

Roj: STS 222/2011
Id Cendoj: 28079140012011100022
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1650/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CESIÓN DE TRABAJADORES x
- x CONTRATO DE TRABAJO x
- x CONTRATA x
- x EMPRESA CONTRATISTA x
- x ADMINISTRACIÓN PÚBLICA x

Resumen:

Cesión ilegal de trabajadores. Distinción con las contratas.

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 Procurador D. JOSÉ LUIS FERRER RECUERO actuando en nombre y representación del **ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA** contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en recurso de suplicación núm. 480/2007 , formulado contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Las Palmas , en **autos núm. 689/2004, seguidos a instancia de DOÑA Fátima contra PERFALER CANARIAS, S.L. y el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA sobre DERECHOS.**

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de octubre de 2006 el Juzgado de lo Social nº Uno de Las Palmas dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** La actora, con antigüedad de 17.10.96, y categoría de auxiliar de biblioteca ha trabajado ininterrumpidamente para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (últimamente se le traslada a la de San Fernando de Maspalomas), mediante contratos suscritos para la empresa Perfaler Canarias S.L. concretamente: Desde el 17.10.96 prestó servicios como becaria en la Biblioteca del Tablero de Maspalomas El 17.10.98 suscribe, con Perfaler, contrato de obra o servicio determinado, como auxiliar de biblioteca, no constando su objeto y constando que la duración venía condicionada por la adjudicación del servicio que le había adjudicado el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según pliego de condiciones económico-administrativos aprobado por el mencionado ayuntamiento en sesión celebrada el 24.05.96 Sin solución de continuidad, firma nuevo contrato el 01.01.99, por la misma categoría no constando el objeto y siendo la duración la misma. Sin solución de continuidad, firma, el 16.06.00, nuevo contrato para realizar funciones de auxiliar de biblioteca, esta vez bajo la forma de contrato eventual por circunstancias de la producción, con duración de 16.06.00 al 31.07.00. Sin solución de continuidad, suscribe nuevo contrato el 01.08.00, como auxiliar de biblioteca, sin constar objeto y con la duración condicionada por la adjudicación del servicio que le había adjudicado el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según pliego de condiciones económico-administrativos

aprobado por el mencionado ayuntamiento en sesión celebrada el 31.07.96. **2º)** La actora ha prestado siempre sus servicios como bibliotecaria, en la biblioteca municipal del Tablero de Maspalomas, realizando de forma permanente las funciones propias de su categoría profesional. Estaba sometida a las órdenes directas de la encargada de la biblioteca municipal -personal del Ayuntamiento-, no llevando distintivo alguno en su vestimenta, no habiéndose reunido en ocasión alguna con personal de Perfaler Canarias S.L., teniendo el mismo horario que el personal del Ayuntamiento (coincidía con el de atención al público). La demandante, que trabajadora (sic) exclusivamente con material del Ayuntamiento, tuvo a su cargo diferente personal, como becarios, personal de convenio, estudiantes en práctica y objetores, programando sus vacaciones en función del personal del departamento. **3º)** La empresa Perfaler Canarias posee más de 500 trabajadores, constando la asunción de contratos con la Administración Pública. **4º)** Se cumplió el trámite de intento de conciliación y la reclamación previa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: *"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Fátima frente a la empresa PERFALER CANARIAS S.L y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO en el sentido de declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo el derecho de la trabajadora, al haber realizado la opción, a ser considerados como personal indefinido del Excmo. 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, existiendo asimismo responsabilidad solidaria de las mismas de cualquier otra obligación que se pudiera haber contraído con la actora y con la Seguridad social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan, debiendo estar y pasar las partes por la resolución presente."*

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrado D^a ISABEL HERRAEZ THOMAS actuando en nombre y representación del ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA y por la Letrado D^a PILAR HERNÁNDEZ MOLINA actuando en nombre y representación de PERFALER CANARIAS, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 29 de diciembre de 2009, en la que consta el siguiente fallo: *"Desestimamos el recurso interpuesto por PERFALER CANARIAS, S.L. y AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Las Palmas de Gran Canaria de esta Provincia, que confirmamos."*

TERCERO.- Por el Procurador D. JOSÉ LUIS FERRER RECUERO actuando en nombre y representación del ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 29 de abril de 2010. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 29 de mayo de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el Recurso nº 1882/2001.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de octubre de 2010 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida pasan los autos al Ministerio Fiscal a fin de que emita el oportuno informe en el plazo de diez días.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante ha prestado servicios como auxiliar de biblioteca contratada por PERFALER CANARIAS, S.L. en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y en el de San Fernando de Maspalomas. Su horario coincidía con el de personal del Ayuntamiento, sujeta a las órdenes directas de la bibliotecaria municipal, personal del Ayuntamiento. No portaba distintivo alguno ni se reunió con personal de PERFALER CANARIAS, S.L. y programa sus vacaciones en función del personal del Ayuntamiento. La sentencia recurrida confirma la dictada en instancia en la que se declara la existencia de cesión ilegal y, efectuada la opción el derecho de la actora a ser declarada trabajadora indefinida del Ayuntamiento.

Recorre la entidad local en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 29 de mayo de 2001 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca de una reclamación por despido efectuada por una trabajadora, frente a la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa que la había contratado, declarando la inexistencia de relación laboral con la primera.

La actora prestó servicios por cuenta de una empresa al principio contratando directamente y más tarde a través de una E.T.T. para sustituir a otro trabajador. Los servicios eran desempeñados en las oficinas de la Tesorería General de la Seguridad Social y consistían en recoger llamadas telefónicas, repartir correspondencia, abrir la puerta, dar números e información al público e indicar documentos a aportar, recibiendo instrucciones de un ordenanza de la Tesorería General de la Seguridad Social. La empresa que contrató a la actora había suscrito a su vez con la Tesorería General de la Seguridad Social un contrato de servicios de transporte consistente en porteo de documentación y paquetería dentro y entre todos los centros dependientes de la Dirección Provincial, porteo y acarreo de mobiliario y enseres dentro de los edificios dependientes de la Dirección Provincial, cualquier otro servicio referido a trabajos de correo, telefonía, reprografía, apertura y cierre de edificios, mensajería, colocación y archivo de documentación y otros análogos.

La sentencia de contraste desestima la pretensión frente a la Tesorería General de la Seguridad Social pues considera que si la actora realizaba tareas habituales en la Administración, ello constituía el objeto de la contratación entre principal y contratista y si prestaba servicios en dependencias de la Tesorería General de la Seguridad Social era lógico que fuera el personal de ésta quien la instruyese en las funciones a realizar.

Como ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala en las sentencias a las que más adelante nos referiremos, entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores. La cuestión ha sido resuelta en anteriores sentencias de esta Sala al someter a su consideración la controversia suscitada por una trabajadora que prestaba servicios en análogos condiciones para la misma empleadora y con idéntica sentencia de contraste. Resumiendo la doctrina de las SSTs de 17 de diciembre de 2010 (RCUD 1647/2010, 1673/2010, 2114/2010, 2094/2010, 2120/2010, 2412/2010, 1655/2010, 1656/2010, 2093/2010, 1815/2010 y 1814/2010), y reproduciendo sus términos: " **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-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-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; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 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 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 la demandante como "Animadora sociocultural" 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), 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) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la citada 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."

El criterio al que se hace referencia es de aplicación a la presente litis por razones de coherencia y homogeneidad.

TERCERO.- Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas al no constar la personación en autos de los recurridos.

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 Procurador D. JOSÉ LUIS FERRER RECUERO actuando en nombre y representación del **ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE**

SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en recurso de suplicación núm. 480/2007 , formulado contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Las Palmas , en **autos núm. 689/2004 , seguidos a instancia de DOÑA Fátima contra PERFALER CANARIAS, S.L. y el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA sobre DERECHOS.** Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.