



Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL
Plaza San Francisco nº 15
Santa Cruz de Tenerife

Rollo: Recursos de Suplicación
Nº Rollo: 0000361/2017
NIG: 3803844420160006423
Materia: Cesión ilegal
Resolución: Sentencia 000115/2018

Teléfono: 922 479 373
Fax.: 922 479 421
Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000859/2016-00
Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz
de Tenerife

Intervención:

Recurrente
Recurrido

Recurrido

Interviniente:

AYUNTAMIENTO DE LA LAGUNA

TECNOLOGIAS PLEXUS S.L.

Abogado:

JOSE IGNACIO CESTAU BENITO
ASES. JUR. AYTO. SAN CRISTÓBAL DE
LA LAGUNA
JUAN CARLOS LOPEZ CANOSA

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 7 de febrero de 2018.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 361/2017, interpuesto por D. _____, frente a la Sentencia 77/2017, de 15 de febrero, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 859/2016, sobre cesión ilegal. Habiendo sido ponente el Magistrado D. Félix Barriuso Algar, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D. _____ se presentó el día 28 de octubre de 2016 demanda frente al Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna y "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" en la cual alegaba que prestaba servicios para el ayuntamiento demandado desde abril de 2015 con categoría de técnico de sistemas, aunque en realidad desempeñaba funciones de ingeniero de sistemas y aunque estaba formalmente contratado por la mercantil demandada, en realidad su trabajo lo realizaba dentro del ámbito de organización y dirección del ayuntamiento, por lo que solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase la existencia de cesión ilegal del actor entre las demandadas, la condición de trabajador indefinido





en el ayuntamiento desde el inicio de su relación laboral el 6 de abril de 2015, que se le aplicara el convenio colectivo del personal laboral del referido ayuntamiento de manera plena, y también las retribuciones fijadas para su categoría profesional desde el momento de interposición de la reclamación administrativa previa, y se condenara a los demandados a estar y pasar por todo ello.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 7 de Santa Cruz de Tenerife, autos 859/2016, en fecha 10 de febrero de 2017 se celebró juicio en el cual la parte demandada Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna se opuso a la demanda alegando su falta de legitimación pasiva por no existir relación laboral con el actor; "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" se opuso a la demanda negando la existencia de cesión ilegal porque en ejecución de la contrata del ayuntamiento había puesto a disposición del mismo una verdadera organización empresarial.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 15 de febrero de 2017 sentencia con el siguiente Fallo:

"Que debo desestimar y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por D. _____ y, en consecuencia, absuelvo al AYUNTAMIENTO DE SAN CRISTOBAL DE LA LAGUNA y TECNOLOGÍAS PLEXUS, S.L. de todos los pedimentos deducidos en su contra".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- D. _____ presta servicios para Tecnologías Plexus S.L. desde el 6 de abril de 2015, mediante contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de técnico de sistemas y un salario mensual prorrateado de 1.428,57 euros. El contrato dispone que el centro de trabajo se encuentra ubicado en Santa Cruz de Tenerife (Folios 79 a 81).

SEGUNDO.- En fecha veintiuno de noviembre de 2012 el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna y la empresa Tecnologías Plexus, S.L. suscribieron contrato de servicio de apoyo al servicio de informática del ayuntamiento en materia de ingeniería de sistemas y centro de atención a usuarios. (Folios 277 a 295)

TERCERO.- El actor fue contratado por Tecnologías Plexus, S.L., para dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios suscrito con la Corporación demandada, prestando sus servicios desde la celebración del contrato en el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna.

CUARTO.- Las nóminas del actor son abonadas por Tecnologías Plexus, S.L. (Folios 82 a 102).

QUINTO.- La autorización de permisos de paternidad y lactancia, vacaciones del actor y modificación de horario, durante toda la vigencia del contrato le correspondió a Tecnologías Plexus, S.L. (Folios 502 a 506).

SEXTO.- El día 28 de octubre de 2016 la parte demandante presentó reclamación previa contra el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, que fue desestimada por resolución de fecha 13 de enero de 2017 (Folio 68)".

QUINTO.- Por parte de D. _____ se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por ambas demandadas.





SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 31 de marzo de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 5 de febrero de 2018.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen los hechos probados de la sentencia de instancia, a excepción de los que se indican a continuación, al haberse estimado motivos de revisión fáctica planteados por la parte recurrente:

- Se añade un Hecho Probado 8º con el siguiente tenor: "D.

y D. , trabajadores contratados por **TECNOLOGÍAS PLEXUS**, han sido declarados en situación de cesión ilegal por sendas sentencias judiciales. El primero, que aparecía como coordinador formal de **PLEXUS**, en Sentencia de fecha 20-01-2016, en Autos 946/2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, y D. por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife) de fecha 27 de septiembre de 2016 en Rec. Suplicación 829/2015".

SEGUNDO.- El actor estaba contratado por "Tecnologías Plexus" para prestar servicios en el servicio de apoyo al servicio de informática el Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en materia de ingeniería de sistemas y centro de atención a usuarios. En la demanda rectora de los presentes autos alegaba que estaba siendo objeto de una cesión ilegal de mano de obra. Esta demanda es desestimada en instancia porque la juzgadora afirma que no hay prueba de la vinculación laboral del actor con el ayuntamiento, que los únicos elementos de la cesión serían la prestación de servicios en el propio ayuntamiento y un horario que coincidía con el de algunos trabajadores del ayuntamiento, pero que los encargos se los daba al actor un empleado de "Plexus" (el sr.), el personal del ayuntamiento no daba órdenes directas al demandante, no se le organizaban las vacaciones, el actor no tenía correo electrónico del ayuntamiento, y el trabajo lo organizaba el personal de "Plexus". Disconforme con esta sentencia, recurre en suplicación el actor para que, revocándose el pronunciamiento de instancia, la Sala proceda a la íntegra estimación de la demanda, a cuyo objeto formula, al amparo del artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuatro revisiones de hechos probados, y luego un motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El recurso ha sido impugnado por ambas demandadas, las cuales solicitan la desestimación del mismo y que se confirme el Fallo de instancia.

TERCERO.- Examinando en primer lugar los motivos de revisión de hechos, con carácter general debe recordarse que aunque el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permita a la Sala de Suplicación revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, este motivo de recurso está sujeto a una serie de límites sustantivos, como son:





1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido averados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, en principio con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. No obstante, se puede admitir la revisión cuando la misma refuerza argumentalmente el pronunciamiento de instancia (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012, recurso 19/2011, o 15 de diciembre de 2015, recurso 34/2015, entre otras).

CUARTO.- Desde un punto de vista formal, es doctrina judicial consolidada que en la articulación del motivo de revisión fáctica del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se han de cumplir los siguientes requisitos (en parte, ahora recogidos en el artículo 196.3 de la Ley):

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos. En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.





3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

QUINTO.- La primera revisión que plantea el actor afecta al ordinal 2º del relato fáctico de la sentencia de instancia, pretendiendo con la misma destacar que tanto los medios materiales como la cuenta de correo electrónico necesarias para ejecutar la contrata eran facilitados por el ayuntamiento y no por "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada". La revisión la fundamenta en el contrato suscrito entre el Ayuntamiento de La Laguna y "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada", folios 277 al 295, mencionando en concreto los puntos 3.2.5 (horario y lugar de prestación de servicios) y 4 (medios personales) del pliego de prescripciones técnicas, y destacando que dicho pliego no exige la aportación de ningún medio material; y por otro lado, en las copias de correos electrónicos que constan a los folios 113, 118 a 249 o 397 al 401. El texto alternativo que se propone es el siguiente: *"El actor presta servicios laborales en la sede del Ayuntamiento de La Laguna, con el mismo horario que los trabajadores de dicho Ayuntamiento, utilizando los medios materiales pertenecientes a dicho Ayuntamiento, a excepción de un móvil que le entregó la empresa TECNOLOGÍAS PLEXUS. El Ayuntamiento le dotó de una cuenta de correo electrónico, que utilizaba para comunicarse en el trabajo. Dicha cuenta era sistemas2.informatica@Aytolalaguna.es"*.

SEXTO.- No es posible estimar la revisión propuesta por el actor. En primer lugar, lo que pretende extraer el actor del pliego de prescripciones técnicas es una inferencia negativa (como en dicho pliego no se mencionan medios materiales a aportar por la contratista, se deduce que la misma no los aportaba) partiendo además del mismo documento empleado por la juzgadora para formar su convicción sobre el hecho probado 2º. El dato que se pretende introducir no se puede, por ello, considerar que resulte de forma directa e inmediata del documento, ni se pone en evidencia un error patente de la juzgadora a la hora de valorar globalmente la prueba pues, como destacan las recurridas, en la propia demanda se afirmaba que "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" aportaba para la ejecución de la contrata un ordenador portátil, y en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se cita una testifical que mencionaba que el actor contaba con un teléfono móvil y un ordenador propiedad de "Plexus"; que son, por otro lado, los medios materiales facilitados por la contratista que constan probados en las otras sentencias dictadas por esta Sala en relación a otros pleitos de cesión ilegal entre ambas demandadas y en relación a la misma contrata (recursos 829/2015 y 231/2017).

SÉPTIMO.- En cuanto a las impresiones de correos electrónicos, el valor probatorio de los mismos fue expresamente examinado por la juez, la cual señala, con acierto, que la cuenta del actor en el dominio del Ayuntamiento de La Laguna solo aparece después de presentada la





demanda sobre cesión ilegal, y en su impugnación "Tecnologías Plexus" señala que el actor fue sancionado por crear esa cuenta tras la demanda de cesión sin autorización alguna (citando a tal efecto el folio 132 ramo prueba de Plexus), todo lo cual apunta a que la creación de la cuenta de correo electrónico, más que una necesidad para la ejecución de la contrata de servicios, respondía a una finalidad del actor de preconstituir prueba, y desde luego excluye que esos correos electrónicos evidencien un error patente de la juzgadora en la valoración de la prueba. El motivo, por tanto, debe desestimarse.

OCTAVO.- En el segundo motivo del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el actor pretende añadir un nuevo hecho probado, con el ordinal 8º, que diga lo siguiente: *"El actor se encuentra incluido en la página de INTRANET DEL AYUNTAMIENTO DE SAN CRISTÓBAL DE LA LAGUNA como personal propio, sin referencia a ninguna empresa externa, entre los miembros del servicio informático entre los que se encuentra además del personal propio del Ayuntamiento otros dos trabajadores contratados por TECNOLOGÍAS PLEXUS, D.*

Estos trabajadores contratados por TECNOLOGÍAS PLEXUS, ya han sido declarados en situación de cesión ilegal por sendas sentencias judiciales. El primero, que aparecía como coordinador formal de PLEXUS, en Sentencia de fecha 20-01-2016, en Autos 946/2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, y D. ..., por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife) de fecha 27 de septiembre de 2016 en Rec. Suplicación 829/2015". La adición se fundamenta en los documentos de los folios 104, 105, 106 y 107, que según el recurrente son "pantallazos" de las páginas de la intranet del ayuntamiento, y en las Sentencias que declaran la cesión ilegal de los otros trabajadores, folios 260 a 273 de las actuaciones.

NOVENO.- De los documentos de los folios 104 a 107 no se desprende de forma inmediata y directa que el actor esté incluido en el "organigrama" del Ayuntamiento, porque en parte alguna de esos "pantallazos" aparece una referencia o dato que permita saber de qué aplicación informática se han sacado y cuando se imprimieron; además, según alegan las recurridas, esos documentos fueron impugnados en juicio y no fueron reconocidos por los testigos, lo que terminaría de invalidar el valor de esa documental a efectos de revisar los hechos probados en suplicación, pues los documentos impugnados y no reconocidos nunca pueden evidenciar error patente del juzgador en la valoración global de la prueba. En cuanto a las sentencias de los otros trabajadores sí es cierto lo que alega el recurrente, siendo la sentencia de D.

actualmente firme y la de instancia declarando la existencia de cesión ilegal de D. ha sido recientemente confirmada por esta Sala en sentencia dictada el 19 de enero de 2018, recurso 231/2017. Ninguna de ellas, obviamente, constituye cosa juzgada en el presente caso -no hay completa identidad subjetiva- pero obviamente tienen interés para resolver porque, precisamente, uno de los trabajadores para los que se ha declarado la cesión ilegal era el coordinador de "Tecnologías Plexus" en el marco de la contrata, D.

, el cual es el "Sr. ..." que, según la sentencia recurrida, organizaba y dirigía el trabajo del demandante. Se admite, por ello el segundo párrafo de la propuesta, con las correcciones esenciales para que tenga sentido gramaticalmente.

DÉCIMO.- En tercer lugar el recurrente pretende añadir otro hecho probado como ordinal 9º,





para describir las funciones del actor, para lo cual se basa por un lado en el pliego de prescripciones técnicas (folios 109 a 142) más impresiones de correos electrónicos, obrantes a los folios 156 a 188 o 190 a 201. El texto que propone dice así: *"El actor realiza las funciones propias de sistemas de comunicaciones, como administración de servidores, redes, gestión de usuarios, mantenimiento de plataformas, actualizaciones, soporte a incidencias, realización de copias de seguridad, etc. Además realiza funciones de soporte y mantenimiento, replanteos, coordinación, intermediación con terceros, interlocutor técnico para cuestiones que precisan del Servicio de Informática para otras áreas del Ayuntamiento, Participación Ciudadana, que se encarga de los 44 centros de ciudadanos que se encuentran repartidos por todo el municipio de La Laguna (Taco, La Punta, Bajamar, La Cuesta, etc.).*

Realiza peticiones o pedidos o creación de incidencias por teléfono a proveedores en nombre del Ayuntamiento, así como se acredita ante terceros como personal municipal, en las visitas a los centros de ciudadanos, ante los presidentes de las asociaciones, coordinadores, etc.

También está cubriendo el puesto de Informática encargada de estas funciones que está de baja por larga temporada, desde hace un año y medio".

UNDÉCIMO.- Para alcanzar las conclusiones de hecho que pretende el actor en este motivo es necesario no solo realizar un examen del pliego de prescripciones técnicas y de los variopintos correos electrónicos que se mencionan en el motivo, sino también soslayar la existencia de otros medios de prueba, singularmente testificales, practicados en la instancia con el objeto de probar cuales eran las tareas habituales del actor en la contrata de servicio de apoyo informático. Lo que pretende el actor, por tanto, es una valoración global de la prueba, cosa que resulta inadmisibles en los recursos extraordinarios, como el de suplicación. Lo cual conduce a la desestimación del motivo.

DUODÉCIMO.- En el último motivo de revisión fáctica el actor solicita introducir un nuevo hecho probado, con el ordinal 10º, para decir en el mismo que el actor recibía instrucciones de forma habitual del personal de informática del Ayuntamiento demandado. Para ello se ampara en los documentos de los folios 203 a 249, y el texto que se pretende introducir diría lo siguiente: *"El actor recibía órdenes con habitualidad de DON _____, Jefe del Servicio de Informática y de DON _____, Jefe de Proyectos, ambos, del Ayuntamiento de La Laguna, de manera directa sobre los trabajos que debía realizaren las distintas dependencias municipales".*

DECIMOTERCERO.- De la lectura de la sentencia se desprende que la juzgadora consideró acreditado, a partir de la prueba testifical, que era el coordinador de "Tecnologías Plexus", el Sr. _____, quien daba directamente las órdenes e instrucciones de trabajo al actor. Que los documentos invocados por el demandante pudieran sugerir otra cosa no equivale a que esos documentos evidencien un error patente de la juzgadora incluso superando la valoración global de la prueba, pues ante la existencia de medios de prueba contradictorios, como ocurre en este particular, la Sala que conoce del recurso de suplicación ha de respetar las conclusiones alcanzadas por el juzgador de instancia, si las mismas se encuentran suficientemente motivadas, como se da en este caso. No puede olvidarse que basta la mera duda sobre la existencia de error judicial en la valoración de la prueba para excluir que ese error judicial sea patente e incuestionable, impidiendo la estimación de un motivo del 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.





DECIMOCUARTO.- En el motivo de censura jurídica el actor considera que la sentencia de instancia, al rechazar la existencia de cesión ilegal, ha infringido el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, porque considera que de los hechos probados de la sentencia, con las adiciones solicitadas en el recurso, resulta que la realización del trabajo la efectúa el actor en el Ayuntamiento de La Laguna, en el Servicio Informático del mismo realizando las funciones propias de dicho Servicio; la empresa contratista solamente aporta la figura de un Coordinador, que en realidad aparece en el propio servicio del Ayuntamiento como un trabajador más del Servicio de Informática del ayuntamiento y no pasa de ser un mero intermediario que también ha sido declarado en situación de cesión ilegal, y trabajador del Ayuntamiento; que una parte de las tareas que realiza el actor estén incluidas en la contrata no excluye la existencia de cesión porque la contratista no ha aportado una estructura organizativa y material para la prestación de servicios y además el actor desempeña funciones que nada tienen que ver con la contrata, como el encargo de compra del material informático para el Ayuntamiento de La Laguna y su recepción; y que la empresa cedente suscriba tanto la concesión de las vacaciones como las nóminas no sería más que el velo formal que encubre la relación real de contrato interpositorio. Estimando, por ello, que se cumplen los requisitos legales previstos en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, según la interpretación jurisprudencial, para entender producida una cesión ilegal de mano de obra.

DECIMOQUINTO.- El examen del motivo impone un previo repaso a la jurisprudencia que interpreta el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Como señala la jurisprudencia - Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2002 o 2 de junio de 2011, entre otras-, lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. 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. Esto implica como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados:

1º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial.

2º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador.

3º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores 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 o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes". Y en esta línea interpretativa la jurisprudencia unificadora (STS 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, entre otras) ha fijado como marca de distinción la determinación no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente "*sino si actuaba o no como verdadero empresario*".

DECIMOSEXTO.- También recuerdan esas sentencias que el problema más importante de





delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores "se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata 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 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 de 7-III-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12-IX-1988, 16-II-1989, 17-I-1991 y 19-I-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17-I-1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11-X-1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

Y añadiendo que "la actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de 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".

DECIMOSÉPTIMO.- En este mismo sentido, la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011, recurso 791/2010 señala que "Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrata lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente".

DECIMOCTAVO.- Por otro lado, la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 8 de





marzo de 2011, recurso 791/2010 señala que *"Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente".* Y, por su parte, que la empresa cesionaria abone los salarios, gestione los permisos, bajas y vacaciones e incluso controle la asistencia al trabajo de la parte actora, como indica la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2011, recurso 1784/2010, no implica el efectivo desempeño de facultades empresariales ni excluye la cesión ilegal, pues son típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra, que actúa como un simple gestor de personal y no como un empresario asumiendo el riesgo y ventura de la explotación.

DECIMONOVENO.- Un asunto análogo al presente, en el que otro trabajador denunciaba la existencia de cesión ilegal de mano de obra entre ambas demandadas y en relación a los mismos servicios de apoyo informático y centro de atención a usuarios, ha sido resuelto por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 27 de septiembre de 2016, recurso 829/2015, que estimó el recurso planteado por el trabajador demandante y, revocando la sentencia de instancia, declaró la existencia de cesión ilegal de mano de obra. Y ello razonando que *"El demandante prestaba servicios en las dependencias e instalaciones del Ayuntamiento con el material proporcionado por éste (soporte informático, sistemas operativos antivirus, vehículos para desplazamiento) figuraba incluido en la página de intranet del Ayuntamiento y en el buscador como personal propio, miembro del servicio de informática del Ayuntamiento. En el propio pliego de prescripciones técnicas que se da por reproducido en el hecho cuarto de la demanda se constata la prestación de servicio de ocho horas diarias de lunes a viernes, preferentemente por la mañana a concretar según las necesidades del ayuntamiento, el equipo humano debía estar formado por los mismos componentes salvo autorización expresa de la corporación y la ausencia de cualquiera de los miembros por enfermedad o vacaciones obligaba a su sustitución inmediata. El actor encargaba y recepcionaba material informático para el Ayuntamiento recibiendo instrucciones y órdenes del personal de dicha corporación y realizando su actividad integrado con el personal de dicha entidad, por lo tanto y conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta concurren los requisitos esenciales para apreciar la cesión ilegal que implica que la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con el que llevan a cabo los trabajadores o los funcionarios de la administración, como*





ocurre en el caso de autos y ello con independencia de que el empleador formal abone las retribuciones o conceda los permisos, licencias y vacaciones. En esta línea y en supuestos similares se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre y 29 de diciembre de 2015 . Por todo ello es preciso estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia declarando la existencia de cesión ilegal y como se solicita en el suplico de la demanda la relación laboral indefinida con el Ayuntamiento (...)".

VIGÉSIMO.- De igual forma, en nuestra posterior sentencia de 19 de enero de 2018, recurso 231/2017, confirmamos la sentencia de instancia que declaró la existencia de cesión ilegal de "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" al dd1 y que afectaba al trabajador D.

, que era nada menos que el coordinador de "Plexus" en la contrata de apoyo informático en el ayuntamiento de La Laguna, y es el "Sr. " mencionado en la sentencia recurrida como la persona que organizaba y controlaba directamente el trabajo del demandante. En esta posterior sentencia de 19 de enero de 2018 señalábamos que "pese a la aportación de algunos medios materiales por "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada", la prestación de servicios del actor se lleva a cabo en las dependencias del Ayuntamiento y empleando material de oficina y mobiliario aportado por el mismo, así como un vehículo de titularidad municipal para el caso de tener que hacer desplazamientos en el desempeño de sus funciones; también se encargaba de seleccionar y recepcionar el material informático del Ayuntamiento y, lo que es más relevante, el actor se encargaba de transmitir a los otros trabajadores de la contrata las instrucciones de trabajo de acuerdo con las directrices que establecía el Jefe del Servicio de Informática del Ayuntamiento, el cual también era encargado de planificar el servicio de apoyo al servicio de informática y centro de atención a usuarios, formando el personal de la contrata un único equipo de trabajo con el personal de informática del ayuntamiento según se afirma en la sentencia recurrida. Dada la sustancial identidad de los hechos con el asunto ya resuelto por la Sala, al no suscitarse cuestiones de hecho o de derecho que justifiquen un cambio de criterio por parte del Tribunal, procede mantener el sostenido en la sentencia de 27 de septiembre de 2006, lo que implica desestimar ambos motivos planteados por las demandadas y mantener el pronunciamiento de instancia sobre existencia de cesión ilegal".

VIGESIMOPRIMERO.- Una elemental coherencia con nuestros anteriores pronunciamientos obliga a resolver el presente caso en igual sentido, pues el lacónico relato de hechos probados de la sentencia recurrida solo señala la realización por parte de "Plexus" de típicas funciones de un prestamista de mano de obra que actúa como un simple gestor de personal: abonar las nóminas (hecho probado 4º), autorización de permisos, y control del horario (hecho probado 5º), esto último llevado a cabo, además, por un trabajador que se ha declarado que no es más que un intermediario integrado en la organización del ayuntamiento. De los escritos de impugnación puede concluirse que no es controvertido que "Tecnologías Plexus" aporta algunos medios materiales como teléfono móvil y ordenador, pero que el lugar de prestación de los servicios son las dependencias municipales, y el demandante emplea mobiliario y material fungible de oficina proporcionado por el ayuntamiento (exactamente igual que en los dos casos anteriormente resueltos por esta Sala), y, como se ha señalado, el superior jerárquico inmediato del actor en "Plexus" se ha considerado que fue objeto de una cesión ilegal de mano de obra a favor del Ayuntamiento; resulta por ello insostenible pretender que el coordinador de la contrata podía ser víctima de la cesión de mano de obra y que en cambio el actor, que realizaba las tareas que le encomendaba ese superior actuando como correa de transmisión





del director del servicio de informática del ayuntamiento, haya prestado sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" en lugar de estar integrado, materialmente, en el servicio de informática del ayuntamiento demandado.

VIGESIMOSEGUNDO.- Procede, por lo que se ha expuesto, estimar el motivo, revocar la sentencia de instancia y, resolviendo la Sala el debate de fondo de acuerdo con lo previsto en el artículo 202.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, estimar la demanda, declarando la existencia de cesión ilegal del actor, el derecho del mismo a ser considerado personal por tiempo indefinido del ayuntamiento demandado (del suplico de la demanda se evidencia con toda claridad que esa ha sido la opción del trabajador que le faculta el artículo 43.4) y el consiguiente derecho a que se aplique al demandante el convenio colectivo para el personal laboral del ayuntamiento de La Laguna, desde la fecha de inicio de la cesión, el 6 de abril de 2015.

VIGESIMOTERCERO.- En cuanto a la pretensión referente a "las retribuciones para su categoría profesional desde el momento de la interposición" de la reclamación administrativa previa, es una huera petición merodeclarativa desde el momento en que, por un lado, el actor no reclama cantidades concretas en el suplico de la demanda, en el cuerpo de la misma no se fijan cuales sean las bases para realizar el cálculo de las eventuales diferencias retributivas, ni estas diferencias retributivas fueron luego liquidadas en juicio. Y, sin liquidación de cantidades ni fijación de las bases para calcular los importes conforme a meras operaciones aritméticas, no se puede entender que se esté reclamando cantidad ni el Fallo puede condenar a su pago (artículos 87.4 y 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VIGESIMOCUARTO.- Por otro lado, el actor alega en su demanda que la categoría que tiene formalmente reconocida es la de "Técnico de Sistemas" pero que en realidad desempeña funciones de "Ingeniero de sistemas". De los hechos probados no se desprende nada que permita concluir que el actor realice funciones diferentes y superiores a las de la categoría que tiene formalmente reconocida, pero, en todo caso, en el sistema de clasificación profesional del convenio colectivo del ayuntamiento demandado (contenido en uno de los anexos del convenio, y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Tenerife número 192, de 2 de noviembre de 2007) no existe ninguna de esas dos categorías, y la equivalencia habría que buscarla o en la categoría de "Programador" (Grupo II.3) o, más probablemente, dada la estructura funcional que se ha apreciado (el demandante tiene un superior jerárquico inmediato, que a su vez responde ante el Director del Servicio de Informática del Ayuntamiento; en nuestra sentencia de 19 de enero de 2018 señalamos que el Director estaba en el Grupo I y el mando intermedio en el Grupo II del convenio del ayuntamiento), en la categoría de "Técnico informático", Grupo III, categoría que se reconocerá al actor al no existir datos que permitan atribuirle otra superior. Esto, unido a lo expuesto en el precedente fundamento, lleva a que la estimación de la demanda solo pueda ser parcial.

VIGESIMOQUINTO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al estimarse el recurso no procede la imposición de costas.





FALLAMOS

PRIMERO: Estimamos parcialmente el recurso de suplicación presentado por D.

frente a la Sentencia 77/2017, de 15 de febrero, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 859/2016, sobre cesión ilegal.

SEGUNDO: Revocamos totalmente la citada sentencia de instancia y, resolviendo el objeto de debate, estimamos parcialmente la demanda presentada por D. . y, en consecuencia:

- 1.- Declaramos que el demandante ha sido objeto de cesión ilegal de "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" al Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna; el derecho del actor a ser considerado trabajador por tiempo indefinido del Ayuntamiento demandado con antigüedad de 6 de abril de 2015; y que se le aplique el convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, con categoría de "Técnico Informático" grupo III.
- 2.- Condenamos a las demandadas Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna y "Tecnologías Plexus, Sociedad Limitada" a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a los efectos que procedan.
- 3.- Desestimamos el resto de pretensiones deducidas en el suplico de la demanda, absolviendo a las demandadas de las mismas.

TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0361 17, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



