

JUR

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 18 enero 2011

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1811/2010.

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

CESION ILEGAL DE TRABAJADORES: concepto, requisitos, interpretación y finalidad; el que no se haya acreditado que la contratista sea una empresa ficticia no es obstáculo para que exista una interposición incluida en art. 43 ET cuando la prestación de trabajo se ha realizado para la Administración con sus medios, bajo su dirección y sin ninguna intervención empresarial relevante del contratista.

*El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1811/2010) interpuesto por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana contra la Sentencia de fecha 23-12-2009, del TSJ de Canarias, dictada en autos promovidos por don Víctor contra el recurrente y otra, sobre reconocimiento de derechos.*

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, representado por el Procurador Don José Luis Ferrer Recuero, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas), de fecha 23-diciembre-2009 (PROV 2010\159761) (rollo 1543/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 8-abril-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 649/2006), en procedimiento seguido a instancia de Don Víctor contra el Ayuntamiento ahora recurrente y la entidad "PERFALER CANARIAS, S.L." sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 23 de diciembre de 2009 (PROV 2010\159761) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 1543/2008 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 649/2006, seguidos a instancia de Don Víctor contra el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y la entidad "Perfaler Canarias, S.L.", sobre cesión ilegal de trabajadores. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, es del tenor literal siguiente: "*Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, contra la sentencia dictada el día 8 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social n. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de esta Provincia, que confirmamos*".

SEGUNDO La sentencia de instancia, de fecha 8 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, contenía los siguientes hechos probados: "*Primero.- El actor, con D.N.I. 42.202.688 B, viene prestando sus servicios para el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, formalmente contratado por "Perfaler Canarias, S.L.", con antigüedad de 01.03.02, categoría profesional de Oficial de Oficios Varios, y percibiendo un salario bruto prorrateado de 37,20 euros/día. Segundo.- En fecha 01.02.02, el actor suscribió con la empresa "Perfaler Canarias, S.L.", contrato de trabajo eventual para cubrir necesidad de la empresa, cuya duración se extendió hasta el 28.02.02. En fecha 28.02.02, el actor suscribió con la empresa "Perfaler Canarias, S.L.", contrato de trabajo para obra o servicio determinado, que se extendería desde el 01.03.02, para desempeñar sus servicios de Oficios Varios en el campo de césped de San Fernando de Maspalomas. La cláusula adicional del mismo establece que el contrato viene motivado por Decreto de la Alcaldía de San Bartolomé de Tirajana, y finaliza por agotamiento del período dado en dicho Decreto y sin solución de continuidad. Dichos contratos obran en autos y a ellos nos remitimos íntegramente. Tercero.- Por Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, adoptado en sesión extraordinaria celebrada el 26.04.03, se adjudicó a la entidad "Perfaler Canarias, S.L." el concurso abierto para la adjudicación de contratación centralizada de diversos servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración municipal, integrados en diversas áreas de gestión, conforme al pliego de condiciones económico-administrativas y jurídicas particulares que consta en autos y se da por reproducido. Cuarto.- El actor recibe las órdenes de D. Aquilino, funcionario del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, que desempeña funciones de Técnico de Instalaciones. Todo el material que utiliza el actor para el desempeño de sus funciones, es del Ayuntamiento. El horario del actor es igual al del personal del Ayuntamiento, con quien el actor se pone de acuerdo para fijar sus vacaciones. Quinto.- La empresa Perfaler*

Canarias, S.L. tiene 347 trabajadores. Sexto.- El 26.08.04 se ratificó y firmó el I Convenio Colectivo de Perfaler Canarias S.R.L. y DEP. Rama de Deportes, que damos por reproducido al obrar en autos. Séptimo.- Damos por reproducidas las Tablas Salariales de 2006 y 2007, fijadas para los distintos grupos del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana. Octavo.- Se intentó el acto de conciliación ante el SEMAC el 11.07.06, concluyendo el mismo sin efecto, habiendo sido presentada la papeleta de conciliación en fecha de 27.06.06. El actor presentó reclamación previa ante el Il. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana el 22.06.06. "

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar y estimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Víctor frente a la empresa Perfaler Canarias S.L y al Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, sobre derechos, en el sentido de declarar la existencia de cesión ilegal del actor, reconociendo el derecho del mismo, al haberse realizado la opción, a ser considerado como personal indefinido del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con la antigüedad indicada en el hecho probado primero y con el salario correspondiente según las normas aplicables a dicha entidad -desde la presente resolución- y a su categoría, condenando a todas las demandadas a estar y pasar por esta declaración "

TERCERO Por el Procurador Don José Luis Ferrer Recuero, en representación del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 29 de abril de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega comosentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 29-mayo-2001 (recurso 1882/2001). SEGUNDO.- Alega infracción del art. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO Por providencia de esta Sala de 22 de junio de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, no habiéndose personado la parte recurrida.

QUINTO El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO 1.- De la demanda, estimada íntegramente, y de los hechos probados de la sentencia de instancia (SJS/Las Palmas nº 2 8-abril-2008 -autos 649/2006), cuya pretensión revisora no se formula en suplicación por la Entidad municipal recurrente, es dable concluir que el actor prestó servicios para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, formalmente contratado por la empresa "Perlafer Canarias S.L. ", desde el 1-febrero-2002 en adelante, mediante diversos contratos de duración determinada, últimamente por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Oficios varios para prestar servicios en el campo de césped de San Fernando de Maspalomas. Consta, igualmente, que el actor ha prestado siempre sus servicios desde la primera contratación con el Ayuntamiento bajo las órdenes de un funcionario del Ayuntamiento, que todo el material que utiliza para el desempeño de sus funciones es de la entidad local, que su horario es el mismo que el del personal de ésta, así como que el actor se pone de acuerdo con el Ayuntamiento para fijar las vacaciones; consta también que "Perfaler Canarias S.L., empresa de servicios, y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana tienen suscrito un convenio de contratación centralizada de diversos servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración municipal, integrados en diversas áreas de gestión conforme a pliego de condiciones que consta en autos. En dicha sentencia de instancia, estimatoria de la demanda, se declara "la existencia de cesión ilegal del actor, reconociendo el derecho del mismo, al haberse realizado la opción, a ser considerado como personal indefinido del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con la antigüedad indicada en el hecho probado primero y con el salario correspondiente según las normas aplicables a dicha entidad - desde la presente resolución - y a su categoría, condenando a todas las demandadas a estar y pasar por esta declaración "

2.- La sentencia de suplicación (STSJ/Canarias, sede de Las Palmas. 23-diciembre-2009 (PROV 2010\159761) -rollo 1543/2008), ahora recurrida en casación unificadora, ha confirmado la de instancia que apreció la existencia de cesión, razonando que la empresa contratista no ha puesto en juego su organización, limitándose a un mero suministro de mano de obra a la empresa principal, pues no ha asumido riesgo alguno, no organiza ni controla la actividad del trabajador, que está exclusivamente sometido a las órdenes del personal del Ayuntamiento y no aporta medios de producción (maquinaria o instrumentos propios).

3.- Contra este pronunciamiento recurre en casación el Ayuntamiento demandado, aportando como sentencia contradictoria la STSJ/Galicia 29-mayo-2001 (AS 2001\2412) (rollo 1882/2001). Se trata en ella de un contrato de servicios complementarios de apoyo suscrito entre la TGSS y una sociedad dedicada a servicios de transporte; contrato en el que se especifica que el personal contratado por la adjudicataria no tendrá relación ni derecho alguno frente a la Tesorería, dependiendo exclusivamente de la empresa, sin que resulte responsable la mencionada entidad, que se reserva la facultad de dirigir la prestación de servicios, de interpretar lo convenido, de modificar la prestación, según las conveniencias del servicio y suspendiendo su ejecución, conforme a las normas de contratación de las administraciones públicas. Los servicios consistían en el porteo de documentación y paquetería dentro y entre todos los centros dependientes de la Dirección Provincial de la Tesorería, porteo y acarreo de mobiliario y enseres dentro de los edificios dependientes de la Dirección Provincial, así como de unos a otros y también "cualquier otro servicio referido a los trabajos de correo, telefonía, reprografía, apertura y cierre de edificios, mensajería, colocación y archivo de documentación y otros análogos ". Consta también que la actora desempeñó sus servicios en las dependencias de la Tesorería, realizando funciones de "recogida de llamadas telefónicas, reparto de correspondencia, abría la puerta, daba números e información al público, indicaba los documentos a aportar ". Se hace constar que la actora tiene el mismo horario que el personal de la Tesorería y que la instruyó en

sus funciones un ordenanza de esa entidad. La sentencia de contraste estima el recurso de la Tesorería y revocando el fallo de instancia absuelve a este organismo. Esta decisión cita en su apoyo nuestra STS/IV 21-marzo-1997 (RJ 1997\2612) (rcud 3211/1996) y se funda en que la contratista no es una empresa ficticia, sino una empresa real que ha cumplido sus obligaciones en orden al abono de salarios y la Seguridad Social, con lo que no hay propósito fraudulento e interpositorio. Añade la sentencia de contraste que las tareas de la actora eran las que constituían el objeto de la contratación administrativa y que es lógico que si prestaba sus servicios para la TGSS fuese ésta la que le diera las órdenes e instrucciones en su trabajo, teniendo además en cuenta que en el marco de la contratación administrativa la Administración tiene prerrogativas para cursar instrucciones en orden a la ejecución del contrato, aparte de las facultades de inspección y disciplinaria.

SEGUNDO .-1.- Existe la contradicción que se alega, pero el recurso, como propone el Ministerio Fiscal, debe desestimarse, -- al igual que se ha efectuado en fecha, 17-diciembre-2010, en otras sentencias dictadas por esta Sala de casación en supuestos análogos, enjuiciados en los recursos 1647/2010 (RJ 2011\56) ,1673/2010 ,2114/2010 ,2094/2010 ,2120/2010 (PROV 2011\39455) ,2412/2010 ,1656/2010 , 2093/2010 (RJ 2011\54) ,1655/2010 ,1814/2010 y1815/2010 (RJ 2011\55) --, porque no se ha producido ninguna infracción de los arts. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) (ET), cuya vulneración denuncia el único motivo y porque es el criterio de la sentencia recurrida el que se ajusta a la doctrina de la Sala; doctrina que se recoge, entre otras, en las SSTS/IV 19-enero-1994 (RJ 1994\352),12-diciembre-1997 ,14- diciembre-2001 ,17-enero-2002 (RJ 2002\3755) ,16-junio-2003 (RJ 2003\7092) ,3-octubre-2005 (RJ 2005\7333) ,20-julio-2007 ,4-marzo-2008 y25-junio-2009 (RJ 2009\3263).

2.- Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET (RCL 1995\997) , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar 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 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 tradicionalmente 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 7-marzo-1988 (RJ 1988\1863)); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988 (RJ 1988\6877) ,16-febrero-1989 (RJ 1989\874) ,17-enero-1991 (RJ 1991\58) y19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

3.- Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala que la cesión puede tener lugar *«aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta »* y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización *«no se ha puesto en juego »*, limitándose su actividad al *«suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo »* a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997 (RJ 1997\9315) ; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (PROV 2011\21670) (rcud 150/2010) , la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (RJ 2007\91) (rcud 4927/2005) , destaca que *"con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002\582) , 17 de enero de 2002 ,16 de junio de 2003 (RJ 2003\7092) y3 de octubre de 2005 (RJ 2005\7333) 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 "*.

4.- De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio 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 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.

5.- El error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del art. 43 ET (RCL 1995\997) es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

6.- La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el

trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.

TERCERO 1.- En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el art. 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por el actor como "*profesional de oficios varios*" se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito.

2.- Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil (LEG 1889\27)), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2003\1964)) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra.

3.- Procede, por tanto, la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido el trabajador ni la sociedad anónima como parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas), de fecha 23-diciembre-2009 (PROV 2010\159761) (rollo 1543/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 8-abril-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 649/2006), en procedimiento seguido a instancia de Don Víctor contra el Ayuntamiento ahora recurrente y la entidad "PERFALER CANARIAS, S.L."; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.