



Roj: **STSJ CAT 243/2012 - ECLI: ES:TSJCAT:2012:243**

Id Cendoj: **08019340012012100142**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2012**

Nº de Recurso: **743/2011**

Nº de Resolución: **290/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO BOSCH SALAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2008 - 0038244

ECR

ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 17 de enero de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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 núm. 290/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por DEPARTAMENTO DE TRABAJO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Tarragona de fecha 27 de septiembre de 2010 dictada en el procedimiento nº 1144/2008 y siendo recurridos JOSE MARIA ROVIRA DALMAU, UNIQUE INTERIM ETT. S.A. y Elisenda . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO BOSCH SALAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2008 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Procedimientos de oficio, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Que ESTIMANDO la excepción de falta de acción alegada por las entidades demandadas JOSE M^a ROVIRA DALMAU y UNIQUE INTERIM ETT SA, se DESESTIMA la demanda interpuesta por el DEPARTAMENTO DE TRABAJO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra la empresa JOSE M^a ROVIRA DALMAU, UNIQUE INTERIM ETT, SA y D^a Elisenda ."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



PRIMERO.- El 4 de diciembre de 2007, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, giró visita a la empresa demandada JOSE M^a ROVIRA DALMAU, dedicada a la actividad del comercio al por menor, con centro de trabajo sito en la c/ Gral. Contreras, 19 de Tarragona.

La actuante, D^a Elisenda hace constar en la diligencia de actuaciones que la visita se gira al objeto de determinar las condiciones laborales de una de las trabajadoras cedida por Unique Interim ETT, a la vez que se entrega citación para comparecencia en las oficinas de Inspección el día 12-12-2007.

(expediente administrativo)

SEGUNDO.- Se levantó Acta de Infracción a las empresas JOSE M^a ROVIRA DALMAU y UNIQUE INTERIM ETT SA nº I432008000019332 y I432008000019433193433, imponiéndoseles una infracción muy grave, con multa de 6.251,- euros.

Contra las indicadas acta las empresas JOSE M^a ROVIRA DALMAU y UNIQUE INTERIM ETT SA efectuaron alegaciones.

(expediente administrativo)

TERCERO.- La demandada Sra. Elisenda cesó en su prestación de servicios para la empresa UNIQUE INTERIM ETT SA el 30- 12-2007 siendo contratada por la empresa JOSE M^a ROVIRA DALMAU en fecha 03-12-2007.

(documento nº 1 de la empresa JOSE M^a ROVIRA DALMAU y docu. nº 3 de la empresa UNIQUE INTERIM ETT SA).

CUARTO.- La Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya, presentó demanda de procedimiento de oficio, según lo dispuesto en el art. 150 de la Ley de Procedimiento Laboral , que tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de lo Social el 08-07-2008, y por la que se solicita que se declare la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre la empresa UNIQUE INTERIM ETT SA y la empresa JOSE M^a ROVIRA DALMAU.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora DEPARTAMENTO DE TRABAJO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, que formalizó dentro de plazo, y dando traslado a las partes contrarias, lo impugnaron las partes demandadas UNIQUE INTERIM ETT SA y JOSE MARIA ROVIRA DALMAU, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la Direcció General de Relacions Laborals de la Generalitat de Catalunya contra la sentencia que en materia de procedimiento de oficio ha desestimado su demanda por entender que carece de acción, ya que la situación de cesión ilegal que denunciaba entre la ETT y la empresa usuaria había ya terminado, porque la usuaria tras el acta de inspección había regularizado la situación contratando directamente a la trabajadora, de modo que en el momento de la interposición de la demanda el contrato de puesta a disposición que la Autoridad Laboral entiende como ilegal ya había finalizado.

Contra la referida sentencia recurre la letrada de la Generalitat solicitando en primer lugar la modificación de hechos probados y denunciando a continuación la infracción de ley. Entiende en sustancia en cuanto al fondo que una cosa es que el trabajador ejercite la acción de fijeza contra ambas empresas, lo que ha de hacerse cuando el contrato está vigente, y otra muy distinta es que la Autoridad Laboral en el seno de un procedimiento administrativo sancionador y en base a alegaciones de las empresas que pongan en duda los hechos base del mismo, demande de oficio ante la Jurisdicción Laboral a fin de que declare la existencia de los hechos base de la sanción y califique los mismos. En estos casos, amparados por el art. 146 c) y 149.1.2 LPL en relación al art. 8.2 de la Liso, la relación ha de estar vigente en el momento en que se inicia la actuación inspectora, pero no necesariamente en el momento en que se interpone la demanda, ya que si esto fuera así bastaría con que las empresas infractoras regularizaran su situación, como ha ocurrido en el presente caso contratando directamente la empresa usuaria a la trabajadora, para evitar la actuación inspectora por una falta cometida.

SEGUNDO.- Recurre en primer lugar la autoridad laboral al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral solicitando la modificación del hecho probado primero en el sentido de añadir que en fecha 6 de noviembre del 2007 compareció en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la representación de la empresa de trabajo temporal al objeto de aportar la documentación requerida en la citación que le fue remitida; entre tal documentación se presentó la referente a la trabajadora con mayor antigüedad en la empresa, Doña Elisenda , con quien la empresa de trabajo temporal celebró con fecha 17 de octubre del 2005 contrato de trabajo temporal a tiempo parcial, para la realización del servicio de introducción y traducción al inglés a nivel informático-administrativo correspondiente al segundo semestre del año 2005



para la empresa usuaria, que concertó contrato de puesta a disposición con la empresa de trabajo temporal la misma fecha 17 de octubre del 2005.

La anterior modificación se fundamenta en el folio 17, 27 65 y 160 así como 76 y 67 que constan en autos, acreditativos de la existencia de los contratos que se refiere el hecho en las fechas que indica. La inclusión del hecho es relevante en la medida en que ponen de relieve que en el contexto de la actuación inspectora existía un contrato de trabajo derivado de otro de puesta a disposición sobre la trabajadora afectada, y que estaba vigente en el momento de la referida actuación, ya que conforme al hecho probado 3º la trabajadora fue contratada directamente el 3/12/2007. Por ello el motivo ha de ser estimado.

Pretende continuación la modificación del hecho probado segundo a fin de que se le adicione un párrafo en el sentido de que en fecha 17 de octubre del 2005 se celebró contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria para la realización del servicio de introducción y traducción al inglés a nivel informático-administrativo correspondiente al segundo semestre del año 2005 para la empresa usuaria, celebrándose correlativo contrato de trabajo para servicio determinado a tiempo parcial, sin que constara duración estimada de servicio, e indicándose textualmente "hasta fin de obra o servicio".

Pretende especialmente a continuación que se indique que la referida trabajadora se ocupó desde el inicio de su actividad en el centro de trabajo de la empresa usuaria desde el día 10 de octubre del 2005, de las tareas de auxiliar administrativa, labores administrativas del negocio tales como facturación y recepción de llamadas, entre otras, siendo la única persona que desempeña las funciones administrativas en la empresa desde aquella fecha. Dichas tareas no coinciden con el servicio consignado como causa del contrato de trabajo con la empresa de trabajo temporal, sino con un servicio de carácter permanente en la empresa.

La modificación ha de ser realizada, en la medida en que resulta claramente tanto del acta de inspección que consta en los folios 16 y 17 entre otros, como particularmente del mismo escrito del empresario contratante dirigido a la Inspección que consta en el folio 18, en el que indica expresamente que "como he dicho el trabajo que debía realizar Doña. Elisenda era el de auxiliar administrativa, atendiendo el teléfono y otros trabajos propios de este puesto. El trabajo que han detallado en el contrato no tiene nada que ver con la realidad, ya que en mi empresa no hacemos nada relacionado con el inglés. Además de que el nivel de la señora Elisenda, según el currículum, que también adjuntamos, es mínimo". Por todo ello el motivo ha de ser estimado, realizándose la modificación solicitada.

TERCERO.- Al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la recurrente la infracción del artículo 149. Dos de la Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia que lo interpreta.

Ha de tenerse en cuenta que la acción establecida en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores persigue el objeto de adquirir la condición de fijos a elección del trabajador sometido al tráfico prohibido en la empresa cedente o cesionaria. A fin de poder ejercer tal opción es lógico que la jurisprudencia entre otras STS de 8 de julio del 2003 hay establecido que es necesario que la relación laboral esté vigente en el momento de la interposición de la demanda, a fin de poderse realizar en su caso la condena opcional a la fijeza que la norma impone.

Pero ha de constatarse ciertamente que tal razón de la ley no existe en modo alguno cuando lo que ocurre es el supuesto muy diferente en que se interpone una demanda de oficio por parte de la Autoridad Laboral, a fin de que se declare por la jurisdicción laboral la existencia de una cesión ilegal, que ha sido negada por la empresa en el trámite administrativo de imposición de sanción. En tal caso ha de exigirse que el contrato esté vigente en el momento al que el procedimiento sancionador se refiere, pero no en modo alguno con posterioridad y especialmente cuando se interpone la demanda, pues bastaría al efecto que las entidades sometidas a expediente sancionador extinguieran el contrato por cualquier medio con la trabajadora o incluso cumplieran sólo a partir de aquel momento con la legalidad, una vez hayan sido descubiertos por la Inspección, para que hubiera de quedar sin efecto el procedimiento sancionador bajo la excusa de que la relación laboral ya no existía en el momento del inicio del proceso judicial. Ha de recordarse que conforme a las normas citadas al principio de esta resolución sobre el procedimiento de oficio es imprescindible que la autoridad laboral interponga demanda cuando los hechos base de la sanción son impugnados en el procedimiento administrativo mediante alegaciones de las que resultan competentes en cuanto al fondo la jurisdicción laboral, y que sean afectantes a la existencia de los hechos base de la sanción, en el presente caso la existencia de cesión ilegal.

En definitiva, la exigencia de que la relación laboral subsista en el momento de la interposición de la demanda es un requisito no exigido por la norma y que interpretado en el sentido que pretenden las demandadas ofrece a las empresas supuestamente infractoras de las normas laborales la posibilidad de liberarse completamente de cualquier responsabilidad, bien mediante el cumplimiento posterior de la norma solo una vez que han sido descubiertas y en el caso de que lo sean, o bien pura y simplemente mediante la extinción de la relación laboral



una vez detectada la falta. Es obvio que tal interpretación desvirtúa por completo la potestad sancionadora del Estado por faltas laborales, y propicia de forma directa el fraude. El objeto del procedimiento de oficio, en tales casos, conforme a la STS 1/12/2003, es el de "que los Tribunales de este orden jurisdiccional clarifiquen si ha existido o no la situación jurídica de cesión ilegal de trabajadores (en el caso que nos ocupa), como cuestión prejudicial a efectos de que la Autoridad administrativa pueda resolver, con base en ello, si procede o no la sanción que, debido a una presunta cesión ilegal, le había propuesto la Inspección de Trabajo. Con ello se trata de evitar el planteamiento del conflicto de competencia al que alude el art. 12 de la LPL, en el caso de que los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo hubieran de resolver un recurso de esta última clase contra la resolución que en el expediente de infracción adoptara en su día la Autoridad administrativa laboral". *Esta decisión de la jurisdicción laboral no viene pues condicionada a ninguna subsistencia del contrato de trabajo en el momento de la demanda o incluso después, sino a que existiera en el momento en que la alegada infracción se hubiera cometido*. La consecuencia que se deriva de la interpretación que se mantiene es pues manifiestamente ilegal y justificadora del fraude, motivo por el que no puede ser amparada. Ha de estimarse pues el motivo.

CUARTO.- Denuncia en segundo lugar la Autoridad Laboral la infracción del artículo 43 de la Estatuto de los Trabajadores, 6.2 de la ley 14/1994 y el artículo 6.4 del Código Civil. Entiende en sustancia la recurrente que la cesión ilegal de trabajadores es posible conforme a la jurisprudencia entre las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias cuando las mismas realizan contratos de puesta a disposición no amparados por los supuestos de temporalidad legales, de modo que cuando el contrato de puesta a disposición se fundamente el motivo distinto, como ocurre en el presente caso, existe también cesión de ilegal de trabajadores en sentido legal.

Como resume la STS 3/11/2008 "sobre la cuestión controvertida hay doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en sentencias de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/05) y 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/05). De acuerdo con esta línea jurisprudencial, que mantenemos en la presente resolución, la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario que establece el art. 43 ET "por infracción de las obligaciones contraídas con los trabajadores" se aplica a los supuestos de incumplimiento de las "obligaciones legales" derivadas del contrato de trabajo cuando la cesión del trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria derivada de un contrato de puesta a disposición no se ha ajustado a "los términos que legalmente se establezcan" (art. 43.1 ET) ...

Las razones expresadas en las sentencias precedentes en favor de la solución a la cuestión planteada se pueden resumir como sigue: 1) la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta; 2) los incumplimientos de las obligaciones contraídas con el trabajador en estos casos pueden derivar bien de una decisión adoptada por la ETT, bien de un ejercicio irregular del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, bien de la combinación de actos de infracción de una y otra; y 3) la formulación literal del precepto del art. 43.1 ET, donde se acepta en principio la licitud de la intermediación de las empresas de trabajo temporal, precisa que tal intermediación para ser lícita obliga a que ambas empresas implicadas se atengan "a los términos que legalmente se establezcan".

De tal modo la cesión ilegal es también posible cuando se produce con intervención de una ETT, pues éstas excluyen su existencia solo en el supuesto en el que su actuación se someta a los supuestos legales que justifican su actuación, que es específicamente la concertación de un contrato temporal, pero en modo alguno en los supuestos en que desviándose de este objetivo, concertan de modo fraudulento contratos de carácter permanente, que además nada tienen que ver en su objeto con el trabajo efectivamente realizado. En tales supuestos existe, conforme al principio legal de prohibición de la interposición, cesión legal de trabajadores, en los términos especificados. Por lo que ha de estimarse el recurso y ha de revocarse la sentencia recurrida, en el sentido de que existió cesión ilegal de trabajadores en el contrato concertado con la trabajadora Elisenda.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DEPARTAMENTO DE TRABAJO DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Tarragona, en el procedimiento núm. 1144/2008, promovido por la indicada recurrente contra UNIQUE INTERIM ETT SA, Elisenda y JOSE M^a ROVIRA DALMAU; y, en consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, declarando en consecuencia que las afirmaciones



de hecho contenidas en el acta de infracción levantada en el presente caso comportan cesión ilegal de trabajadores entre Unique Interim ETT SA y José María Rovira Dalmau, en los términos prohibidos por el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.