



Roj: **STSJ CL 5602/2014 - ECLI:ES:TSJCL:2014:5602**

Id Cendoj: **47186340012014101641**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2014**

Nº de Recurso: **1384/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **GABRIEL COULLAUT ARIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01706/2014

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208 Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2013 0003780 N08150

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001384 /2014 G

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000911 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de VALLADOLID

Recurrente/s: FUNDACION MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID

Abogado/a: MARIA CRUZ MARTINEZ ALONSO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FOGASA, ADMINISTRACION CONCURSAL DE VOLCONSA (Gustavo), María Cristina , VOLCONSA CONSTRUCCION Y DESARROLLO DE SERVICIOS S.A.

Abogado/a: , , JOSE ANTONIO CASTAÑEDA PEREZ , LUIS GARCIA OREA ALVAREZ

Ilmos. Sres.:

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de la Sala

D. Manuel M^a Benito López

D. Juan José Casas Nombela /

En Valladolid a veinte de noviembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **1384/2014**, interpuesto por la **FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Valladolid, de fecha 24 de abril de 2.014 , (Autos núm. 911/2013), dictada a virtud de demanda promovida por D^a. María Cristina



contra la **precitada recurrente, VOLCONSA CONSTRUCCIONES Y DESARROLLO DE SERVICIOS S.A., FOGASA Y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE VOLCONSA** sobre **DESPIDO DISCIPLINARIO**.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. **DON Gabriel Coullaut Ariño**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de agosto de 2.013 se presentó en el Juzgado de lo Social N° 1 de Valladolid demanda formulada por D^a. María Cristina en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **Primero.-** La demandante, D^a. María Cristina , con DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios en el complejo deportivo Canterac de titularidad municipal con la categoría de taquillera, desde el 1/05/1994, percibiendo un salario de 1.610,78 mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

La actora inició la prestación de servicios mediante la suscripción de contrato de trabajo con la empresa PROSEVA 2 SL, siendo subrogada en todos los derechos y obligaciones por la UTE Censenal Agrupada Instalaciones Deportivas el 1/01/2006, por la empresa Censenal Valladolid, S.L. el 1/01/2008, y por la demandada, Volconsa, en fecha 1/07/2011, al haberle sido adjudicado el contrato de servicios de mantenimiento celaduría y taquillería de las instalaciones deportivas municipales Gregorio Fernández y Canterac.

Segundo.- La Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Valladolid (FMD) adjudicó con fecha 20 de junio de 2011, por Decreto de su Presidencia Delegada nº 213/11 el contrato de "Servicio de Celaduría, taquillaje, Peonaje y Labores Complementarias en el Complejo Deportivo Municipal de Canterac y Polideportivo Gregorio Fernández" a la empresa Volconsa Construcción y Desarrollo de Servicios, S.A., de conformidad con los pliegos de cláusulas Administrativas Particulares y de prescripciones Técnicas que fueron aprobadas por su Comité Ejecutivo en sesión de fecha 9 de marzo de 2011. La duración del contrato inicialmente estaba establecida en 24 meses, contemplándose la posibilidad de prórroga por acuerdo expreso entre las partes por un periodo de 2 años, finalizando su vigencia el 30/06/2013.

Tercero.- Por la demandante se llevaba a cabo su actividad de taquillera fundamentalmente en las instalaciones deportivas del C.D. Canterac. Las tareas a desarrollar por los trabajadores de la empresa VOLCONSA, entre ellos, la actora, en el complejo deportivo de Canterac y el Polideportivo Gregorio Fernández consistían en cuanto se refiere al servicio de taquillería:

- Manipulación del sistema informático que pueda implantarse por la Fundación Municipal de Deportes en este complejo deportivo.
- Percepción y custodia del importe de los precios públicos por alquiler de alguno de los espacios deportivos de las diferentes instalaciones.
- Cuadrar la caja diariamente y entregar su importe en las oficinas de la Fundación Municipal de Deportes debidamente justificado, conforme a las normas establecidas por la Unidad de Recursos Económicos de esta Fundación, o en su caso, en la entidad financiera que designe la Fundación Municipal de Deportes justificando este extremo por el procedimiento que establezca la Fundación Municipal de Deportes.
- Préstamo de bicicletas
- Recepción de cuantas llamadas telefónicas se reciban en la instalación con la obligación de informar de diferentes aspectos y actividades relacionados con la Fundación Municipal de Deportes.
- Venta de entradas y bonos, inscripciones y renovaciones de abonados de piscina, etc., cuando así se indique desde la Fundación Municipal de Deportes. Percepción de precios públicos por actividades, eventos, etc. Organizados por la Fundación Municipal de Deportes.
- Elaboración diaria de la estadística de usuarios, según la descripción de los mismos que sea indicada por la Sección de Instalaciones de la Fundación Municipal de Deportes.
- Solicitará la acreditación o autorización a los usuarios que estén usando las instalaciones con el fin de efectuar un segundo control de accesos.
- Mantendrá en orden los diferentes tabloneros de anuncios existentes en la instalación.



Y en el de peonaje y labores complementarias incluía la realización de: Trabajos manuales como limpieza de vestuarios, pasillos, duchas, servicios, botiquines y demás zonas de los diferentes edificios e instalaciones, de almacenes, cuidando de su orden y estado, de zonas exteriores, llevándose a cabo incluso durante la asistencia de usuarios; carga y descarga y traslado de material, montaje y desmontaje de diferentes elementos de las instalaciones, así como equipamientos deportivos, su limpieza y reparación; trabajos de mantenimiento como pintura, soldadura, cerrajería, carpintería, albañilería et...; responsabilizarse de la manipulación del sistema de iluminación y climatización, avisando puntualmente a la Sección de instalaciones o a la empresa de mantenimiento contratada para la reparación de averías; todos aquellos trabajos tendentes al mantenimiento preventivo ordinario; apoyo al personal de taquilla; trabajos de jardinería; informar a la Sección de instalaciones de todas las incidencias, reposiciones necesarias...

La demandante como sus compañeros subrogados por Volconsa, disponían de ropa de trabajo con el distintivo de la citada empresa, cambiándose en un vestuario distinto al que lo hacía el personal de la propia FMD, tenían distinto horario, si bien todos ellos desarrollan las mismas tareas, en las mismas dependencias, utilizando el mismo material, productos y herramientas propiedad de la FMD, siendo dirigidos y recibiendo las órdenes del capataz de la FMD o encargado de la misma, directamente o por instrucciones que les dejaban los trabajadores de la FMD del turno de mañana, sin que ningún encargado de Volconsa estuviese en las instalaciones ni acudiese a las mismas de forma habitual o periódica, sino en alguna ocasión puntual. Los cuadrantes de vacaciones de los trabajadores contratados por Volconsa eran elaborados por ellos mismos, teniendo en cuenta las necesidades del servicio a prestar, e indicaciones dadas por el coordinador de la FMD, respecto al número preciso de operarios para cubrir el servicio, y considerando al propio personal de la FMD. El cuadrante de verano de las instalaciones de Canterac se hacía con inclusión de trabajadores de la FMD y de VOLCONSA. La demandante realizó un curso de formación con cargo a la FMD para la utilización del sistema informático de control de accesos y pago que se utilizaba en las instalaciones deportivas municipales con un ordenador de la FMD en su puesto de trabajo que ella usaba conforme a los procedimientos establecidos por la FMD.

Las nóminas de la demandante eran abonadas por VOLCONSA.

Cuarto.- Por parte de la FMD se dirigían circulares y comunicados a todo el personal de las instalaciones donde desarrollaba su actividad la actora en relación a su funcionamiento, y las pautas a seguir.

Quinto.- La empresa Volconsa, en varias ocasiones, desde enero de 2013, manifestó a la FMD su voluntad de no acceder a la prórroga del contrato, remitiendo VOLCONSA a la FMD, en fecha 28.05.2013, la documentación referida a los trabajadores según lo dispuesto en el art. 19.1 y s.s. del Convenio Colectivo Provincial del Sector de "Piscinas e Instalaciones Acuáticas de la provincia de Valladolid", incluyendo relación de trabajadores, 4 últimas nóminas, TCs de los cuatro últimos meses, certificado de estar al corriente en Seguridad Social, copia de los contratos de trabajo, y por la FMD del Ayuntamiento de Valladolid se remitió burofax a VOLCONSA, en fecha 14.06.2013, comunicándole que el día 30.06.2013 vencía el contrato de celaduría, taquilla, peonaje y labores complementarias en el Complejo Deportivo de Canterac y el polideportivo Gregorio Fernández, y que por su parte se tramitaba una nueva licitación para la adjudicación del contrato referido por procedimiento negociado según lo recogido en el mismo, rogando que continuasen prestando el servicio en los términos actuales hasta la adjudicación del nuevo contrato, solicitando el envío de la acreditación documental del abono de los salarios de los trabajadores hasta esa fecha, y caso de no poder prestar el servicio solicitado se les notificase, por escrito, al objeto de proceder por la FMD a la prestación del mismo por otra vía.

Sexto.- Con fecha 17/06/2013 la FMD aprobó expediente para la contratación del servicio por procedimiento negociado y tramitación de urgencia, por un periodo de 6 meses del 1.07 al 31.12.2013, y tras la licitación, habiéndose presentado una única oferta a nombre de Avanza Externalización de Servicios S.A., fue declarado desierto por Decreto de 26/06/2013.

La FMD asumió directamente la prestación del servicio, llevándola a cabo con su propio personal de plantilla, manteniendo abiertas las instalaciones deportivas, con ajustes de horario, cambios de centro y calendario laboral de algunos trabajadores de la plantilla de FMD, conllevando un ahorro para la FMD de costes, habiendo procedido en octubre de 2013 a adoptar la decisión de cerrar algunos días la piscina de Canterac, siendo comunicada aquélla decisión de prestación directa directamente con sus propios medios a Volconsa.

Séptimo.- Con fecha 3 de julio de 2013 la empresa codemandada Volconsa notifica a la demandante escrito con el contenido siguiente:

"... Le informo que el pasado día 14 de Junio de 2013 la Fundación Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Valladolid, nos notificó que están tramitando una nueva licitación para la adjudicación del "Servicio de Celaduría, Portería, Taquilla, Peonaje y Laborales Complementarias en complejo Deportivo de Canterac y Polideportivo Gregorio Fernández", y que nos solicitan la continuidad de nuestro contrato hasta que no tuvieran nueva empresa adjudicataria.



Con fecha día 28 de Junio de 2013 (Viernes) la Fundación nos notifica que la prestación de nuestro servicio finaliza el día 30 de Junio de 2013.

Les informamos que con dicha fecha son ustedes baja en esta Empresa, entendiendo que son ustedes personal subrogable a la empresa que vaya a prestar dicho servicio según se estipula en el art. 19.1. del Convenio Colectivo de Piscinas e instalaciones Acuáticas de Valladolid, siendo la Fundación Municipal de Deporte la que les tendrá que indicar con que empresa se subrogan ustedes, ya que esta entidad entiende que la decisión de la Fundación esta en fraude de ley ...".

Octavo.- El día 1.07.2013 la demandante junto a otros trabajadores, con contrato suscrito con VOLCONSA, acudieron a las instalaciones del C.D. Canterac, sin poder trabajar, entregando las llaves de las instalaciones y abandonando las dependencias, a requerimiento de los responsables de la FDM.

Noveno.- La empresa Volconsa fue declarada en concurso, siendo sus administradores, D. Gustavo , D. Luis Pedro y Dña. Miriam , habiéndose acordado, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, mediante Auto de fecha 7.06.2013 , abrir la fase de liquidación del concurso, disolver la entidad concursada, recayendo el nombramiento de liquidadores en los mismos administradores concursales.

Décimo.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores.

Decimoprimer.- La empresa demandada Volconsa ocupaba a 9 trabajadores en relación al contrato de servicios suscrito con la FMD demandada, que están en la misma situación que la demandante.

Decimosegundo.- Los puestos que en las instalaciones deportivas Canterac y Gregorio Fernández ocupaban los empleados de Volconsa han sido cubiertos por personal de la FMD que prestaban sus servicios en otras instalaciones deportivas municipales.

Decimotercero.- Por la Empresa Volconsa se opta por la indemnización en caso de declararse la improcedente del despido.

Decimocuarto.- La actora presentó la preceptiva conciliación y reclamación previa".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID que fue impugnado por D^a. María Cristina y VOLCONSA CONSTRUCCIONES Y DESARROLLO DE SERVICIOS S.A., y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Letrada de la demandada y recurrente FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES utiliza en el primer motivo del recurso la cobertura procesal de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , para pedir al Tribunal varias revisiones de hechos probados, que pasamos a analizar a continuación.

A) La primera modificación que pide la recurrente se refiere al ordinal tercero, en el que quiere sustituir la frase "siendo dirigidos y recibiendo órdenes directamente del capataz de la FMD o encargado de la misma, directamente o por instrucciones que les dejaban los trabajadores de la FMD del turno de mañana", por la siguiente "realizando tareas rutinarias de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas".

Esta alteración la obtiene la recurrente del pliego de prescripciones técnicas (folio 412) y del informe del Jefe de Sección de Instalaciones de la FMD (folios 318-320). El primer documento no sirve para justificar la modificación pretendida, no solo porque no expresa la realidad de lo acontecido, sino porque contiene la descripción de unas tareas que en ningún momento son calificadas como rutinarias. El segundo documento citado por la recurrente no es sino una testifical documentada y como tal prueba deviene inadecuada para revisar el relato de hechos probados en este extraordinario recurso de suplicación. Por último, es fácil constatar que la expresión que la recurrente trata de introducir en el ordinal tercero constituye una valoración subjetiva que, como ya dijimos, carece de apoyo literosuficiente en los documentos invocados.

B) La segunda modificación, también del hecho probado tercero, tiene como objeto sustituir "Los cuadrantes de vacaciones de los trabajadores contratados por Volconsa, eran elaborados por ellos mismos, teniendo en cuenta las necesidades del servicio a prestar, e indicaciones dadas por el coordinador de la FMD, que conocían por ' Bernardo ', respecto al número preciso de operarios para cubrir el servicio, y considerando al propio personal de la FMD. El cuadrante de verano de las instalaciones de Canterac se hacía con inclusión de trabajadores de la FMD y de Volconsa" por "Los cuadrantes de vacaciones se elaboraban por VOLCONSA."



La recurrente justifica esta última modificación del hecho probado tercero basándose, por un lado, en el antes citado informe del Jefe de la Sección de Instalaciones de la FMD, cuya nula fuerza probatoria en este recurso ya expusimos en el apartado anterior; y, por otro, en diversos correos electrónicos intercambiados entre responsables de la FMD y de VOLCONSA. En estos correos electrónicos los intervinientes hablan de forma vaga y genérica sobre horarios de apertura, sobre cuadrantes, sobre coordinación de horarios, etc., pero no desmienten en absoluto la apreciación de la Magistrada, extraída de otros medios de prueba, acerca de la elaboración de los cuadros de vacaciones por los propios trabajadores de VOLCONSA.

SEGUNDO .- Con el amparo procesal de la letra c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, la Letrada de la recurrente denuncia en el segundo motivo del recurso la infracción de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española al producirle indefensión la valoración de la prueba practicada por la Magistrada de instancia; de lo establecido en el artículo 24.2 de la Ley Fundamental, cuando reconoce el derecho de todos los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinentes; y, por último, la vulneración de los artículos 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. La recurrente mantiene la tesis de que en la sentencia impugnada solo se recoge lo señalado por los testigos propuestos por la parte demandante, sin valorar el informe del Jefe de la Sección de Instalaciones de la FMD, lo cual vulnera los preceptos constitucionales señalados y le provoca indefensión.

Se defienden las recurridas poniendo de relieve que la valoración de la prueba es una facultad libérrima del juzgador de instancia y que en un recurso extraordinario como este solo puede discutirse mediante la revisión de los hechos probados o la denuncia de infracción o violación de la legalidad aplicada, no incurriendo en ninguna de ellas por el hecho de que la Magistrada haya dado mayor credibilidad a un testigo que a otro.

En la sentencia de esta misma Sala de fecha 12 de septiembre de 2014 (rec. 1276/14) ya nos referimos a estas cuestiones planteadas por la recurrente diciendo que por lo que respecta a la valoración de la prueba es reiterada la jurisprudencia que viene a señalar que es al Juez "a quo" a quien compete en exclusiva la valoración de la prueba, art. 97.2 de la LRJS tal y como ya hemos señalado al contestar los anteriores motivos del recurso. Siendo este, quien puede elegir, entre las efectuadas, las que considere más atinadas objetivamente o de superior valor científico y tal operación ha de ser inamovible en este momento, salvo error evidenciado mediante pruebas documental o pericial. Y ello no supone aceptar una absoluta soberanía en la apreciación probatoria, ni la libertad de seguir sus impresiones o conjeturas, pues el artículo 24.2 de la Constitución exige en este punto (S. del T.C. n.º 44/89, de 28 de febrero) una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional (S. de la Sala de 12.12.98). Y es que conviene recordar que el Juzgador a quo ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (STS 18/11/1999 / [RJ 1999 \8742]).

No se puede entender que se hubiera violado el derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerándose con ello el art 24 de la Constitución Española, citado por la parte recurrente, por el hecho de que por la Magistrada de instancia se hiciera una valoración de la prueba y se declaran probados hechos distintos a los pretendidos por la parte recurrente. Y así se valorase la prueba testifical practicada de forma distinta a la pretendida por la recurrente, que es facultado de la juzgadora de instancia; en cuanto a la valoración de la prueba documental, nos remitimos a lo ya expuesto al contestar el anterior motivo del recurso para evitar repeticiones innecesarias. Tampoco consta que a la recurrente se le hubiera denegado prueba alguna y esta denegación le hubiera causado indefensión, sin que conste protesta alguna a efectos de su posible alegación en el recurso de suplicación.

Se refiere también la recurrente a la situación de concurso voluntario de la codemandada VOLCONSA, como consecuencia de la cual su representación en juicio corrió a cargo de la administración concursal, invirtiéndose la carga de la prueba, recayendo en su totalidad sobre la FMD, dando lugar a una prueba "diabólica", ya que se le obliga a demostrar que VOLCONSA ejercía sus poderes de dirección y control sobre sus trabajadores, prueba que no está al alcance de la recurrente, que solo mantenía con la empresa codemandada una relación contractual. En este punto la representación de VOLCONSA afirma en la impugnación que actuó de buena fe, que no existe la prueba diabólica señalada por la recurrente, que la organización del Ayuntamiento le resulta completamente extraña y que la realidad revela la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. Por su parte, la trabajadora alega que la afirmación de la recurrente está vacía de contenido, que la situación de concurso de VOLCONSA no ha invertido la carga de la prueba y que la prueba para demostrar la inexistencia de cesión ilegal es la misma estando o no en concurso la referida empresa codemandada.



Planteada así esta cuestión, la Sala se muestra de acuerdo tanto con la sentencia de instancia como con las alegaciones de las impugnantes del recurso. El hecho de que la codemandada VOLCONSA se halle en situación de concurso no modifica ni la existencia de la posible cesión ilegal ni tampoco los medios de prueba necesarios para acreditarla o para desmentirla. Con independencia de que VOLCONSA se hallase en situación de concurso, la recurrente FMD pudo aportar al procedimiento los medios de prueba necesarios para desvirtuar la existencia de la cesión ilegal que la actora preconizaba en su demanda, sin perjuicio de que la codemandada presentase también las pruebas que estimase oportunas. En todo caso, si no tenía la documentación precisa en su poder la FMD pudo solicitarla y obtenerla solicitando su aportación para el juicio a la titular a través de los mecanismos procesales correspondientes.

TERCERO .- El tercero y último de los motivos del recurso, con el mismo amparo procesal del anterior, lo destina la recurrente a denunciar la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores .

Después de analizar varios aspectos (posibilidad de que la Administración pueda lícitamente acudir a la descentralización de servicios, realización de tareas por los trabajadores, utilización de los materiales de la FMD por los empleados de VOLCONSA, la indumentaria, etc.) la recurrente llega a la conclusión de que nos encontramos ante una contrata lícita, permitida por la Ley de Contratos, en la que la empresa principal, la FMD, se limita a recibir el resultado de la ejecución por el contratista, que es quien se responsabiliza de la correcta realización de los trabajos, para lo que aporta sus medios de orden personal y organiza a sus trabajadores dirigiendo y controlando para que se cumpla el objeto de la contrata y ello con independencia de que los trabajadores de la contrata utilicen la infraestructura y medios de la empresa principal en cuyas dependencias se realizaban las actividades de la contrata.

Se oponen las recurridas aduciendo que la relación de los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de Valladolid demuestran claramente la existencia de la cesión ilegal de trabajadores por parte de VOLCONSA y la FMD.

Esta misma es la tesis que ha sostenido la Sala en la sentencia antes referida. Dijimos entonces, y repetimos ahora: "Es cierto tal y como se argumenta por la recurrente y también en la sentencia recurrida, que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva tampoco a la Administración. Pero ello no quiere decir, en contra de lo alegado por la recurrente, que la cesión ilegal solo pueda existir cuando la empresa que contrata al trabajador sea una empresa ficticia (STS. de 8 de Marzo de 2011). Sino que también puede existir una cesión ilegal aunque tal empresa, en este caso la codemandada Volconsa sea una empresa real, lo que tampoco se ha discutido. Y así en la referida sentencia de la Sala de lo Social del TS, también citada en la sentencia recurrida, expresamente se señala 'Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del art 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios, que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores '.

También y en contra de lo esgrimido por la recurrente la cesión ilegal no solo es posible en el supuesto que resulten implicadas empresas privadas, sino que también puede afectar a las Administraciones públicas; así y por todas SSTS 17 de Septiembre de 2002 , 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009 .

Es cierto tal y como señala la STS de fecha 19 de junio de 2012 (rec. 2200/2011) y las que en ella cita que 'en ocasiones no es fácil diferenciar la contrata de la cesión, dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario. Y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita'. Y sigue argumentándose en la mencionada sentencia que 'para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositivo en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropie efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.'

Pues bien en este caso, y de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y aquellos otros que con igual valor se declaran en los Fundamentos de Derecho. Se puede llegar a la conclusión que el actor, que llevaba a cabo su actividad de peón de mantenimiento en el C.D. Canterac, la realizaba al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa Volconsa. Que si bien aparece formalmente como empleadora y le venía retribuyendo, no ha puesto en juego ni su organización productiva ni su gestión empresarial, como se señala en la STS antes citada. Y ello no tanto y no solo, porque la prestación de servicios se realizara en un centro de trabajo de la hoy recurrente y utilizado los medios de esta (hecho probado



tercero) sino porque y sobre todo quien dirigía y organizaba los trabajos a realizar era el personal de la FMD, concretamente su Capataz sin que ningún encargado de Volconsa interviniera. Tal es así que transcurrían largos periodos sin que encargado alguno de Volconsa se personase en el centro donde el actor prestaba sus servicios y no se ha acreditado que el actor, incluso ocasionalmente recibiera órdenes de algún encargado o personal de Volconsa o que por éstos se le controlara el trabajo realizado.

El hecho que en el pliego de condiciones de la contrata celebrada en su día, figuren los trabajos que se tengan que realizar, y que son objeto de la contrata, no supone que por la simple realización de los mismos se esté desempeñando el trabajo dentro de la organización y dirección de la contratista. Si no que lo que es determinante es como efectivamente se desarrollaban tales cometidos. Y el actor venía prestando sus servicios con el resto de trabajadores de la FMD, como un trabajador más y bajo las órdenes de personal de ésta y con los medios, material y productos que ésta ponía a su disposición. Además se coordinaba con el resto de personal de la FMD y con el resto de trabajadores de Volconsa a fin de mantener suficiente personal para mantener el servicio -confección de cuadrantes-. Y también en la confección del cuadro de vacaciones, que los trabajadores de Volconsa realizaban, se coordinaban con el resto de personal de la FMD, a fin de mantener suficiente personal para el mantenimiento del servicio.

Llegamos por lo tanto a la conclusión, al igual que ya lo hiciera la Magistrada de instancia, que el actor estaba prestando sus servicios no dentro de la organización y dirección de la mercantil Volconsa, que formalmente le había contratado, sino de la Fundación Municipal de Deporte -Ayuntamiento de Valladolid-, lo que supone una cesión ilegal. Criterio éste que entendemos es el seguido por la Sala de lo Social del TS en sentencia de fecha 6-3-2013 (Rec 616/ 2013), que llega a la conclusión de que se dan los elementos necesarios para apreciar cesión ilegal de trabajadores, puesto que la empleadora que en todo momento tuvo bajo dirección y control de la actividad a la trabajadora fue la propia Xunta y no la empresa que formalmente contrató a la trabajadora, que efectuó una cesión de trabajadores pese a tratarse de una empresa real y con actividad propia. La Xunta dirigía la actividad de la trabajadora, que desarrollaba el trabajo junto con empleados de la Xunta, siendo todos los medios puestos a disposición para la realización del trabajo de la Xunta y efectuando únicamente la TRAGSEGA autorización de los períodos de vacaciones y poniendo a disposición los medios de prevención de riesgos laborales."

Todo ello nos lleva a concluir, manteniendo el criterio de la Magistrada de instancia y al igual que hicimos en idéntica situación en la sentencia que se acaba de transcribir, que se ha producido una cesión ilegal por lo que procede desestimar también este último motivo del recurso.

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por la **FUNDACIÓN MUNICIPAL DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 1 de Valladolid, de fecha 24 de abril de 2.014 , (Autos núm. 911/2013), dictada a virtud de demanda promovida por D^a. María Cristina contra la **precitada recurrente, VOLCONSA CONSTRUCCIONES Y DESARROLLO DE SERVICIOS S.A., FOGASA Y ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE VOLCONSA** sobre **DESPIDO DISCIPLINARIO** , y en su consecuencia, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 4636 0000 66 **1384/2014** abierta a nombre de la Sección 1^a de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.



Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvase los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ