



Roj: **STSJ ICAN 1328/2015 - ECLI:ES:Tsjican:2015:1328**

Id Cendoj: **35016340012015101061**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **27/08/2015**

Nº de Recurso: **495/2015**

Nº de Resolución: **1180/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

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

Sección: MAR

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000495/2015

NIG: 3501644420130007199

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 001180/2015

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000720/2013-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Recurrente CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO

Recurrido Maite ANTONIO MARIA REYES RODRIGUEZ

Recurrido SERVI 7 S.L.

FOGASA FOGASA

En Las Palmas de Gran Canaria, 27 de agosto de 2015.

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. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**



En el Recurso de Suplicación núm. 495/2015, interpuesto por la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO, frente a Sentencia 50/2015 del Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 720/2013-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Maite , en reclamación de Despido siendo demandado/a D./Dña. CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO, FOGASA y SERVI 7 S.L. y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria parcial el día 20 de febrero de 2.015 por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:"PRIMERO.- Que Dña. Maite ha venido prestando sus servicios a tiempo completo y por tiempo indefinido, formalmente contratada para Servi7 S. L., en las dependencias de la Consejería demandada desde el 1 de junio de 2002, con la categoría de Ordenanza, y percibiendo un salario en nómina de 25,33 euros brutos diarios con prorrata de pagas extraordinarias. La actora tiene antigüedad en la empresa Servi7, S. L. reconocida, de 2 de julio de 2001.

SEGUNDO.- Que la actora estuvo trabajando de forma directa para la Consejería demandada en virtud de una contrata de prestación de servicios firmada entre la Consejería referida y Servi7 S. L., que se prorrogaba anualmente, desde 1 de junio de 2002, siendo el objeto de la misma la "atención de la centralita de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio". La última prórroga de la contrata de servicios se produjo el 25 de junio de 2012, con efectos hasta el 25 de julio de 2013. Dicha contrata se extinguió a su finalización. En las últimas prórrogas, y por ubicarse en dicho edificio la Consejería demandada, la contrata fijaba como lugar de prestación de los servicios el Edificio de Servicios Múltiples III, siendo la descripción del servicio la atención a la centralita de teléfono, recepción y envío de llamadas; la información al público de los distintos departamentos de la Consejería, a donde deben dirigirse para solventar dudas o asuntos administrativos. La jornada establecida era, en horario de invierno, de 07:45 a 15:00 horas, de lunes a viernes por la mañana, y en horario de verano, de 7:45 a 14:00, de lunes a viernes por la mañana. Por otra parte, establecía de forma expresa que "Si por motivos de celebración de algún acto que se prolongue fuera de este horario la empresa se responsabilizará de cubrir el servicio, siempre y cuando se notifique a la Empresa con anterioridad suficiente. La Empresa se compromete sin coste alguno para esta Consejería a suplir bajas por enfermedad o cualquier otro tipo de la persona puesta por ella para realizar este servicio".

TERCERO.- La actora estuvo prestando servicios en los últimos años en el Edificio de Servicios Múltiples III donde se encontraba ubicada la Consejería demandada, compartiendo el servicio de atención telefónica del edificio con otra persona, trabajadora por cuenta ajena de la Comunidad Autónoma, realizando ambas las mismas funciones. La trabajadora recibía órdenes directas del Administrador del Edificio en relación con el desvío de llamadas u otras incidencias relacionadas con las llamadas que atendían, sin que hiciera ella ni la otra telefonista, función específica de atención al público, más allá de poder responder excepcionalmente a una pregunta de algún ciudadano que se acercara a ellas, al estar ubicadas al lado del guardia de seguridad del Edificio. La actora portaba uniforme de Servi7, S. L., solicitaba las vacaciones a la empresa Servi7, S. L., y era sustituida durante el período vacacional por un trabajador contratado por Servi7, S. L. No obstante, ponía en conocimiento las vacaciones y permisos de los que disfrutaba al departamento de recursos humanos de la Comunidad Autónoma, la cual no estaba informada de la situación especial en que prestaba servicios la actora. Ninguna persona de Servi7, S. L. se pasaba por la Consejería o controlaba de alguna forma el trabajo de la actora. La actora prestaba servicios en el mismo horario que los trabajadores de la Comunidad Autónoma.

CUARTO.- Que el 10 de julio de 2013 recibe en mano comunicación de despido objetivo, del siguiente tenor literal: "En Las palmas de Gran Canaria, a 10 de julio de 2013. Estimada Sra. La Dirección de SERVI7, S. L. lamenta comunicarle la necesidad de extinguir su contrato de trabajo por causas productivas y organizativas al amparo del artículo 52.c) y 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. En cumplimiento de las previsiones legales le comunicamos que la medida será efectiva el próximo día 25 de Julio de 2013. La extinción del contrato por las causas expuestas comporta el derecho a una indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, que en su caso es de 5.952,55 euros que la empresa ha puesto a su disposición mediante transferencia bancaria en su cuenta habitual. Las causas productivas y organizativas que justifican la presente decisión son las siguientes: 1º Vd. Está adscrita al servicio de "ATENCIÓN DE LA CENTRALITA DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO", que actualmente se viene presentado en el edificio de Usos Múltiples III de lunes a viernes en turno de mañana. Este servicio depende de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y consta de un único puesto de trabajo, que es el ocupado por Vd. siendo sus funciones las propias de la categoría de ordenanza. 2º El contrato en el que Vd. viene prestando sus servicios llegaba a su fin el pasado 25/07/12 si bien la Consejería de Empleo, Industria y Comercio acordó su prórroga durante un año hasta el 25/07/2013. Recientemente la citada Consejería ha comunicado a SERVI7 la lamentable decisión de



no volver a prorrogar el contrato, dándolo por extinguido con fecha 25/07/13, procediendo a asumir el servicio con su propio personal, sin voluntad o intención de adjudicar nuevamente el servicio a una empresa externa. 3º Con motivo de la decisión de la Consejería de dar por extinguido el servicio de "ATENCIÓN DE LA CENTRALITA DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO" sin que se adjudique a una nueva empresa, lo que impide toda posibilidad de fenómeno subrogatorio, nos vemos en la necesidad de amortizar su contrato laboral por haberse quedado sin ocupación y puesto de trabajo. La decisión de la Consejería genera en la empresa un desencaje por exceso de plantilla ante la carga productiva de la empresa. El puesto que Vd. venía ocupando desaparece contra la voluntad de esta parte y es por lo que nos vemos en la necesidad de adoptar la lamentable pero responsable decisión de amortizar su relación laboral para garantizar la viabilidad de la empresa, manteniendo una óptima y adecuada utilización de los recursos, y con ello el equilibrio productivo necesario. El desajuste creado entre la fuerza de trabajo y las necesidades de producción, al extinguirse la contrata en la que Vd. venía siendo ocupada, además de la viabilidad, compromete la posición competitiva de la empresa en el mercado, ya que su contrato laboral se convierte en un coste fijo para la empresa no compensado por la remuneración propia de la prestación de servicios. Es por los motivos expuestos por lo que la empresa adopta la presente decisión como una decisión responsable para poder mantener la viabilidad de la empresa y su situación competitiva en el mercado. La empresa extingue su contrato laboral por ser Vd. quien estaba adscrita al servicio que la Consejería extingue. Rogamos entienda los motivos y causas que hacen necesaria esta decisión y firme la presente por duplicado a los simples efectos de notificación y constancia".

La actora ha percibido la cantidad indemnizatoria de 5.952,55 euros, que han sido abonados por Servi7 S. L.

QUINTO.- Que la actora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo de Las Palmas el 27 de mayo de 2013, siendo los siguientes hechos que se denuncian: "1. Que desde julio de 2001 en que fui contratada por Servi7 SL vengo desempeñando mis tareas como telefonista, atención personal al público y de ordenanza o subalterno además de auxiliar administrativo para el Gobierno de Canarias Consejería de Industria. 2.- Que inicialmente el centro de trabajo fue en la calle Cebrián de Las palmas y desde hace unos 6 años en el actual Edificio de Usos Múltiples III sito en León y Castillo. 3.- Que siempre he estado contratado como única trabajadora de Servi7 en estas dependencias, y todo el material, equipamiento y demás útiles son aportados por la Consejería de Industria, limitándose Servi7 a facilitarme el uniforme y la nómina mensual. 4.- Que las instrucciones de licencia, vacaciones, bajas médicas y demás las recibo de personal funcionario de la Consejería. 5.- Que comparto lugar de trabajo con otros funcionarios y laborales de la citada consejería sin que, haya distinción entre ellos y yo, en relación a la jornada de trabajo, condiciones de seguridad y salud, etc. 6.- Que Servi7 me tiene contratada como Ordenanza, sin embargo las tareas que vengo realizando son las de telefonista, atención al público en persona y tareas complementarias o auxiliares administrativas, con uso de ordenador y otros útiles. 7.- Que igualmente consta que mis servicios no vienen amparado por ningún concurso de adjudicación o licitación pública de la empresa Servi7: por tanto hay indicios claros de tratarse de una cesión ilegal de trabajadores o de un contrato en fraude de ley. Por tanto, vengo a solicitar VISITA DE INSPECCIÓN y se levante acta acreditando la realización y descripción de tareas, antigüedad y demás datos relevantes por si existiera cesión ilegal de trabajadores entre ambas empresa ahora denunciadas, así como se contacte con los representantes del comité de empresa de la Consejería (.).".

SEXTO.- Que la actora procedió a entregar en mano en la empresa el mismo día en que fue despedida y una vez que se le entregó la carta de despido, citación para que la empresa Servi7 S. L. procediera a personarse en las oficinas de la Inspección de Trabajo el 16 de julio de 2013 a las 12:00, a resultas de la denuncia efectuada. La empresa Servi7 SL tiene en nómina a más de 150 trabajadores.

SÉPTIMO.- Que una trabajadora de la categoría de telefonista se encuentra encuadrada en el grupo 5 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma Canaria, percibiendo mensualmente, sin prorrata de pagas extraordinarias, 1.187,92 euros (45,56 euros brutos diarios con prorrata de pagas extraordinarias).

OCTAVO.- Que la actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores.

NOVENO.- Que en fecha 26 de julio de 2013, la actora presentó papeleta de conciliación contra la empresa demandada, por despido y cesión ilegal, celebrándose el acto el 9 de agosto de 2013, con el resultado de "sin avenencia". El día 29 de julio de 2013 presentó reclamación administrativa previa contra la Consejería de Industria, Empleo y Consumo del Gobierno de Canarias, siendo la misma contestada en sentido desestimatorio mediante Resolución del Secretario General Técnico de 12 de septiembre de 2013."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"?Que estimo parcialmente la demanda promovida por Dña. Maite , contra Servi7, S. L., Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias y Fondo de Garantía Salarial, declarando en primer



lugar la existencia de cesión ilegal entre la empresa y la Consejería demandadas, debiendo tener a la actora como indefinida pero no fija de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, con antigüedad de 1 de junio de 2002, y declaro asimismo la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante, condenando solidariamente a Servi7, S. L. y a la Consejería demandada a estar y pasar por esta decisión y a asumir las responsabilidades que de la declaración de cesión ilegal se deriven -incluido el despido improcedente-, debiendo la Consejería optar por readmitir a la trabajadora o, alternativamente, abonar a la misma la cantidad de veintidós mil doscientos cuarenta y cuatro euros con sesenta y siete céntimos (22.244,67 euros), en concepto de indemnización, debiendo ejercitarse la opción en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá obligatoria la readmisión, con abono, de proceder esta última, de la cantidad de 45,56 euros diarios desde el 26 de julio de 2013 -día siguiente al del despido producido- hasta la fecha en que se ejercitase o se entendiera ejercitada la opción por la readmisión. Caso de optar la Consejería demandada por la indemnización, se descontará de la cantidad fijada en sentencia los 5.952,55 euros ya abonados, siendo la fecha de extinción del contrato el 25 de julio de 2013, fecha efectiva del despido. Caso de optarse por la readmisión, deberá la trabajadora reintegrar a Servi7, S. L. los 5.952,55 euros abonados con anterioridad al dictado de esta resolución. Finalmente, condeno al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por esta resolución, asumiendo las responsabilidades que le puedan corresponder."

?CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO, 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.- Frente a la sentencia que, estimando parcialmente la demanda, declaró la existencia de cesión ilegal entre las codemandadas así como la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante, condenando solidariamente a ambas codemandadas a las responsabilidades correspondientes, con obligación de la Administración demandada de readmitir, en su caso, a la trabajadora; se alza dicha Administración en suplicación alegando un motivo de revisión fáctica y tres de censura jurídica, a fin de que, con revocación de aquella, sea desestimada la demanda.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191 b) LRJS , (habrá de entenderse art. 193 b) LRJS ), la parte recurrente propone la adición del siguiente texto al hecho probado 3º:

"El administrador del edificio de servicios múltiples III don Ismael , funcionario dependiente de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad, no estaba autorizado a impartir instrucciones a personal que prestara servicios en virtud de contrato administrativo en la Consejería de Empleo, Industria y Comercio, aunque sí para el personal perteneciente a aquella Consejería como era el caso del Sr. Ovidio , trabajador con categoría de telefonista."

Basa su propuesta en el informe del Jefe de Servicio de Patrimonio unido a los folios 486 y 487.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero , 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986 ) y STS, 17 de noviembre de 1990 ) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.





La modificación propuesta no puede ser acogida por no gozar de la naturaleza de prueba documental el informe preparado "ad hoc" por el aludido funcionario para ilustrar al Letrado de la Administración, además de que dicho texto constituye una valoración propia de la parte encaminada a la conclusión que le interesa.

TERCERO.- Con amparo en el art. 191 c) LRJS , (habrá de entenderse art 193 c) LRJS ), la misma parte aduce infracción del art. 43 ET . Insiste en la excepción de falta de acción alegada en la instancia, basada en que la demanda se presentó el día 3-9-2013, cuando la supuesta cesión ilegal de la trabajadora había desaparecido con su cese. Cita en apoyo de su aserto la Jurisprudencia recogida en la STS de 29-10-2012 (Rec 4005/2011 ). Pero lo que establece tal doctrina es que la demanda fija el momento en el cual se producen los efectos de la litispendencia, es decir, cuando ha de analizarse si concurren los elementos de hecho que conducirían al reconocimiento de la existencia de cesión ilegal, que en este caso consiste en la necesaria determinación previa del verdadero empleador de la trabajadora, a efectos de la atribución de las responsabilidades derivadas de su despido. O como dice la STS de 14-9-2009 (Rec 4232/2008 ):

"Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986 , la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980 , 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)". La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL".

En consecuencia procede la desestimación del motivo.

CUARTO.- Con idéntico amparo la misma parte alega infracción del art. 43 en relación con el art. 42 ambos del ET . Sostiene que no ha existido la cesión ilegal de la trabajadora entre las codemandadas que la sentencia de instancia ha reconocido.

En relación con la cesión ilegal de trabajadores el TS ha recordado en su sentencia de 4-3-2008 (Rec. Num. 1310/2007 ) lo siguiente:

"CUARTO.- 1.- Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET ] lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [ STS 27/10/94 -rec. 3724/1993 -]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas ( STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, Pero en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control- el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección.

2.- En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Y que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del art. 43 ET , precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las



obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio ( SSTS 21/03/97 -rec. 3211/1996 -; 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/12/01 -rec. 244/2001 -; 17/01/02 -rcud 3863/00 -; 17/12/01 -rcud 244/2001 -; 30/11/05 -rcud 3630/04 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; y 17/04/07 -rcud 504/06 -).

3.- De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones 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» ( SSTS 03/10/05 -rcud 3911/04 -; 30/11/05 -rec. 3630/04 -; 17/04/07 -rcud 504/06 -; y 20/07/07 -rco 76/06 -); y que «...pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio» ( STS 20/07/07 -rco 76/06 -).

4.- Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar - en el argumento sobre la falta de contradicción- que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales ( SSTS 17/07/93 -rcud 712/92 -; 19/01/94 -rcud 3400/92 -; 12/12/97 -rec. 3153/96 -; 03/02/00 -rec. 1430/99 -; 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 27/12/02 -rec. 1259/02 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; 11/11/03 -rec. 3898/02 -; 20/09/03 -rcud 1741/02 -; Centro de Documentación Judicial 9 03/10/05 -rcud 3911/04 -; 30/11/05 -rcud 3630/04 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; 24/04/07 -rcud 36/06 -; 21/09/07 -rcud 763/06 -; 26/09/07 -rcud 664/06 -; y 04/12/07 -rcud 1377/06 -).

En este último aspecto se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (con numerosas citas, las SSTS 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 14/03/06 -rcud 66/05 -), de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio ( SSTS 12/12/97 -rec. 3153/1996 -; y 24/04/07 -rcud 36/06 -).

5.- Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es 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 de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTS 14/09/01 -rec. 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 14/03/06 -rcud 66/05 -).

QUINTO.- 1.- De todas formas, cuando la contrata consiste 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 un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [ STS 07/03/88 ]; el ejercicio de los poderes empresariales [ SSTS 12/09/88 , 16/02/89 , 17/01/91 -rcud 990/90 - y 19/01/94 -rcud 3400/92 - ] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... [ SSTS 17/01/91 -rcud 990/90 - y 11/10/93 -rco



1023/92 -] ( SSTS 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 14/03/06 -rcud 66/05 -).

2.- Y en otras ocasiones se ha dicho que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo [ STS 11/07/86 ; 17/07/93 -rcud 1712/92 -; 11/10/93 -rco 1023/92 -; 18/03/94 -rcud 558/93 -; y 12/12/97 -rcud 3153/96 -], debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita [ STS 12/09/88 ; y 19/01/94 -rcud 3400/92 -]. 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 art. 42 del ET , mientras que los casos de contrataciones 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. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio 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 ( STS 30/05/02 -rec. 1945/2001 -)."

En este caso del inalterado relato fáctico se deduce que la actora, con categoría profesional de ordenanza venía prestando sus servicios a tiempo completo y con carácter indefinido para Servi 7, S.L. en las dependencias de la Consejería demandada desde 1-7-2002.

Estuvo trabajando de forma directa para la Consejería en virtud de una contrata de prestación de servicios firmada entre la Consejería referida y Servi7 S. L., que se prorrogaba anualmente, desde 1 de junio de 2002, siendo el objeto de la misma la "atención de la centralita de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio". La última prórroga de la contrata de servicios se produjo el 25 de junio de 2012, con efectos hasta el 25 de julio de 2013. Dicha contrata se extinguió a su finalización. En las últimas prórrogas, y por ubicarse en dicho edificio la Consejería demandada, la contrata fijaba como lugar de prestación de los servicios el Edificio de Servicios Múltiples III, siendo la descripción del servicio la atención a la centralita de teléfono, recepción y envío de llamadas; la información al público de los distintos departamentos de la Consejería, a donde deben dirigirse para solventar dudas o asuntos administrativos. La jornada establecida era, en horario de invierno, de 07:45 a 15:00 horas, de lunes a viernes por la mañana, y en horario de verano, de 7:45 a 14:00, de lunes a viernes por la mañana. Por otra parte, establecía de forma expresa que "Si por motivos de celebración de algún acto que se prolongue fuera de este horario la empresa se responsabilizará de cubrir el servicio, siempre y cuando se notifique a la Empresa con anterioridad suficiente. La Empresa se compromete sin coste alguno para esta Consejería a suplir bajas por enfermedad o cualquier otro tipo de la persona puesta por ella para realizar este servicio".

La actora estuvo prestando servicios en los últimos años en el Edificio de Servicios Múltiples III donde se encontraba ubicada la Consejería demandada, compartiendo el servicio de atención telefónica del edificio con otra persona, trabajadora por cuenta ajena de la Comunidad Autónoma, realizando ambas las mismas funciones. La trabajadora recibía órdenes directas del Administrador del Edificio en relación con el desvío de llamadas u otras incidencias relacionadas con las llamadas que atendían, sin que hiciera ella ni la otra telefonista, función específica de atención al público, más allá de poder responder excepcionalmente a una pregunta de algún ciudadano que se acercara a ellas, al estar ubicadas al lado del guardia de seguridad del Edificio. La actora portaba uniforme de Servi7, S. L., solicitaba las vacaciones a la empresa Servi7, S. L., y era sustituida durante el período vacacional por un trabajador contratado por Servi7, S. L. No obstante, ponía en conocimiento las vacaciones y permisos de los que disfrutaba al departamento de recursos humanos de la Comunidad Autónoma, la cual no estaba informada de la situación especial en que prestaba servicios la actora. Ninguna persona de Servi7, S. L. se pasaba por la Consejería o controlaba de alguna forma el trabajo de la actora. La actora prestaba servicios en el mismo horario que los trabajadores de la Comunidad Autónoma.

Es decir que si bien la actora era formalmente empleada de Servi 7 S.L. portando su uniforme y solicitando sus períodos vacacionales a la misma, siempre prestó sus servicios para la Administración demandada a jornada completa en el edificio de Servicios Múltiples III para la atención a la centralita del teléfono, recepción y envío de llamadas; información al público de los distintos departamentos de la Consejería o resolución de dudas. Compartía el servicio con una compañera trabajadora de la Consejería por cuenta ajena y en igualdad de condiciones y cometidos, bajo órdenes directas del Administrador del edificio, quien tuviera o no facultades para ello, constituía para ambas su superior, y por tanto ostentador del poder de dirección empresarial. Por último su horario era el mismo del resto del personal y nunca fue controlado su trabajo por personas ajenas a dicha Administración, ni dispuso de medios distintos de los de esta.



Todo ello implica la existencia de la cesión ilegal denunciada en la demanda, de modo que dicha Administración aparece como empresaria real de la trabajadora. Por otro lado su despido devino improcedente con efectos de 25-7-2013 al carecer de causa alguna, pues las productivas y organizativas pretendidamente alegadas por Servi 7 S.L. para cesar objetivamente a la trabajadora carecen de virtualidad al no tratarse de su verdadera empleadora, con la consecuencia de resultar ambas demandadas solidariamente responsables frente a la actora.

Por consiguiente ha de ser también desestimado el motivo.

QUINTO.- Con el mismo amparo la parte recurrente aduce finalmente vulneración del art. 43.3 en relación con el art. 56.2 ambos del ET . Entiende que siendo solidaria la responsabilidad de ambas codemandadas por el despido improcedente, aunque la opción establecida en el art. 56.1 ET corresponde a la Administración demandada, ambas son responsables solidarias del pago de la indemnización, en su caso, a la trabajadora. Pero en el fallo de la Sentencia se recoge ya la condena solidaria de ambas codemandadas a asumir las responsabilidades derivadas del despido improcedente de la actora que, lógicamente, se extiende al pago de la indemnización correspondiente, en su caso, sin perjuicio de que la opción por la readmisión o la indemnización constituya obligación de la Administración demandada y todo ello en las condiciones establecidas por el art. 53.5 ET , que han sido también debidamente recogidas en el fallo de la misma sentencia. Por todo ello ha de ser desestimado el motivo y por tanto el recurso interpuesto, confirmando la sentencia impugnada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias contra la Sentencia dictada el día 20 de febrero de 2.015 por el Juzgado de lo Social número 5 de Las Palmas de Gran Canaria , debemos confirmar como confirmamos dicha Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

## 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 3537/0000/66/049515 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.