



Roj: **STSJ M 11077/2007 - ECLI: ES:TSJM:2007:11077**

Id Cendoj: **28079340052007100444**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/07/2007**

Nº de Recurso: **685/2007**

Nº de Resolución: **458/2007**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0000685/2007

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00458/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 458

Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo :

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz:

Ilma. Sra. Dª Elena Pérez Pérez :

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil siete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en los recursos de suplicación nº 685/07-5ª, interpuestos por SERVICIOS DE TELEMARKETING S.A. representada por el Letrado D. Luis Alonso Cristobo y por ZARDOYA OTIS S.A., representada por el Letrado D. Bernabé Echevarría Mayo, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 33 de los de Madrid, en autos núm. 604/06, siendo recurrido D. Ismael , representado por la Letrada Dª Magdalena Sanromán Martín. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª Elena Pérez Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D. Ismael , contra Servicios **Telemarketing** S.A. y Zardoya Otis S.A. en reclamación de cantidad, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2006 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.



SEGUNDO: En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

PRIMERO.- D. Ismael , inició su relación laboral como operador de **telemarketing** con SERTEL SA mediante contrato de obra fechado el 2-6-04 cuyo objeto era la recepción y emisión de llamadas para ZARDOYA-OTIS. Su retribución mensual ascendía a 1.203,58 en el mes anterior al de abril de 2006 en que solicitó su baja voluntaria.

SEGUNDO.- SERTEL se dedica a la actividad de **telemarketing** y el 15-9-03 ha suscrito contrato de arrendamiento de servicios con ZARDOYA-OTIS con el objeto de atender su servicio de atención al cliente de 24 horas y en el que se recogían las averías y llamadas de auxilio de ascensores fabricados por esta mercantil.

TERCERO.- La actividad se desarrollaba en un ala de las instalaciones de ZARDOYA-OTIS. Para realizarlo se empleaba la línea telefónica de ZARDOYA, los ordenadores de esta mercantil y la aplicación informática por ella creada en la que se recogía en una base de datos la operativa para la relación con el cliente y también se recogía la grabación de las llamadas para su posterior control.

Zardoya aportaba todos los recursos operativos y de gestión para la realización del servicio.

CUARTO.- El servicio de atención al cliente 24 horas está integrado en el organigrama de ZARDOYA, dependiendo de la subdirección de ventas. A éste servicio pertenece la Sra. Carolina que trabajaba en el espacio físico adjudicado a SERTEL en horario de 8 a 15 horas. En ese periodo de tiempo realizaba la coordinación entre ZARDOYA y SERTEL transmitiendo a ésta las quejas de los clientes y recibía las propuestas sobre modificaciones en el servicio de atención y también en la aplicación informática para conseguir una mejor operatividad que le pudieran transmitir el personal de Sertel.

QUINTO.- Sertel por su parte contaba con otros coordinadores de los operadores de **telemarketing** encargados de darles instrucciones para el trabajo diario y verificar su asistencia, libranzas, bajas etc. La coordinadora de ZARDOYA no les daba instrucciones directas.

SEXTO.- Los operadores al ser contratados recibían un curso de formación por SERTEL compuesto de una parte básica sobre la gestión telefónica de llamadas y de otra específica conocida por "formación de producto" donde se trataba del contenido de las llamadas y que se había elaborado junto con el cliente.

SEPTIMO.- SERTEL realizaba auditorias de las llamadas efectuadas por los teleoperadores controlando diversos parámetros: presentación, tono de voz, trato, tratamiento de la llamada, dirección de la conversación y despedida. También SERTEL realizaba un seguimiento de las incidencias y de las quejas que le refería el cliente.

OCTAVO.- La retribución mínima garantizada en el convenio de ZARDOYA para el oficial 1º administrativo asciende a 20.498,36 euros anuales y a 18.727,81 euros para el auxiliar administrativo.

NOVENO.- Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC.

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda formulada por D. Ismael , declaro que el demandante se encontraba cedido ilegalmente por ZARDOYA OTIS SA a SERVICIOS DE **TELEMARKETING** SA (SERTEL) y que por ello durante el periodo que reclama en su demanda debió ser retribuido conforme el convenio de ZARDOYA OTIS condenando solidariamente a ambas demandadas a que le abonen la suma de 7.365,93 euros".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Servicios de **Telemarketing** S.A. y Zardoya Otis S.A., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente supuesto las dos empresas demandadas recurren la sentencia dictada en instancia que estimó en parte la reclamación de cantidad formulada de contrario, condenando a ambas empresas a abonar al actor la cuantía de 7365'93 euros, en concepto de retribución que el actor debió haber percibido en el período de tiempo reclamado, conforme al convenio colectivo de la entidad ZARDOYA OTIS, al entender que se había producido una cesión ilegal del trabajador por parte de la empresa SERTEL a ZARDOYA OTIS.

En primer lugar, la entidad SERTEL formula recurso con base en lo dispuesto en el art. 191.b) LPL , interesando a tal efecto, la adición de un nuevo hecho probado a la sentencia de instancia y además, con fundamento en el apartado c) del mismo art. 191 LPL , alegó en primer lugar, vulneración del art. 43 ET y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que recoge en su escrito de recurso, entendiendo que no cabe sostener la concurrencia de cesión ilegal del trabajador demandante y en segundo lugar, infracción del art. 43.3 ET , al entender que en el presente supuesto no cabría estimar la pretensión de cantidad ejercitada al producir la sentencia que declara



la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, efectos " ex tunc" y dado que la demanda se entabla contra dos empresas reales y no ficticias.

Por su parte, ZARDOYA OTIS en su recurso interesó, al amparo del art. 191 b) LPL , la adición de dos nuevos hechos probados y con fundamento en el art. 191 c) LPL , alegó en primer lugar infracción del art. 43.3 ET , considerando que concurría en el presente supuesto falta de acción para entablar una reclamación de cantidad, dado que en el presente supuesto son dos empresas reales y no ficticias aquellas en las que supuestamente se produjo la cesión ilegal alegada de contrario como fundamento de su pretensión. En segundo lugar y al amparo de la misma norma procesal, alegaba la recurrente infracción del art. 43 ET , entendiendo que en el presente supuesto no concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para determinar un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis del recurso de suplicación formulado por la empresa SERTEL, cabe indicar que en materia de revisión de hechos probados la doctrina jurisprudencial ha establecido que su estimación, requiere la concurrencia de una serie de requisitos y en concreto:

- a) debe ponerse de manifiesto de manera clara, evidente, directa y patente, de forma incuestionable, sin necesidad de tener que acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones lógicas o razonables, es decir, el error ha de ser evidente;
- b) ha de señalarse con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se halla incorporado al correspondiente relato fáctico, debiendo precisarse el sentido en que ha de ser revisado, esto es, adicionando, suprimiendo o modificando algo, expresando claramente la redacción que debe darse al hecho probado cuando el sentido de la revisión no sea la supresión total;
- c) deben citarse pormenorizadamente los documentos (públicos o privados siempre que tengan carácter indubitado) o pericias que obren en autos y de los que se estima proviene la equivocación, no estando permitida la invocación genérica o un sentido negativo por falta de prueba, expresando con claridad y precisión los errores atribuibles a la resolución que se impugna, no pudiendo plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas en el proceso;
- d) de ser varias las pruebas aptas (exclusivamente documentales o periciales), sólo son admisibles y útiles las que ostentan un decisivo valor probatorio y tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia e idoneidad, no pudiendo ser combatidos los hechos probados si han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en el que la parte pretende amparar el recurso;
- e) finalmente, el error ha de ser trascendente.

En el presente supuesto la parte recurrente pretende la adición de un nuevo hecho probado a la sentencia de instancia, proponiendo la siguiente redacción: "SERTEL ofertó a ZARDOYA OTIS la prestación de un servicio de atención telefónica al cliente, para lo cual propuso la división del proyecto en dos fases de ejecución; desarrollándose la primera en las instalaciones de ZARDOYA OTIS y la segunda contando con las instalaciones de SERTEL. Para la primera fase mencionada se pactó una retribución mensual inicial de 60.000 euros más IVA, que se incrementaría en un 30% en caso de desarrollarse la campaña en las instalaciones de SERTEL".

La pretensión articulada ha de obtener favorable acogida, dado que la misma viene avalada por la documental que se cita (documento nº 53 aportado por la demandada, página 17 del mismo, puntos 8.1 y 8.4 y punto nº 15) y resulta trascendente de cara al sentido del fallo.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 191 LPL , se alega por dicha parte recurrente, la infracción del art. 43 ET , párrafos tercero y cuarto. Básicamente, el recurrente alega que la sentencia de instancia fundamenta el razonamiento relativo a la existencia de cesión ilegal de trabajadores, en el hecho de que los medios materiales para la realización de la contrata pertenecían a la empresa principal, sin tomar en consideración el pacto alcanzado entre las partes sobre dicho extremos y sin considerar que además, en el presente caso, SERTEL mantuvo el poder de dirección y organización de sus trabajadores, estableciendo mandos intermedios (coordinadores), además formaba a los trabajadores. Tampoco toma en consideración el hecho de que se hubiera pactado un precio a tanto alzado por la contrata y finalmente cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 29.4.2005 , en donde se analizan algunos de los elementos determinantes de la existencia de una contrata y sus diferencias con una cesión ilegal de mano de obra.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24.10.2005 que se cita en el escrito de recurso no puede tomarse en consideración al efecto de determinar la existencia de una infracción de la denominada doctrina legal, puesto que la misma, se limita a examinar los postulados de la STS de 16.6.2003 , así como las diferencias fácticas existentes entre el supuesto examinado en aquella y el que dio origen al recurso de casación interpuesto,



concluyendo que entre ambos existen diferencias fácticas que determinan la inadmisión del recurso por falta de contradicción. Ahora bien, ello no obsta para acoger los restantes motivos de censura jurídica efectuados por la parte recurrente en este motivo de suplicación, dado que ha de tomarse en consideración que, la propia sentencia del Tribunal Supremo de 16.6.2003 , que se cita en la recurrida, ha recogido los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia litigiosa, estableciendo así que: "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 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 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 sentencia de 17 de enero de 1991 que 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 de octubre de 1993 , que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

Pero, como continúa diciendo la sentencia de 24 de septiembre de 2001 , esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al "suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo" a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 . 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 de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las sentencias de 17 de julio de 1993 y 15 de noviembre de 1993 , (...)." Posteriormente, la citada sentencia analiza los presupuestos concretos de la controversia, alcanzando la conclusión de que en dicho supuesto "prevalece el suministro de trabajadores sobre el desarrollo de una actividad empresarial propia por parte de la contratista dotada de la necesaria autonomía". Dicha conclusión se alcanza tras valorar que la empresa contratista, a pesar de "cuenta con material propio, no se precisa cuál pueda ser éste y lo cierto es que los elementos esenciales para el desarrollo de la actividad contratada, a excepción de los trabajadores, son de AIRTEL, que aporta el local en el que se realiza el trabajo y el equipo telefónico e informático preciso para la ejecución de las tareas de información y captación de clientes (rectificación fáctica contenida en el fundamento jurídico 2º). Puede objetarse que hay actividades típicas de la descentralización productiva del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , como es el caso de las contratas de limpieza y de seguridad, que se realizan siempre en los locales de la empresa principal. Pero se trata de casos en que la propia naturaleza del servicio concertado - limpieza, vigilancia- exige esta localización, mientras que en el presente supuesto la localización del servicio en la principal revela la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista. Esta conclusión se refuerza con la aportación por la principal de los instrumentos de producción esenciales (rectificación fáctica contenida en el fundamento jurídico 2º), con lo que el supuesto se aproxima al de los locutorios telefónicos ya mencionados (sentencia de 17 de julio de 1993), aparte de su semejanza con el que consideraron las sentencias 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997 , sobre servicios de "telemarketing", aunque en éstas la intervención de la principal en la gestión del personal resultaba más clara. En este sentido la sentencia de 17 de julio de 1993 ya precisó que no puede considerarse empresario, aunque formalmente ejerza funciones propias de éste en la gestión de personal, a quien no controla los medios indispensables para la realización de su actividad empresarial.

Por otra parte, es significativo que la forma de retribución de la contrata consista en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo (trabajo diurno, nocturno, en festivos, folios 1331 y 1332), lo que confirma que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la de la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos que pierden así la estabilidad en el empleo, al quedar vinculados sus contratos de trabajo a la duración de la contrata.



En este marco no resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de "acceso y salida" del personal para lo que sin duda cuenta con una coordinadora (- la actora Dña. Marina -, como quedó dicho), porque, como ya señaló la sentencia de 12 de diciembre de 1997, esa disociación o retención de facultades empresariales -una auténtica delegación de la gestión empresarial derivada del propio negocio interpositorio- es compatible en determinados casos con la cesión, como ya estableció esta Sala para los locutorios telefónicos. Además, las empresas de trabajo temporal, que realizan una actividad material de cesión legalmente exceptuada, retienen el ejercicio del poder disciplinario (artículo 15.2 de la Ley 14/1994) y desarrollan las actividades de selección y formación del personal cedido (artículo 12.3), aparte de asumir el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores cedidos (artículo 12.1). Por otra parte, las facultades de control sobre la prestación de trabajo por parte de AIRTEL quedan de manifiesto en el hecho probado 29º, a tenor del cual "se sigue un control del trabajo mediante monitorizaciones, en la que se otorgan puntuaciones por parte de AIRTEL y por parte de DIFUSIO **TELEMARKETING** GRUP (DTG)", aparte de que la arrendadora facilita también, según consta en el contrato, los manuales y la información necesaria para la ejecución del servicios, (folio 1327), que operan en la práctica como instrucciones de trabajo (...)". En definitiva, en este supuesto el Alto Tribunal toma en consideración una serie de factores a la hora de valorar la concurrencia de una cesión ilegal de trabajadores. Por un lado, el hecho de que la empresa contratada carezca de material propio y suministre únicamente mano de obra, que además realice una función de control del servicio mediante escuchas o "monitorizaciones", que se hubiera pactado un precio por unidad de tiempo y que además la principal formara a los trabajadores. Ahora bien, en el presente supuesto, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia permite acreditar que la empresa Sertel tiene como objeto la actividad para la que fue contratada por ZARDOYA OTIS y que el 15.9.2003 concertó un contrato de arrendamiento de servicios con ésta para la realización del servicio de atención al cliente de 24 horas. Consta asimismo, que la actividad de la contrata se desarrollaba en las instalaciones de ZARDOYA OTIS, empleando la línea telefónica de la misma, sus ordenadores y la aplicación informática creada por ésta. Igualmente, tras la modificación operada en el relato de hechos probados, consta acreditado que las partes habían pactado dos fases de ejecución del contrato, siendo así que durante la primera la actividad se desarrollaría en las instalaciones de ZARDOYA, mientras que la segunda, en dos plataformas, una en la actual de ZARDOYA y la segunda implantada por SERTEL, pactándose asimismo un precio alzado equivalente a 60000 euros para la primera fase y un incremento del 30% para la segunda. Además, se ha acreditado (hechos probados quinto, sexto y séptimo) que SERTEL ejercía las funciones de organización y dirección empresarial del personal a su cargo, al impartirles instrucciones en relación al trabajo diario, controlar asistencia, bajas, libranzas, etc..., mediante la figura de los coordinadores; impartía la formación necesaria para la realización de las funciones propias del trabajo y realizaba auditorias de las llamadas, así como seguimientos de las quejas e incidencias de los clientes, aunque existía una trabajadora de la empresa principal que efectuaba las tareas de coordinación entre ambas empresas, transmitiendo a SERTEL las quejas de los clientes y las propuestas de modificación del servicio.

Se aprecian en el presente supuesto una serie de circunstancias en el relato de hechos probados que difieren mucho del supuesto analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 16.6.2003, ya que, en el presente supuesto, la utilización del local y de los medios necesarios para la realización del objeto de contrata, ha de verse necesariamente neutralizado por el hecho de que se hayan pactado dos fases de ejecución, siendo así que en la segunda la empresa contratista aportaría su propia instalación, por lo que percibiría una retribución superior por el servicio (30%). De otra parte, ha de tomarse en consideración que el precio estipulado, lo es a tanto alzado y por tanto no guarda relación alguna con unidades de tiempo de trabajo, siendo el sistema propio de un contrato de arrendamiento de servicios. Finalmente, en relación al control que efectivamente ejerce la empresa contratista sobre sus trabajadores, no puede considerarse como un ejercicio de la potestad empresarial de dirección y organización, meramente formal a título de delegado de la empresa principal, puesto que ha resultado acreditado en el presente supuesto (hecho probado quinto, sexto y séptimo) que no sólo imparte instrucciones concretas sobre la forma de efectuar el trabajo y controla la asistencia y demás aspectos de la relación, sino que además imparte la formación necesaria para su realización y controla mediante auditorias la realización efectiva del servicio, por lo que el hecho de que la empresa principal hubiera designado a una trabajadora al efecto de coordinar ambas empresas, encontrándose entre sus funciones la de informar a la contratista de las quejas de los clientes y propuestas de mejora, no obstan para considerar que en el presente supuesto existe una verdadera organización y dirección de la actividad encomendada, todo lo cual nos lleva a estimar que nos encontramos ante una verdadera contrata y no ante una cesión ilegal de mano de obra por lo que procede la estimación del recurso planteado y la revocación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Finalmente, en relación a la cuestión relativa a los efectos de la sentencia sobre la reclamación de cantidad entablada cabe indicar que (a pesar de la falta de relevancia que la cuestión adquiere al haberse admitido el primer motivo de recurso) no pueden acogerse las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, puesto que, tal como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 5.12.2006, la Doctrina legal existente sobre



esta cuestión, se ha modificado a partir del año 2005, estableciendo expresamente la referida sentencia de 5.12.06, en su fundamento de derecho segundo que: "El recurso, que denuncia la infracción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 3 de febrero de 2000, insiste en que, de conformidad con la doctrina de la Sala que se sintetiza en esta sentencia, la eficacia ex tunc de las condiciones de trabajo sólo puede predicarse para aquellos supuestos de cesión en que la empresa cedente es un empleador ficticio carente de organización empresarial, debiendo estarse en otro caso a la eficacia ex nunc que ha apreciado la resolución recurrida. Así ha sido en efecto, como señala la sentencia de esta Sala que acaba de mencionarse, la cual cita en la misma línea de 17 de enero de 1.991, 18 de marzo de 1.994, 31 de octubre de 1.996, 19 de noviembre de 1.996 y 21 de marzo de 1.997. Pero esta doctrina ha evolucionado en el sentido que precisa la reciente sentencia de 30 de noviembre de 2005. En ésta se señala que la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores -en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es la anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006-, señalando que esta opción sólo tiene sentido "cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva". Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción -como lo será normalmente- por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión".

Debe rechazarse por tanto, el presente motivo de recurso, confirmando el pronunciamiento judicial relativo a la falta de acción.

QUINTO.- Pasando ya al examen del recurso de suplicación interpuesto por la empresa ZARDOYA OTIS, cabe indicar que en primer lugar y al amparo del art. 191 b) LPL, solicita la parte la adición de dos nuevos hechos probados, el primero de ellos con el siguiente tenor: "SERTEL ofertó a ZAARDOYA OTIS la prestación de un servicio de atención telefónica al cliente, para lo cual propuso la división del proyecto en dos fases de ejecución; desarrollándose la primera en las instalaciones de ZARDOYA OTIS y la segunda contando con las instalaciones de SERTEL. Para la primera fase mencionada se pactó una retribución mensual inicial de 60000 euros más IVA, que se incrementaría en un 30% en caso de desarrollarse la campaña en las instalaciones de SERTEL. A tales efectos, en la primera fase, las partes convinieron tratar el coste de utilización de las instalaciones como un menor coste de facturación, no generándose por tanto facturación en concepto de alquiler de las instalaciones".

La adición pretendida ha de ser acogida en parte, esto es los párrafos primero y segundo deben ser adicionados, puesto resultan básicamente coincidentes con el texto propuesto por la empresa codemandada, que ha sido estimado por los motivos que se expusieron más arriba. No cabe sin embargo adicionar el último párrafo al considerar que el mismo contiene elementos valorativos que no derivan de forma incontrovertida de la documental citada al efecto pretendido.

En segundo lugar propuso el siguiente texto. "En dicho contrato se establece un precio fijo de 60.000 euros mensuales como contraprestación del servicio adjudicado".

Esta segunda adición no puede acogerse ya que básicamente se recoge en el párrafo segundo del anterior texto propuesto.

SEXTO.- En lo que respecta a los motivos de derecho articulados al amparo del art. 191 c) LPL, como quiera que han sido resueltos ya en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la presente resolución, no procede efectuar ninguna puntualización al respecto, remitiéndonos al contenido de aquellos.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Estimando los recursos de suplicación formulados por SERVICIOS DE **TELEMARKETING** S.A. y ZARDOYA OTIS S.A. contra la sentencia nº 356/06 de fecha 10 de octubre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en autos 604/06 seguidos a instancia de D. Ismael contra SERVICIOS DE **TELEMARKETING** S.A. y ZARDOYA OTIS S.A., debemos revocar y revocamos la citada resolución absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra, sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 , 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral , advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 2876000006852007 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.