

**JUR**

**Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 31 enero 2011**

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2102/2010.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno 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 Procurador D. José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA contra lasentencia dictada el 15 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160046) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación núm. 645/09 , interpuesto contra lasentencia de fecha 21 de enero de 2.009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria , en autos núm. 1103/07, seguidos a instancias de D.Fructuoso contra la entidad PERFALER CANARIAS, S.L. y AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA sobre derechos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** Con fecha21 de enero de 2.009 el Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria nº 5 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda interpuesta porFructuoso frente al 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 la parte actora con las codemandadas y el derecho de aquélla a optar entre mantener como indefinida en la Empresa Perfaler Canarias, SL o adquirir la condición de personal laboral de naturaleza indefinida en el Ayuntamiento demandado Concejalía de Deportes con los mismos derechos y obligaciones que corresponda en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en dicha Concejala 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".

**SEGUNDO** .- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "PRIMERO.- La parte actora, provista de DNI nºNUM000 ha venido prestando servicios para las demandadas con antigüedad desde 29.11.2005, sin solución de continuidad, con la categoría de monitor y salario percibido de 1638 euros brutos diarios prorrateados, prestando servicios a media jornada.- El monitor que presta servicios para el Ayuntamiento está encuadrado en el grupo retributivo D y el salario asciende a 63,01 euros día brutos prorrateados para jornada completa.- SEGUNDO.- La parte actora ha venido prestando servicios para las demandadas a través del siguiente iter contractual: Desde 05.10.2000 hasta 31.12.2000, sin que conste la naturaleza del contrato. Desde 01.01.2001 hasta 31.10.2002, sin que conste/a naturaleza del contrato. Desde 29.11.2005 contrato temporal a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado cuyo objeto es trabajos como monitor de baloncesto en el centro de Bajo Pabellón San Fernando. Maspalomas.- 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, a tenor del pliego de condiciones económico administrativas y jurídicas particulares de fecha noviembre de 2002 cuyo contenido se da por reproducido, dada su extensión, aconstar apodada a los autos.- CUARTO.- El actor ha venido desarrollando sus funciones de monitor de baloncesto en el Pabellón de San Fernando de Maspalomas. Concretamente de octubre a junio presta senil dos como monitor de baloncesto y en los meses de verano como monitor de actividades de verano.- El demandante en el desarrollo de su trabajo utiliza todos los medios materiales del Ayuntamiento: uniforme, utensilios deporte.- Las vacaciones las deciden con el Coordinador de Perfaler, Sr.Alfonso , así como los horarios, aunque éstos están sujetos a las directrices marcadas por el Ayuntamiento.- El ayuntamiento es quien decide si es preciso contratar a más o menos personal, subidas de sueldo, las programaciones y la gestión de la actividad deportiva. La forma de acceso de los trabajadores de Perfaler es a través de recomendaciones de la Concejalía de Deportes del Ayuntamiento.- El Ayuntamiento controla la plantilla de coordinadores de Perfaler así como la metodología a fin de que se impartan los servicios acorde a lo que en ese momento requiere el Ayuntamiento.- QUINTO.- La entidad Perfaler Canarias tiene cuenta de cotización en al TGSS, tiene suscrito Convenio Colectivo del Personal de Deportes. Igualmente existe Comité de Empresa de Deportes. Perfaler Canarias, S.L..- SEXTO.- Fue agotada la vía previa administrativa y la conciliación".

**TERCERO** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA ante laSala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160046) , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana contra lasentencia de fecha 21 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria de esta Provincia,

demanda 1103/07 , que confirmamos."

**CUARTO** Por la representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DESAN BARTOLOME DE TIRAJANA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 20 de mayo de 2010 , en el que se alega infracción del art. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 29 de mayo de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.- 1882/01 ).

**QUINTO** Por providencia de fecha 21 de octubre de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, no habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de enero de 2010, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sala de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 15 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160046) , confirmando la sentencia de instancia que había estimado la demanda declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores en la relación mantenida por la demandante con las dos codemandadas; Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Prevaler Canarias SL, así como el derecho de la trabajadora mantenerse como indefinida en la empresa Prevaler Canarias S.L. o adquirir la condición de personal laboral de naturaleza indefinida en el Ayuntamiento demandado, Concejalía de Deportes con los mismo 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.

Se declara que Prevaler ninguna estructura ni organización aportó en la contrata, siendo su aportación mero suministro de mano de obra, siendo todos los medios materiales aportados por el Ayuntamiento.

El Ayuntamiento ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando, como sentencia contradictoria la de la Sala de Galicia de 29 de mayo de 2001 (AS 2001\2412). En esta sentencia también una empresa privada -en este caso Mudanzas Coruña S.A.- había suscrito con una entidad pública - en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social-, un contrato para el servicio de trabajos complementarios de apoyo a la Secretaría General, servicios que consistían en el porteo de documentación y paquetería dentro y entre los centros dependientes de la Dirección Provincial, y la trabajadora auxiliar administrativo en dicha dependencia bajo las órdenes directas de los funcionarios de la Tesorería y sin intervención alguna del gerente o personal de la dirección de la empresa. En este caso la sentencia de contraste entendió que no se podía hablar de cesión ilegal y por lo tanto no se podía acceder a la pretensión de la demandante, sobre el solo argumento de que la empresa contratista de los servicios públicos era una empresa real que abonaba los salarios a la trabajadora y las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social.

La contradicción entre ambas sentencias es manifiesta si se tiene en cuenta que los hechos, la cuestión jurídica planteada y la pretensión deducida en ambos supuestos es la misma, así como distinto el pronunciamiento al que llegaron las dos sentencias comparadas como se desprende del resumen de lo pretendido y resuelto en ambos procesos que se contiene en los apartados anteriores; razón por la que procede la admisión a trámite de este recurso, cual ya se decidió en su día, en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563) .

**SEGUNDO** .- 1.- La representación del Ayuntamiento recurrente denuncia como infringidos por la sentencia que se recurre lo dispuesto en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) en cuanto que a su juicio no concurren las circunstancias que permitan afirmar la existencia de la cesión ilegal que en dicho precepto se contempla, sosteniendo por el contrario que en el caso estamos en presencia de una válida subcontratación de una actividad productiva por parte de la entidad municipal demandada prevista y autorizada por el art. 42 del propio Estatuto .

Sostiene el recurrente que la empresa que obtuvo la concesión de aquella contrata para la prestación de una serie de servicios y aportó el personal laboral que el Ayuntamiento necesitaba para la prestación de dichos servicios y por lo tanto con el mismo horario, sosteniendo que no puede hablarse de cesión ilegal en cuanto que "la empresa mantuvo una vinculación directa con su personal impartiendo las órdenes de trabajo para la ejecución del servicio contratado, sin perjuicio de que fuera el Ayuntamiento el que tuviera la facultad de organizar, dirigir y orientar el servicio dando las instrucciones generales e incluso realizando funciones de inspección". Sostiene que la empresa sí que puso en actividad su organización y su poder de dirección en la actividad de su personal en el Ayuntamiento, aun cuando la supervisión de los trabajos de aquéllos la llevara a cabo dicho Ayuntamiento, e imputa a una insuficiencia de los hechos probados el que no se refleje la realidad de la relación mantenida entre trabajadores, empresa y Ayuntamiento.

2.- Esa puesta en activo de la organización empresarial en el Ayuntamiento a la que ella misma se refiere en su recurso no aparece acreditada en los autos en ningún momento, sino que por el contrario la relación transcurrió en los términos más arriba reflejados, según se expresa en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con valor de hechos probado. Los términos en que transcurrió la relación constituyen un supuesto de cesión o interposición empresarial no permitido legalmente al no producirse la triangulación de personas que caracteriza a una contrata de las permitidas por el art. 42 ET , entrando dentro de la prohibición del art. 43 del precepto, tal como resolvió la sentencia que aquí se recurre en congruencia con reiterada doctrina de esta Sala que, si bien en un primer momento sólo consideró ilegal la cesión producida desde una empresa "empresa ficticia aparente" (por todas, SSTS 17-7-1993 (RJ 1993\5688), (Rec.- 1712/92 ), de 18-3-1994 (RJ 1994\2548) (Rec.- 558/93 ) o 3-2-2000

RJ 2000\1600) (Rec.- 1430/99 ) en cuya tesis se basó la sentencia de contraste, a partir de laSTS de 19-1-1994 (RJ 1994\352)(Rec.- 3400/92 ), ya hemos venido declarando de manera reiterada que no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a "suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (por todas, SSTS de 17 de julio de 1993 (Rec.-1 712/92), de 19-1-1994 (Rec.- 3400/92 ), 12-12-1997 (RJ 1997\9315) (Rec.- 3153/96 ), de 14-9-2001 (RJ 2002\582) (Rec.- 2142/00 ) en las que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias 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 con doctrina reiterada en sentencias posteriores como laSTS de 20-9-2003 (RJ 2004\260) (Rec.- 1741/02 ), 3-10-2005 (RJ 2005\7333)(Rec.- 3911/04 ) o 30-11-2005 (RJ 2006\1231) (Rec.- 3630/04 ). Criterio éste que, por otra parte, fue asumido por el legislador cuando en la reforma introducida en este art. 43 por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006\2338 y RCL 2007, 254) , recogió expresamente como supuesto de cesión ilegal cuando "el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria", que es lo que aquí ocurrió.

3.- El hecho de que, como aparece acreditado en los autos se hubiera pactado entre empresa cedente y Ayuntamiento cesionario que sería éste el que daría en todo caso las órdenes de trabajo no solo no sirve para enervar la realidad de la cesión sino que incluso apoya la existencia de la misma, deviniendo en cualquier caso contrario a las exigencias del precepto art. 43 .

**TERCERO** .- Las consideraciones anteriores conducen a entender que la sentencia recurrida (PROV 2010\160046) se halla acomodada a derecho y por ello debe ser confirmada de conformidad con lo que para tales supuestos prevé el art. 226.3 , con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento recurrente.

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 la representación de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2009 (PROV 2010\160046) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en recurso de suplicación núm. 645/2009 .

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia , 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. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.