recurrente exceden de dichos cometidos en la medida en que en las tareas ordinarias no existía una supervisión por parte de la empresa contratista sino una relación funcional con los responsables de la Universidad, de manera que la demandante trabajaba con los empleados de ésta en el mismo proceso productivo desarrollado por ella, en las mismas instalaciones, y coordinado y organizado por la recurrente. El único vínculo que tenía el trabajador con la empresa Asac era en lo referente a la confección de sus nóminas y pago de su salario, circunstancia -a la que ni siquiera se refiere la recurrente- por si sola insuficiente para eludir el pronunciamiento de cesión ilegal.

A estos efectos es por completo irrelevante si la empresa Asac Comunicaciones SL es una entidad real y si disponen o no de estructura organizativa propia como empresa y no constituyen una mera ficción, puesto que lo importante, como se ha dicho, es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada, de forma que una empresa, por real que sea y a pesar de que disponga de una estructura material propia, puede ser cesionaria de mano de obra cuando en la prestación de un supuesto servicio a otra tercera se limita a poner a disposición de esta última trabajadores sin que su estructura material u organizativa juegue papel alguno en la organización y contenido de la prestación pactada, como aquí ha ocurrido.

Lo expuesto nos obliga a concluir, como hace la sentencia de instancia, que, en base a los hechos que se declaran probados, la relación entre las dos empresas demandadas ha constituido una contrata de servicios ficticia para lo que, y en realidad, la participación de la empresa Asac Comunicaciones SL se ceñía a una mera provisión de mano de obra. Esta circunstancia constituye un supuesto de cesión ilegal de trabajadores prohibido por el artículo 43.2 del ET .

Ninguna infracción del precepto legal alegado, y que pueda justificar la revocación de la resolución recurrida, puede ser reconocida, lo que conduce a la desestimación del recurso.

SEXTO.- El recurso del actor contiene un único motivo en el que al amparo del Art. 193 c) de la LJS denuncia la infracción de los Arts. 1.2 , 43.3 , 42 f) y 8 de ET alegando en síntesis que las consecuencias derivadas de la existencia de cesión ilegal en cuanto a las diferencias salariales entre lo que venía percibiendo la actora en la empresa Asac y lo que legalmente le corresponda percibir en la Universidad de Oviedo deben de quedar delimitadas únicamente a su real empleadora toda vez que las condiciones laborales inherentes a la incorporación de la Universidad son completamente diferentes a las existentes en la prestación de servicios de la actora para Asac y añade que se le impone a la recurrente la aplicación de una norma convencional que no le es de aplicación y que solo puede ser exigible para el personal de la plantilla de la Universidad pero no para el de Asac a la que se la causa un evidente quebranto económico.

Añade que una vez efectuada por la actora la elección de la empleadora a la que desea incorporar, la condena solidaria debe de corresponder a la empresa que voluntariamente ha elegido la actora en cuanto receptora directa de los servicios retribuidos de la trabajadora cedida, de modo que ejercitada la opción viene a quedar sin efecto el principio de solidaridad de cedente y cesionario, criterio seguido por la doctrina de suplicación citando al efecto la sentencia de la Sala de Extremadura de 23-2-2011 y la de Galicia de 24-10- 2016.

SEPTIMO.- En primer lugar procede señalar que, a tenor del artículo 6 del Código Civil , la jurisprudencia constituye la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpelar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, por lo que no cabe invocar como doctrina infringida el contenido de las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.



Cabe añadir aquí que las sentencias invocadas versan sobre procedimientos de despido y por lo tanto no guardan relación con el procedimiento ordinario al que no son extrapolables los efectos o consecuencias del despido al presente caso en relación con el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización.

En todo caso el Art. 43.3 del ET establece claramente que los empresarios cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores, lo que incluye los salarios que el trabajador tenga derecho a percibir de conformidad con la declaración de existencia de cesión ilegal, debiendo significarse que además en este caso las diferencias salariales objeto de condena son de periodo anterior a la interposición de la demanda y por ende anterior a la declaración de cesión ilegal y del ejercicio de la opción de la actora entre las empresas implicadas.

La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 05/12/2006 (RCUD 4.927/2005), dice así: "... la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores -en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es la anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006-, señalando que esta opción sólo tiene sentido "cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva". Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción -como lo será normalmente- por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aún en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión".

Esta doctrina es reiterada por las sentencias de 17/04/2007, 3-11-2008 y 15 de marzo, 27 de abril y 24 de noviembre de 2010 y esta Sala ha resuelto de forma reiterada la existencia de responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria en sentencias, entre otras, de 21 y 28 de febrero y 30 de marzo del presente años, dictadas en los RSU 2.455 y 2.962/16 y 105/17.

En razón a lo expuesto procede la desestimación del recurso de Asac.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por la empresa ASAC COMUNICACIONES SL y la UNIVERSIDAD DE OVIEDO contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de Modesta contra las recurrentes, sobre Cesión Ilegal, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Dese al depósito constituido el destino legal, y manteniéndose el aval como garantía del cumplimiento de la sentencia, con imposición a la empresa recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte actora recurrida e impugnante en la cuantía de 500 euros.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las



entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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