

**JUR**

**Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 20 enero 2011**

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1659/2010.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.

## SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, de fecha 14 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160116), dictada en el recurso de suplicación número 119/2009, interpuesto por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 26 de septiembre de 2008, dictada en virtud de demanda formulada por D. Antonio, frente al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y la empresa Perfaler Canarias, S.L., sobre derechos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** Con fecha 26 de septiembre de 2008, el Juzgado de lo Social número 2 de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: " **PRIMERO.**- La parte actora con DNINUM000, ha venido prestando servicios con antigüedad de 21.03.1997, sin solución de continuidad, con la categoría de oficial varios y percibiendo un salario diario de 37,20 euros brutos prorrateados.- **SEGUNDO.**- La parte actora ha venido prestando servicios para las demandadas a través un contrato por obra y servicio determinado, cuyo objeto era el de: "la adjudicación del servicio que nos ha dado el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana según el pliego de condiciones económico administrativas aprobado por el mencionado Ayuntamiento en sesión celebrada el 24.05.1996, y del cual se le ha puesto de manifiesto al contratado todas aquellas condiciones y cláusulas que la mismo le interesan con el objeto y fin de la contratación, la cual por tanto, y como se ha indicado anteriormente queda sometida a las directrices de la mencionada Corporación.".- **TERCERO.**- Por Sesión Plenaria Extraordinaria de la Corporación demandada de fecha de 26.04.2003 se acordó la adjudicación del "Concurso Abierto en orden a la contratación centralizada de diversos servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración Municipal integrados en distintas áreas de gestión" a la codemandada Perfaler.- **CUARTO.**- El actor ha venido desarrollando sus funciones de oficial de mantenimiento en la sede de la Corporación demandada, en la Concejalía de Deportes. El personal del Ayuntamiento, concretamente D. Cesareo, técnico de animación deportiva adscrito a mantenimiento de la citada Concejalía, le daba las órdenes directas al actor, oficial (peón), y al resto de oficiales. El actor realiza el mismo horario que los empleados de la administración, y en el desarrollo de su trabajo utiliza todos los medios materiales del Ayuntamiento: vehículos, maquinaria, herramientas, materiales...- Las vacaciones las coordinan y cuadran con el Ayuntamiento, y le es comunicado a Perfaler el inicio del disfrute de las mismas (bloque 3 de la actora).- Los permisos o licencias son solicitados al Ayuntamiento, y si la parte actora no acude al trabajo por motivo de enfermedad a quien avisa es a éste y no a Perfaler, igualmente le entrega sus partes de baja médica.- **QUINTO.**- De la cuadrilla en la que trabaja el actor, formada por seis o siete personas, sólo uno es personal del Ayuntamiento demandado.- **SEXTO.**- Fue agotada la vía previa".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda interpuesta por D. Antonio frente a EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA Y PERFALER CANARIAS, S.L. debo declarar y declaro la existencia de cesión ilegal en la relación laboral mantenida por el actor con las codemandadas y el derecho de aquél a optar entre mantenerse como indefinido en la Empresa Perfaler Canarias, S.L. o adquirir la condición de personal laboral de naturaleza indefinida en el Ayuntamiento demandado, Concejalía de Deportes, con los mismos derechos y obligaciones que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en dicha Concejalía en el mismo o equivalente puesto de trabajo, condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y al cumplimiento de la opción ejercitada por el actor.- Se concede un plazo de cinco días al actor para que pueda ejercitar ante este Juzgado el derecho de opción, entendiéndose en caso de no realizarlo en dicho plazo, que opta por permanecer como trabajador indefinido de la Corporación demandada".

**SEGUNDO** Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160116), en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria de esta Provincia, demanda 641/06, que confirmamos.- Se condena en costas a la parte recurrente incluyendo los honorarios del Letrado de la parte impugnante que se calcula en 30#".

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 22 de abril de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29/05/2001 (Rec. nº 1882/01 ).

**CUARTO** Por providencia de esta Sala de 13 de octubre de 2010, se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado las partes recurridas se dio traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, quien dictaminó 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 13 de enero de 2011, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO 1.-** Conforme a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia -sentencia de 26 de septiembre de 2008, del Juzgado de lo Social nº 2 de los de los de Las Palmas de Gran Canaria - cuya revisión no se instó en suplicación por la Entidad municipal recurrente, resulta, que el demandante vino prestando servicios para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y la empresa "Perlafer Canarias, S.L., con antigüedad de 21 de marzo de 1997, con la categoría profesional de Oficial varios, en virtud de contrato por obra y servicio determinado, cuyo objeto era el de *"la adjudicación del servicio que nos ha dado el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según el pliego de condiciones económico administrativas aprobado por el mencionado Ayuntamiento en sesión celebrada el 24.05.1996, y del cual se le ha puesto de manifiesto al contratado todas aquellas condiciones y cláusulas que la mismo le interesan con el objeto y fin de la contratación, la cual por tanto, y como se ha indicado anteriormente queda sometida a las directrices de la mencionada Corporación"* (hecho probado segundo). Consta en el hecho probado cuarto, que : *"El actor ha venido desarrollando sus funciones de oficial de mantenimiento en la sede de la Corporación demandada, en la Concejalía de Deportes. El personal del Ayuntamiento, concretamente D. Cesareo , técnico de animación deportiva adscrito a mantenimiento de la citada Concejalía, le daba las órdenes directas al actor, oficial (peón), y al resto de oficiales. El actor realiza el mismo horario que los empleados de la administración, y en el desarrollo de su trabajo utiliza todos los medios materiales del Ayuntamiento : vehículos, maquinaria, herramientas, materiales..... Las vacaciones las coordinan y cuadran con el Ayuntamiento, y le es comunicado a Perlafer el inicio de las mismas. Los permisos o licencias son solicitados al Ayuntamiento, y si la parte actora no acude a trabajo por motivo de enfermedad a quien avisa es a éste y no a Perlafer, igualmente le entrega sus partes de baja médica";* y en el hecho probado quinto se afirma que : *"De la cuadrilla en la que trabaja el actor, formada por seis o siete personas, sólo uno es personal del Ayuntamiento demandado"*. La sentencia de instancia, estimando la demanda, declara *"la existencia de cesión ilegal en la relación laboral mantenida por el actor con las demandadas y el derecho aquél a optar entre mantenerse como indefinido en la Empresa Perlafer Canarias, S.L. o adquirir la condición de personal laboral de naturaleza indefinida en el Ayuntamiento demandado, Concejalía de Deportes, con los mismos derechos y obligaciones que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en dicha Concejalía en el mismo o equivalente puesto de trabajo, condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y al cumplimiento de la opción ejercitada por el actor"*.

**2.-** La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, el día 14 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160116), en el recurso de suplicación nº 119/2009, ahora recurrida en casación unificadora, con cita de sentencias anteriores de la propia Sala dictadas con relación a las mismas codemandadas, ha confirmado la de instancia, sobre la base de que *"Perlafer Canarias., S.L. no asume riesgo alguno en la operación, no organiza, ni controla la actividad de sus trabajadores (exclusivamente sometidos a las órdenes del personal del Ayuntamiento), no emplea maquinaria o instrumentos propios, presentándose exclusivamente como empleador a aparente en una relación que está sujeta a su dependencia"*.

**3.-** Contra este pronunciamiento recurre en casación el Ayuntamiento demandado, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 29 de mayo de 2001 (AS 2001\2412) (recurso 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 apoyonuestra sentencia de 21 de marzo de 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 entre otras en las sentencias dictadas por esta Sala de casación en supuestos análogos, deliberados el 17 de diciembre de 2010, en los recursos 1647/2010 (RJ 2011\56), 1673/2010 ,2114/2010 ,2094/2010 ,2120/2010 (PROV 2011\39455) ,2412/2010 (PROV 2011\39456) ,1656/2010 ,2093/2010 (RJ 2011\54) ,1655/2010 ,1814/2010 y 1815/2010 (RJ 2011\55) -, porque no se ha producido ninguna infracción de los arts. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores (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 sentencias de 19 enero 1994 (RJ 1994\352), 12 diciembre 1997 ,14 de diciembre de 2001 ,17 de enero de 2002 (RJ 2002\3755) ,16 de junio de 2003 ,3 de octubre de 2005 (RJ 2005\7333) ,20 de julio de 2007 ,4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009 (RJ 2009\3263) .

**2.-** Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET , 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 contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido 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 de marzo de 1988 (RJ 1988\1863)); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12 de septiembre de 1988 ,16 de febrero de 1989 (RJ 1989\874) ,17 de enero de 1991 (RJ 1991\58) y 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352)) 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 ; 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 (RJ 2002\3755), 16 de junio de 2003 (RJ 2003\7092) y 3 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.-** Como ya hemos razonado en las sentencias reseñadas en el fundamento jurídico anterior, dictadas en casos análogos, con respecto a las mismas codemandadas, con la misma sentencia de contraste e igual

recurso, y específicamente, en la de fecha 17 de diciembre de 2010, dictada en el recurso 1647/2010 (RJ 2011\56) : *"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."*

*"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 2007\1964)) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la cita 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."*

2.- Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido el trabajador ni la empresa codemandada 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, con sede en Las Palmas, de fecha 14 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160116) (recurso 119/2009), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 641/2006), en procedimiento seguido a instancia de Don **Antonio** contra el Ayuntamiento ahora recurrente y la empresa "**PERFALER CANARIAS, S.L.**"; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, 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. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.