



Roj: **STSJ PV 3490/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:3490**

Id Cendoj: **48020340012014101811**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2014**

Nº de Recurso: **1875/2014**

Nº de Resolución: **2129/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 1875/2014

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/006744**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0006744**

**SENTENCIA Nº: 2129/2014**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 11 de noviembre de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltrmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D<sup>a</sup>. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Custodia contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 23 de abril de 2014, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Custodia frente a **FEDERACION DE CONSUMIDORES DE EUSKADI y MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS URIBE KOSTA**.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Dña. ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- La demandante DÑA. Custodia viene prestando servicios para la empresa FERDERACIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI, con una antigüedad de 7 de abril de 2.003, categoría profesional de técnico de consumo (grado medio) y salario mensual percibido 1.707,00 euros con p/p de pagas extras.

La demandante fue seleccionada por la Federación toda vez tener experiencia en áreas de consumo por haber sido becaria en el Departamento de Consumo del Gobierno Vasco.

2º.- La Federación de Consumidores de Euskadi fue inscrita en fecha 15-2-83, en el Servicio de Asociaciones del Ministerio del Interior, cuyos fines sociales lo son:

"1º.- Promover, participar y organizar Congresos, Conferencias Seminarios, y otras acciones sobre temas de la defensa del Consumidor-Usuario y de la economía familiar



2º.- Realizar directamente, coordinar y apoyar trabajos de investigación en el ámbito de la educación para la economía familiar.

3º.- Intercambiar conocimiento a nivel nacional e internacional en lo que se refiere a defensa y educación de la economía familiar.

4º.- Divulgar sus fines, estudios y resultados a través de publicaciones, conferencias y cuantas acciones estén a su alcance en relación con la defensa del consumidor-usuario, economía familiar, medio ambiente y entorno social.

5º.- Mantenerse en contacto con los Organismos Oficiales que tienen competencia con estas materias, colaborando con los mismos, cuando dicha colaboración, redunde en beneficio de los intereses de los consumidores-usuarios.

6º.- Recomendar líneas de actuación y proponer objetivos concretos.

7º.- Representar, gestionar y defender los intereses, derechos y acciones de sus miembros, en sus aspectos generales y comunes, especialmente en relación con la Administración, Tribunales de Justicia y otras Instituciones Públicas a nivel de la Comunidad Autónoma o Estado Español.

8º.- Promover la presencia de la Federación de Consumidores de Euzkadi en los organismos públicos.

9º.- Promover y editar una revista y otros medios de información para defensa y orientación del consumidor-usuario.

10º.- La F.C.E. -E.K.E. trabajará por reivindicar el reconocimiento en la Ley y el pleno ejercicio en la práctica de estas cuatro categorías de derecho fundamentales

- El derecho a la protección eficaz contra los riesgos capaces de incidir en sus intereses económicos.

- El derecho de asistencia, de asesoramiento y la reparación de daños sufridos por los consumidores-usuarios.

- El derecho a la información y a la educación.

- El derecho a la audiencia, la consulta, la representación y a la participación de los consumidores-usuarios en la elaboración de las decisiones que les conciernen.

11º.- Combatir la publicidad mentirosa, engañosa o antisocial y cooperar a la función informativa que la publicidad cumple.

12º.- Creación de una escuela permanente de formación de monitores en Economía y Consumo.

13º.- Planificación y promoción de un Instituto de Consumo o Centro Vasco para la Defensa del Consumidor. Entre sus actividades preferenciales podemos citar:

-Departamento de recogida de muestras y análisis de productos.

14º.- Creación de un departamento de arbitraje para todos los pleitos entre:

- Administración.

- Producción.

- Consumidor."

Para lograr tales objetivos se dispone:

"Con objeto de lograr los fines expuestos, esta Federación podrá desarrollar cualquier actividad de las permitidas por la LEY, y en especial las siguientes:

1º.- Estudiar los problemas que pudieran existir dentro de un ámbito de actuación, estableciendo los fines necesarios para la investigación, divulgación y posible solución de los mismos.

2º.- Organizar en su seno y dentro de sus posibilidades cuantos servicios de asistencia, asesoramiento, información y perfeccionamiento requieran sus miembros.

3º.- Organizar conferencias, coloquios y círculos de estudios.

4º.- Crear y difundir libros, revistas y publicaciones encaminadas a la defensa del Consumidor y el Usuario.

5º.- Podrá crearse, para el desarrollo de sus fines, los siguientes secretarios:

- Gabinete de defensa del consumidor y del usuario.

- Gabinete técnico.



- Gabinete económico.
- Gabinete jurídico.
- Gabinete de documentación e información.
- Gabinete de medios de comunicación.
- Secretariado de representación y colaboración con los organismos oficiales.
- Secretariado de Relaciones Públicas.
- Secretariado de Relaciones de Producción, el Comercio y los Servicios.
- Secretariado de Educación del Consumidor.
- Secretariado de Relaciones Internacionales y del Estado."

3º.- La demandante viene presando servicios en una oficina (OMIC) dentro de la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA.

4º.- La MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA es una entidad pública conformada por varios municipios y tiene por objeto la gestión y prestación de los siguientes servicios: a) Servicio de bienestar social; b) Servicios específicos de asistencia domiciliaria; c) Basura y d) y todos aquellos que se establezcan con posterioridad

5º.- La MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, sacó a concurso público el servicio de gestión de la oficina de información al consumidor, desde el año 2.003, cuyos servicios a prestar lo son:

"Los servicios a prestar en la Oficina de Información al Consumidor comprenderán las labores de:

a) Información.

b) Formación y Educación

A) Información

1) Información y asesoramiento, verbal o escrito sobre los derechos y obligaciones que posean los consumidores y usuarios de productos y servicios en defensa de sus intereses.

a) El horario de funcionamiento de la oficina será de 7:45 a 15:00 horas de lunes a viernes, y los miércoles señalados en el calendario laboral de 16:00 a 19:00 horas. La atención al público se prestará ininterrumpidamente, durante todo el año.

b) El servicio se prestará en los locales que determine la Mancomunidad, bien en su sede o bien los que se determine en cualquiera de los municipios que componen la Mancomunidad, sin que estos trasladados den lugar a la percepción de complementos del precio establecido.

c) el personal que mínimamente deberá proporcionar la empresa adjudicataria para atender al público en los horarios fijados en el apartado anterior serán dos (2) personas con experiencia en materia de defensa del consumidor y con una titulación mínima de Diplomado Universitario, preferentemente en Derecho o disciplina relacionada.

d) La prestación del servicio se efectuará en forma biligüe (euskera/castellano).

2) Resolución, a través de la mediación, de problemas concretos que se les planteen a los consumidores y usuarios conforme a la definición establecida de los mismos en la Legislación aplicable en materia de defensa del consumidor.

3) Asesorar sobre los organismos privados o instituciones públicas ante los que se deban formular reclamaciones en materia de consumo y encauzar las mismas.

4) Recopilar y documentar la normativa aplicable en los temas más consultados, organizando una biblioteca general y específica de los mismos. En todo caso, el fichero, los expedientes y documentos que se generan por la atención a los consumidores y usuarios, quedarán como propiedad de la Mancomunidad.

5) Informar a la Presidencia de la marcha constante de servicio. a estos efectos, se remitirá a Presidencia una memoria que contenga las actividades desarrolladas en cada año natural, así como cualquier otra incidencia o aspecto relacionado con el servicio en momentos puntuales.

6) Colaborar en las campañas de inspección de consumo que se organicen en los municipios mancomunados. A tal efecto, en las memorias anuales que se especifican en el apartado anterior, deberá documentarse, de



manera clara y separada, cuáles son los temas susceptibles de campaña de inspección que más preocupan a los vecinos en base a las consultas y reclamaciones recibidas.

7) La persona destinada deberá ocupar la Secretaría del Consejo Local de Consumo, si existiese, durante el período de contrato.

#### B) Formación y Educación

1) Promover, organizar y participar en actividades formativas de todo orden sobre defensa de los consumidores y usuarios. Como mínimo, deberán realizarse las siguientes actividades formativas, corriendo a cargo del adjudicatario todos los gastos, incluidos los de publicidad:

a) Organizar, dentro de los tres meses siguientes a la adjudicación, una campaña de divulgación de los servicios que ofrece la OMIC, con indicación de los nuevos horarios de atención al público.

b) Un taller de consumo, en colaboración con los Centros de Enseñanza, Asociaciones de Vecinos, de Comerciantes o colectivos similares.

c) Dos ciclos de jornadas informativas sobre temas de interés, abiertas a todos los ciudadanos, sin perjuicio de que su potencial destinatario sea algún colectivo específico.

d) Organizar, siguiendo las pautas marcadas orientativamente por Presidencia, cuantas actividades puedan resultar de interés, especialmente en el mundo escolar, en orden a la orientación adecuada hacia el consumo (concursos de redacción, dibujo, poesía, etc.)

Las actividades formativas obligatorias deberán ser propuestas a Presidencia con el correspondiente proyecto y con antelación suficiente, y deberán ser aprobadas expresamente por ésta.

Sin perjuicio de las anteriores, el adjudicatario deberá colaborar en la organización y difusión de otras actividades que por la Presidencia se determinen.

2) Cualesquiera otra prestación de análoga naturaleza y, en particular, las que sean precisas para cumplimentar las funciones que a las Oficinas de información al consumidor asigna la Ley."

Se dan por reproducidos los diversos pliegos de condiciones y contratos de adjudicación toda vez obrante en la prueba documental.

La citada MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, adjudicó los servicios desde el año 2.003 a la empresa FEDERACION DE CONSUMIDORES DE EUSKADI, si bien en el año 2.012, se quedó desierta, como consecuencia de los valores económicos que no fueron aceptados.

La Federación de Consumidores también está en otras oficinas de información de consumidores de otros ayuntamientos de Bizkaia.

6º.- La demandante viene prestando los servicios en el centro de trabajo de la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, (Sopelana). La Mancomunidad tiene personal funcionario y laboral. Tanto la demandante como dicho personal vienen fichando toda vez tener todos una llave electrónica para acceso a las dependencias, y llevando a cabo el mismo horario.

Los listados de fichados de la demandante son remitidos a la Federación de Consumidores.

7º.- Los medios materiales para el desarrollo del trabajo realizado por la demandante son puestos por la codemandada, Mancomunidad. Poniendo a disposición el local de la oficina del OMIC, asimismo un ordenador con acceso a internet, teléfono fijo. No obstante, el programa informático está proporcionado por el Gobierno Vasco (Kontsumobbide), siendo por ello ajeno a la Mancomunidad.

8º.- En la oficina del OMIC prestaban servicios la demandante y otra persona, asimismo de la Federación de Consumidores de Euskadi. El trabajo desarrollado por la demandante no era con el personal laboral o funcionario de la Mancomunidad, teniendo una oficina apartada dentro de la Mancomunidad y prestando solo en ellas las personas de la Federación de Consumidores de Euskadi.

Las funciones básicas eran las labores de consultas y reclamaciones de usuarios, a tal efecto, la demandante daba las respuestas registrándolas en el ordenador, y en el supuesto de cuestiones jurídicas o más técnicas (como lo son en materia de propiedad horizontal, seguros, u otras cuestiones), elevaba sus planteamientos o consultas a los técnicos ubicados en la Federación de Consumidores.

9º.- Las solicitudes de vacaciones, licencias y permisos eran remitidos por la demandante a la Federación de Consumidores quienes comunicaban a la **Mancomunidad de Uribe Kosta** las incidencias y en situaciones de permisos o bajas remitían una persona a sustituir.



10º.- Al igual que el resto del personal funcionario y laboral, la demandante recibía todos los años por Navidad una cesta de navidad.

11º.- Los cursos sobre consumo que llevaba a cabo la demandante lo eran efectuados por la Federación de Consumidores, y, asimismo en conexión con el Gobierno Vasco, estos no eran dados por la Mancomunidad. Solo participó en un curso sobre euskera llevado a cabo por la mancomunidad, como consecuencia de las supuestas quejas de usuarios por el desconocimiento del euskera en tal servicio.

12º.- La Federación de Consumidores tiene una plantilla de 6 personas contratadas y tiene además dos personas mediante contrato de arrendamiento de servicios.

13º.- El personal que presta servicios en la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta en sus condiciones laborales está regulada por el Acuerdo regulador de condiciones de trabajo del personal de las instituciones locales vascas (BOPV 2-12-08), se da por reproducido al obrar en la prueba documental.

14º.- La Federación de Consumidores de Euskadi, no tiene ánimo de lucro, está subvencionada por el Gobierno Vasco, y se nutre de partidas presupuestarias de este, como de las cuotas de sus socios.

16º.- Se ha efectuado reclamación previa y conciliación previa."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda formulada por D<sup>ÑA</sup>. Custodia frente a FERDERACIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI Y MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, debo desestimar absolver a los demandados de cuanto se reclama."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .-La sentencia de instancia ha desestimado la pretensión de la trabajadora D<sup>a</sup> Custodia que solicitaba se declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la demandada MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS URIBE KOSTA y la demandada FEDERACION DE CONSUMIDORES DE EUSKADI (EKE) y se declare el derecho de la actora a integrarse como fija de plantilla o subsidiariamente como laboral indefinida en la codemandada Mancomunidad Servicios de Uribe Kosta como técnico de consumo, dentro de la categoría A y nivel retributivo 21 manteniendo la antigüedad de inicio de prestación de sus servicios es decir, 7 de abril de 2003. La sentencia entiende que estamos ante una válida subcontratación de servicios ( artículo 42 ET ) y por tanto se desestima la demanda.

Disconforme con tal resolución de instancia la trabajadora recurre en suplicación al amparo de los motivos previstos en las letras b ) y c) del artículo 193 de la LRJS .

La Mancomunidad de Servicios Uribe-Kosta y la Federación de Consumidores de Euskadi han impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

**SEGUNDO**.- Recurre la trabajadora, en primer lugar, con base en el motivo previsto en el artículo 193 b) de la LRJS , esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero ).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la LRJS , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;



- c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

A) Comenzando por la primera pretensión revisora, se propone hacer constar en el hecho probado primero que la categoría profesional de la actora es la de Técnico de consumo, suprimiendo lo de "grado medio" y que su salario mensual es de 1.830,00 euros. Tal y como establece la sentencia tal hecho probado se fija a través de documental y prueba de interrogatorio, que esta instancia no puede revisar y por tanto se desestima. Por otra parte nada tiene que ver el nivel de estudios que la actora posea con el puesto para el que fue contratada siendo que en su contrato de trabajo figura el grupo profesional 05. Sobre la cuestión de su salario sí procede acceder a la revisión interesada a la luz de las nóminas obrantes en autos, sin perjuicio de que tal y como establece la sentencia de instancia y reconoce la propia recurrente se trata de una cuestión vinculada al eventual reconocimiento que se haga de la cesión ilegal.

B) Se pide también añadir como hecho probado nuevo que "la demandante ostenta la titulación de grado superior de Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología", cuestión que se desestima por irrelevante pues lo importante no es su titulación sino el puesto de trabajo para el que fue contratada.

C) En tercer lugar se pide la modificación del hecho probado sexto para añadir al mismo que la Mancomunidad es quien controla el fichaje del personal tanto funcionario como laboral y suprimir la referencia a que "los listados de fichados de la demandante son remitidos a la Federación de Consumidores". Se invoca en apoyo de su pretensión la prueba documental y la testifical, prueba esta última que no es hábil para lograr la revisión del relato fáctico. Tampoco sirve como prueba documental invocar la falta de aportación al procedimiento de la relación de fichajes de entrada y salida de la trabajadora.

Sí consta en los folios 2480 a 2521 el resumen de fichajes de entrada y salida del programa utilizado por la MSUK constando también en autos el registro de las entradas y salidas de la empleada Ascension, compañera de la actora. Asimismo es MSUK quien certifica cuál es el horario de los trabajadores del servicio de consumo (documento nº 18). También se desprende de las comunicaciones que sobre control horario hacía el Secretario de la MSUK a todos los trabajadores, incluidas las trabajadoras de consumo. Consta por tanto probado que la actora cumplía el mismo horario que el resto de personal de la Mancomunidad y que era ésta quien controlaba el fichaje de entrada y salida de todo el personal que trabajaba en sus dependencias. Y así a modo de ejemplo consta en el folio 2567 de los autos la reclamación efectuada desde la MSUK a la trabajadora por la falta de un fichaje de salida requiriéndole su subsanación. Por tanto se estima la revisión solicitada.

Por otra parte ninguna referencia se hace en el ordinal sexto sobre control de vacaciones, permisos y por tanto las alegaciones que hace la parte recurrente sobre estas cuestiones no pueden venir referidas al hecho probado sexto.

D) A continuación se solicita la modificación del hecho probado séptimo para hacer constar que "el sistema informático incluido el acceso a los archivos de la Mancomunidad, así como el sistema operativo, programas de edición de texto o cálculo, programa de fichajes, programa de entrada y salida de documentos, programa de agenda y otros eran puestos por la Mancomunidad, siendo propio únicamente del departamento de consumo los permisos para acceder a la aplicación estadística de acceso web del Gobierno Vasco sobre consumo llamada KONTSUMO.NET". Nuevamente debemos tener por no hechas las referencias a la prueba testifical que no sirve para la revisión del relato fáctico. Por otra parte, tampoco puede tener éxito la revisión de hechos basada en la falta de documentación que acredite un hecho negativo: que las trabajadoras únicamente



utilizaban un programa informático. Sí que debemos estimar sin embargo la revisión referida a que la Mancomunidad proporcionaba a la actora y su compañera, entre otros, el registro de entrada y salida de documentos Bizkaitik, así como el programa de uso de las agendas electrónicas (folios 2432 a 2444, folio 2448), programas de impresión (folios 2456 y 2457) para el uso de las impresoras de la Mancomunidad, que la actora tenía acceso al sistema de archivos de la Mancomunidad. Por todo ello debemos estimar tal revisión si bien no puede darse por probado que la única aplicación propia del departamento de consumo sean los permisos para acceder al programa KONTSUMO.NET pues se desconoce que sea la única.

E) Insta la revisión del hecho probado octavo para incorporar al mismo: que el trabajo de consultas y reclamaciones de usuarios se realizaba en el despacho de la OMIC por la demandante y la otra persona con ayuda de un auxiliar administrativo mientras que el trabajo de campañas y actividades se realizaba en coordinación con el resto de personal de la Mancomunidad: la colaboración del auxiliar administrativo de la Mancomunidad que atendía las citas de los usuarios de la EKE se prueba con la documental invocada por la actora (documento 7); y en cuanto a que se trabajaba con el resto del personal de la MSUK se aprecia por ejemplo en que la actora y su compañera han participado en las comisiones informativas de la Agenda 21 junto a cargos políticos y personal de la Mancomunidad (documento 37), estando incluidas las cuestiones de consumo en el orden del día habitual de dichas comisiones, estando incluido el departamento de consumo en la comisión informativa de la Agenda local 21; que la oficina de la OMIC era un despacho del mismo tipo que el resto de despachos de los otros departamentos de la Mancomunidad: cuestión ésta que no tiene relevancia pues consta probado que la actora y su compañera ocupaban un despacho propio dentro de las instalaciones de la Mancomunidad, el que estuviera más o menos separado del resto de dependencias no tiene transcendencia alguna; que las funciones básicas de consultas y reclamaciones a usuarios eran registradas a efectos estadísticos en aplicación de KONTSUMOBIDE, KONTSUMO.NET y en cuanto a la documental era registrada en el programa de registro de entrada y salida BIZKAITIK; que las cuestiones jurídicas o más técnicas eran resueltas directamente con KONTSUMOBIDE, con BAS-asesores, con otros organismos y esporádicamente con la Federación de Consumidores de Euskadi: así se desprende por ejemplo de los correos electrónicos aportados por la actora como documento número 46 (folios 3024 a 3056) o los que constan incorporados al documento número 45 (consultas con KONTSUMOBIDE)

F) Solicita a continuación la modificación del hecho probado noveno para hacer constar que las solicitudes de vacaciones, licencias y permisos eran remitidos por la demandante directamente a la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta siguiendo el reglamento de control horario y sus formularios anexos. Y que la actora comunicaba a la Federación de Consumidores a posteriori cuáles eran los días de vacaciones, licencias y permisos solicitados a la Mancomunidad, que la Federación sólo ha cubierto la baja de maternidad de la trabajadora y no el resto de bajas o permisos. Según la documental citada por la actora, por ejemplo los documentos 22 y 23, se desprende cómo la actora comunicaba directamente con al responsable de la Mancomunidad, D<sup>a</sup> Lourdes y luego con su sucesora D<sup>a</sup> Sabina, de los días que va a faltar para asistir a un curso de consumo organizado por KONTSUMOBIDE, o en referencia a solicitud de vacaciones (folios 2629 y 2630) que se cursa a Aitor, Secretario de la Mancomunidad, y asimismo los documentos nº 20 y 21 son muestra de que los turnos de Semana Santa se comunicaban directamente a la Mancomunidad y que era la Mancomunidad la que remitía a las trabajadoras los formularios para la solicitud de vacaciones, licencias y permisos. Ejemplo claro es el correo electrónico que consta en el folio 2613 en el que la actora explica a EKE cómo se organizaban las vacaciones según el calendario y el control horario de la Mancomunidad o cómo en los folios 2684 y 2685 consta la solicitud de vacaciones de la actora según formulario de la Mancomunidad para el año 2012.. No hay en definitiva solicitud de permiso remitida por la trabajadora a EKE ni autorización de la misma. Sí se accede por tanto a la revisión interesada, pero no así al inciso referido a que la Federación sólo ha cubierto la baja de maternidad de la trabajadora y no el resto de bajas o permisos al no haberse aportado prueba en tal sentido.

G) Solicita la trabajadora la revisión del hecho probado undécimo de la sentencia recurrida para decir que "los cursos sobre consumo que llevaba a cabo la demandante eran impartidos por KONTSUMOBIDE del Gobierno Vasco, asimismo la demandante recibía otros cursos que eran sufragados por la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta. La demandante participó en varios cursos de Euskera entre los años 2006 y 2010 siendo algunos en régimen interno y otros en régimen diario asistiendo en horario de trabajo a los mismos". De la documental que invoca se desprende que efectivamente la actora asistió a cursos ofrecidos y gestionados por KONTSUMOBIDE habiéndose probado asimismo que la Mancomunidad también pagó parte de cursos de formación (documento 60 y 44) así como cursos de euskera a los que no sólo asistió la actora y su compañera de oficina sino también otros dos trabajadores laborales de la Mancomunidad. Por tantos e estima la revisión interesada.

H) Se solicita la sustitución de la redacción del hecho probado duodécimo por el siguiente texto: "la Federación de Consumidores tiene una plantilla de 6 personas contratadas y tiene además una persona que utiliza sus



locales dentro del régimen especial de trabajadores autónomos". Se desestima tal revisión por su irrelevancia para el fallo del asunto.

I) Se insta también la modificación del hecho probado decimocuarto para añadir que la Federación de Consumidores de Euskadi se nutre también de partidas subcontratadas con la Mancomunidad y el Ayuntamiento de Erandio suprimiendo que se nutre también de sus cuotas de sus socios. No puede admitirse tal revisión que se basa "en la falta de documentación que acredite que EKE ostente ningún tipo de socio u obtenga algún ingreso por parte de sus socios".

J) Se solicita añadir un hecho probado nuevo según el cual "las técnicas de consumo solicitaban y aprobaban presupuestos en coordinación con la Mancomunidad para determinados gastos", pretensión que se desestima por su redacción genérica que no se desprende de forma indubitada de la documental que cita.

K) También solicita la adición de otro nuevo hecho probado según el cual "las técnicas de consumo realizaban campañas de inspección acreditadas como personal de la Mancomunidad cuyos gastos son abonados directamente por la Mancomunidad". Consta así en el documento 29 cómo el Presidente de la Mancomunidad acredita a la actora y a su compañera como técnicas de consumo de la ofician municipal de información al consumidor de la Mancomunidad para realizar campañas de inspección, cuyos gastos son abonados por la Mancomunidad (documento 40). Figuran asimismo abonos hechos en tal sentido por la Mancomunidad a la actora. Por ello se estima dicha revisión.

L) Se desestima la solicitud de adición de un nuevo hecho probado que incorpore la participación de las técnicas de sostenibilidad en la comisión informativa de agenda 21 pues no es objeto de este procedimiento.

LL) Se solicita añadir como nuevo hecho probado que "las técnicas de consumo eran dirigidas y coordinadas por personal de la Mancomunidad", redacción que su por generalidad debemos desestimar pues no se desprende directamente de documento alguno.

M) Por último se solicita añadir que "las trabajadoras del departamento de consumo en sus comunicaciones y correos electrónicos con terceros tenían un correo electrónico corporativo y se identificaban con una firma electrónica de la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta". Sí se accede a tal pretensión pues así consta documentada.

**TERCERO.** - El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

**CUARTO.** - Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Son elementos característicos de la cesión ilegal: que el contratista no asume el riesgo de la contrata; no existe autonomía en la realización de la actividad; tampoco se aportan los medios propios de una entidad mercantil; no concurre el ejercicio de poderes empresariales pues directamente se depende del contratista principal, y aunque estamos ante una realidad empresarial, la misma es ficticia al menos en la prestación de los servicios.

En muchos casos es difícil el escindir un supuesto de subcontratación de aquel otro que integra un tráfico de mano de obra, pues ambas figuras confluyen en elementos comunes, siendo de gran dificultad la diferenciación entre uno y otro caso, no tanto por la realidad que subyace, sino por las diversas apariencias formales o vestimentas que suelen revestir estos tipos negociales en los que al trabajador se le imponen regímenes de trabajo y situaciones que le son de gran dificultad el despejar o desvelar, debiéndose realizar una interpretación



de la carga probatoria de acuerdo al art. 217 LEC , y a la posibilidad que realmente tiene la parte de introducir los medios acreditativos de su derecho. No existe una prohibición en nuestro Ordenamiento de la subcontratación de las actividades productivas de acuerdo al art. 42 ET , por lo que, con carácter general es lícita y posible la descentralización productiva, siempre que no se vulnere el art. 43 ET , que supone la realización de negocios coordinados en los que dos empresarios acuerdan proporcionar trabajadores que serán utilizados por quien no asume jurídicamente la cualidad de empresario, por lo que su contrato es, en realidad, una simulación, por el que se disimula una auténtica relación y contrato de trabajo que formalmente aparece con sujetos distintos a aquellos que son los titulares de la actividad negocial ( TS 4-3-08, recurso 1310/07 ). La inicial conceptualización de la cesión ilegal suponía un veto por parte del legislador de la posible manipulación del trabajo de forma que existiese un real y efectivo vínculo de actividad laboral entre los sujetos en los que concurría la cualidad de trabajador y empresario, y por ello uno de los elementos inicialmente delimitadores de la cesión era la interposición de empresas ficticias o aparentes que se atribuían la cualidad empresarial, siendo que las mismas no tenían ni organización ni dirección respecto al trabajador. En la actualidad este requisito ha sido abandonado, y ello porque la fórmulas del tráfico mercantil y empresarial han llevado a entidades que con autonomía, independencia, infraestructura y organización propias, vienen actuando dentro de las actividades productivas prestando servicios y en algunos casos confundiendo el suministro de los mismos con el aporte de trabajadores canalizando auténticas ETT sin asumir tan condición. De aquí que se haya indicado que quien actúa como una empresa de trabajo temporal en el tráfico sin que en realidad lo sea, defrauda el art. 43 ET (TS 12-12-97). Lógicamente, detrás de la prohibición del art. 43 ET se encuentra el rechazo a toda despersonalización del contrato de trabajo, y la manipulación del mismo en contra del art. 1256 del Código Civil , mediante la interposición de figuras o entidades que con realidad empresarial lo que hacen es manipular los derechos para buscar la desvinculación del trabajador a los mismos.

**QUINTO.** - En este caso existen datos bastantes para llegar a la conclusión de que sí ha existido una cesión ilegal, en contra del razonamiento seguido en la sentencia. Así: la actora fue contratada por la Federación de Consumidores de Euskadi el 7 de abril de 2003 , con la categoría profesional de técnico de consumo, siendo que la Federación se había adjudicado desde el año 2003 el concurso convocado por la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta para la gestión del servicio público de la oficina de información al consumidor. La actora prestaba sus servicios en una oficina ubicada en el centro de trabajo de la Mancomunidad, fichando al igual que el resto del personal de la Mancomunidad y accediendo todos a las instalaciones con la misma llave electrónica, con el mismo horario y siendo controlado el horario y fichajes por un responsable de la Mancomunidad. Los medios materiales para el desarrollo del trabajo de la actora son puestos por la Mancomunidad, no sólo el local, ordenador, teléfono, sino también el sistema informático incluido el acceso a los archivos de la Mancomunidad, así como el sistema operativo, programas de edición de texto o cálculo, programa de fichajes, programa de entrada y salida de documentos, programa de agenda y otros. Se ha probado que además de la actora y otra compañera que trabajaban en la Federación de Consumidores existía un auxiliar administrativo de la Mancomunidad que les ayudaba en su trabajo y que el trabajo de campañas y actividades se realizaba en coordinación con el resto de personal de la Mancomunidad. No existía una separación entre el trabajo de la oficina del consumidor que atendía la actora y la actividad desarrollada por la Mancomunidad y así consta la participación de las técnicas de consumo en las comisiones informativas de la Agenda 21 junto a cargos políticos y personal de la Mancomunidad, estando incluidas las cuestiones de consumo en el orden del día habitual de dichas comisiones, estando incluido el departamento de consumo en la comisión informativa de la Agenda local 21. Existía asimismo una atención por parte de la Mancomunidad a las consultas efectuadas por las técnicas de consumo. En cuestión de personal también había una dirección por parte de la Mancomunidad pues la actora y su compañera dirigían sus solicitudes de permisos y vacaciones directamente al responsable de la Mancomunidad siguiendo sus formularios, sin que fueran autorizadas por personal de la Federación de Consumidores y que la actora comunicaba a la Federación de Consumidores a posteriori cuáles eran los días de vacaciones, licencias y permisos solicitados a la Mancomunidad, y siendo ésta quien cubría sus bajas. También se ha probado que la actora asistía a cursos de formación que eran sufragados por la Mancomunidad de Servicios de Uribe Kosta así como cursos de euskera a los que no sólo asistió la actora y su compañera de oficina sino también otros dos trabajadores laborales de la Mancomunidad.

No existía por tanto un trabajo distinto e indiferenciado de la actora al servicio de la federación de Consumidores y al margen de la Mancomunidad como lo muestra por ejemplo el dato de que las técnicas de consumo realizaban campañas de inspección acreditadas como personal de la Mancomunidad cuyos gastos son abonados directamente por la Mancomunidad.

No puede decirse por tanto que la Federación de Consumidores actúe como una entidad empresarial con autonomía y sustantividad propia estando sus trabajadores sujetos en cuanto a horarios, jornadas, vacaciones o permisos bajo las directrices de la Mancomunidad, dirigidas en cuanto a su actividad diaria, participando al igual que el personal de la Mancomunidad en sus cursos de formación, etc. No consta organización del trabajo



por parte de la EKE, directrices a sus trabajadoras, siendo que la actividad de las técnicas de consumo era organizada y supervisada por la Mancomunidad

Datos de los que es posible deducir la existencia de una cesión ilegal de mano de obra entre ambos pues la Federación dispone de la organización e infraestructura precisa para desarrollar su actividad que le proporciona la Mancomunidad.

Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso declarando la existencia de cesión ilegal y declarar el derecho de la trabajadora D<sup>a</sup> Custodia a integrarse como trabajadora laboral indefinida no fija en la plantilla de la Mancomunidad Servicios Uribe Kosta y no como fija de plantilla, tal y como dijimos en la sentencia de esta Sala de fecha 3 de junio de 2014 (recurso 829/2014). Y ello con el reconocimiento de la antigüedad de 7 de abril de 2003 y salario conforme a la categoría profesional de técnico de consumo (grado medio).

**SEXTO.-** Según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.993 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina y sentencia de 21 de enero de 2.002 "la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 233.1 de la LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiere sido rechazada, no por tanto la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito el pronunciamiento impugnado".

## FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Custodia frente a la sentencia de fecha 23 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en autos 667/2013 frente a la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA y FEDERACION DE CONSUMIDORES DE EUSKADI, y revocando la sentencia de instancia declaramos la existencia de una cesión ilegal de la trabajadora demandante y en su consecuencia condenamos a la demandadas a estar y pasar por esta declaración y a integrarse la demandante como indefinida no fija de plantilla en la codemandada MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE URIBE KOSTA, con las consecuencias legales inherentes, esto es, antigüedad de 7 de abril de 2003, categoría profesional técnico de consumo (grado medio) y salario conforme a dicha categoría.

Todo ello sin la imposición de las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Il<sup>l</sup>mo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1875/14.



B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1875/14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ