

Roj: STS 314/2011
Id Cendoj: 28079140012011100037
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1813/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

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

Resumen:

RCUD. Cesión ilegal. Monitora de natación. Lugar de prestación del servicio. Titular de los medios materiales. Dirección y gestión del servicio. Carácter indefinido del contrato. Reitera doctrina.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete 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 del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 349/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 31 de octubre de 2008 , recaída en autos núm. 672/06, seguidos a instancia de D. Jacobo contra AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA y PERFALER CANARIAS S.L., sobre DERECHOS.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 31 de octubre de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda interpuesta por D. Jacobo 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 mantenerse como indefinida 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".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- La parte actora con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios con antigüedad de 05.08.2002, sin solución de continuidad, con la categoría de monitor de natación. **2º**.- La parte actora ha venido prestando servicios para las demandadas a través del siguiente íter contractual: 1.- Contrato de interinidad suscrito con Perfaler desde 02.08.2002 por sustitución por vacaciones de D. Jose Augusto . 2.- Contrato por obra y servicio determinado, A TIEMPO PARCIAL, desde 11.06.2003 suscrito con Perfaler, cuyo objeto era el de: "tarefas

de aprendizaje de monitor de natación". **3º.-** 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 Perfalier. **4º.-** La parte actora ha venido desarrollando sus funciones de monitora de natación en la Piscina Municipal de San Fernando de Maspalomas, en la sede de la Corporación demandada. El personal del Ayuntamiento conjuntamente con el de Perfalier les da las órdenes, aun siendo más habitual que sean recibidas por el Coordinador de Perfalier, D. Blas , aunque también son recibidas por el Coordinador del Ayuntamiento, D. Fabio . 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: uniforme, utensilios de nado, agua potable, cloro, ... La parte actora y los restantes monitores de Perfalier son los que están presentes en las inspecciones de Sanidad y firman las mismas, entregándoselas al Coordinador y éste al Ayuntamiento. La parte actora, además de las actividades en la piscina, realiza actividades para el Ayuntamiento fuera de ella como: la carrera de San Silvestre, en la que realizan actividades de montaje; colaboración en las inundaciones del pabellón, en juegos escolares, exhibición de caballos... recibiendo órdenes del personal del Ayuntamiento. Las vacaciones las coordinan y cuadran con el Ayuntamiento, y aunque son solicitadas a Perfalier, al igual que las bajas por enfermedad, que son entregadas a D. Blas . **5º.-** El coordinador del Ayuntamiento se reúne semanalmente con el Jefe de Servicio de la Concejalía de Deportes, para marcar el Plan de Trabajo de dicha área. Los monitores de la Perfalier tienen un despacho a su disposición en la piscina. Las necesidades de personal son puestas en conocimiento de la Concejalía, y aun siendo contratado formalmente por Perfalier, la decisión es en última instancia del Concejal de Deportes del Ayuntamiento. **6º.-** De los monitores existentes, sólo uno es personal del Ayuntamiento demandado. En la actualidad hay un coordinador del Ayuntamiento que ejerce las funciones de coordinador en sustitución de D. Blas , que normalmente es monitor. **7º.-** Fue agotada la vía previa".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2009 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y PERFALER CANARIAS S.L., contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2008 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia, que confirmamos. Se condena en costas a la parte recurrente incluyendo los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso que se calculan en 30 #".

CUARTO.- Por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ 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 29 de abril de 2010 , en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de mayo de 2001 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de enero de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias sentencias recientes sobre asuntos sustancialmente iguales, consiste en determinar si ha existido cesión ilegal de mano de obra en la relación contractual de subcontratación establecida entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y la empresa Perfalier Canarias S.L. El trabajador que ha reclamado en el presente caso es un monitor de natación contratado formalmente por Perfalier S.L. mediante una serie de contratos temporales encadenados.

Las circunstancias de la prestación de servicios del actor se describen en los hechos probados 4º y 5º de la sentencia de instancia, que se reproducen en la sentencia de suplicación y que han sido reproducidos en el Antecedente de Hecho segundo de esta Sentencia.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, confirmada por la recurrida, ha apreciado la existencia de una "cesión" ilegal en el contrato de trabajo del actor al que reconoce el derecho a optar entre ser trabajador

indefinido de la empresa cedente o de la cesionaria, condenando a éstas a estar y pasar por dicha declaración, opción que ya ejercitó el demandante en la propia demanda al suplicar ser declarado personal laboral indefinido del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con efectos de 05.08.2002, categoría Monitor de Natación.

TERCERO.- Para el juicio de contradicción la parte recurrente ha aportado y analizado en su escrito de interposición del recurso una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con fecha 29 de mayo de 2001 ; se trata también en el caso de esta sentencia de contraste, de signo contrario a la recurrida, del encargo o subcontrata de un organismo público (la Tesorería General de la Seguridad Social), a la que se demanda por cesión ilegal por parte de un trabajador de la empresa subcontratista.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha apreciado la contradicción de sentencias que abre la puerta al fondo del asunto en litigios sustancialmente iguales en el que las sentencias comparadas han sido la misma sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de mayo de 2001 y sentencias de la propia Sala de suplicación que ha dictado la ahora recurrida, en las que se resuelven asuntos de cesión ilegal de Perfaler S.L. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en circunstancias de la relación laboral equivalentes a las que concurren en esta litis. La primera de esta serie de sentencias es STS 17-12-2010 (rcud 2114/2010).

CUARTO.- De conformidad con dichas sentencias precedentes y con el dictamen del Ministerio Fiscal, la solución ajustada a derecho es la contenida en la sentencia recurrida, por lo que el recurso debe ser desestimado. En concreto la STS de 20/01/2011 dice lo siguiente: "*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 : " 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), 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 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."

Consiguientemente, procede declarar el derecho del actor a ser declarado personal laboral indefinido del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con efectos de 05.08.2002, categoría Monitor de Natación.

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 en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 349/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 31 de octubre de 2008 , recaída en autos núm. 672/06, seguidos a instancia de D. Jacobo contra AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA y PERFALER CANARIAS S.L., sobre DERECHOS. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede 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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.