



Roj: **STSJ CAT 11287/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:11287**

Id Cendoj: **08019340012013107498**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2013**

Nº de Recurso: **3941/2013**

Nº de Resolución: **7367/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE DE QUINTANA PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2008 - 0062056

JSP

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO GÓMEZ

En Barcelona a 12 de noviembre de 2013

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. 7367/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Dama Recursos Humanos ETT, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 26 Barcelona de fecha 12 de noviembre de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 937/2008 y siendo recurridos Esperanza , Lidia , Micaela , Raquel , Tarsila , María Cristina , Juan Ramón , Adrian , Antonio , Las Iniciativas Hoteleras S.A. y Departament de Treball de la General, Catalunya. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre 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 12 de noviembre de 2012 que contenía el siguiente Fallo: " Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por la Autoridad Laboral, frente a las empresas Las Iniciativas Hoteleras S.A. y Dama Recursos Humanos ETT S.A., con intervención como interesadas de las trabajadoras D^a. Esperanza , D^a. Lidia , D^a. Micaela , D^a. Raquel , D^a. Tarsila y D^a. María Cristina , con intervención, asimismo, como interesados, de los delegados de personal de la empresa Las Iniciativas Hoteleras S.A., D. Juan Ramón , D. Adrian y D. Antonio , sobre procedimiento de oficio para determinar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, DEBO DECLARAR y DECLARO la existencia de cesión



ilegal de trabajadores entre ambas empresas, siendo Dama Recursos Humanos ETT S.A. la cedente, y Las Iniciativas Hoteleras S.A. la cesionaria "

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

1º. La empresa Las Iniciativas Hoteleras S.A. explotaba el Hotel Cristal Palace, sito en la calle Diputación 257 de Barcelona, con categoría de 4 estrellas, disponiendo de 149 habitaciones y 18 suites, así como de servicio de restaurante, cocina, recepción y lavandería.

2º. La ocupación del hotel durante todo el año 2007 y los dos primeros meses de 2008 había superado el 85%, excepto en los meses de enero de 2007 (70,56%), diciembre 2007 (74,73%), y enero de 2008 (77,82%).

3º. La empresa Las Iniciativas Hoteleras S.A. procedió a despedir a los siguientes trabajadores, en las fechas que se indican, todos ellos del Servicio de Habitaciones, reconociendo en todos los casos la improcedencia de los despidos:

Herminia : 15 de enero de 2008.

Melisa : 15 de enero de 2008.

Rosa : 15 de enero de 2008.

Verónica : 25 de febrero de 2008.

Marcos : 25 de febrero de 2008.

Amanda : 25 de febrero de 2008.

Carmen : 25 de febrero de 2008.

Encarnacion : 25 de febrero de 2008.

Gracia : 25 de febrero de 2008.

En el caso de los trabajadores despedidos el 25 de febrero de 2008 se había incoado previamente, el 19 de febrero de 2008, un expediente contradictorio, acordando la suspensión cautelar de los trabajadores.

4º. El día 22 de febrero de 2008 la Inspección de Trabajo realizó una visita en el centro de trabajo (Hotel Cristal Palace), localizando en la sección de Habitaciones o de Camareras de Pisos, a 4 trabajadoras propias de Las Iniciativas Hoteleras S.A.:

Modesta .

Sofía .

Adelaida .

Begoña .

Asimismo, se localizaron a otras 6 trabajadoras, contratadas a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT):

Esperanza .

Lidia .

Micaela .

Raquel .

Tarsila .

María Cristina .

5º. Las trabajadoras no pertenecientes a la plantilla de Las Iniciativas Hoteleras S.A. a las que hace referencia el hecho probado anterior, habían sido puestas a disposición de aquélla por la entidad Dama Recursos Humanos ETT S.A., en virtud de sendos contratos de puesta a disposición.

A su vez, las trabajadoras habían sido contratadas por la ETT en virtud de contratos por obra o servicio determinado.

Como causa de los mismos, se indicó la celebración de distintos eventos o congresos en la ciudad de Barcelona; entre ellos: "Salón Vehículo Ocasión", "Salón Internacional", "Salón Piscina" y "IQS".



6º. Con motivo de la visita girada por la Inspección de Trabajo se levantaron sendas actas de infracción contra las empresas demandadas, por una supuesta cesión ilegal, alegando la compañía Las Iniciativas Hoteleras S.A. que correspondía en exclusiva al orden jurisdiccional social pronunciarse sobre la existencia de cesión ilegal.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada DAMA RECURSOS HUMANOS ET.T. S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó del Dep. de Treball de la Generalitat de Catalunya y la codemandada Las Iniciativas Hoteleras, S.A., elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de procedimiento de oficio planteada por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya frente a las demandadas y declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Frente a este pronunciamiento se alza Dama Recursos Humanos ETT S.L, que es considerada como cedente, en suplicación articulando el recurso con el doble amparo procesal de los apdos B) y C) art 193 de la LRJS .

Solicita la recurrente la modificación del ordinal quinto de los que componen el relato fáctico así como una adición al propio hecho probado . El recurso de suplicación es un recurso extraordinario en el cual la modificación de la declaración de probados solo puede realizarse en base a documentos o pericias que demuestren de modo evidente claro y manifiesto la equivocación del juzgador. En cuanto a las adiciones solo pueden acogerse si son relevantes para la resolución del recurso.

La revisión del ordinal quinto pretende que se incluya la duración de los contratos de los trabajadores que fueron localizados por la Inspección de trabajo en el Hotel Cristal Palace que habían sido proporcionados por la recurrente en virtud de contratos de puesta a disposición.

Pretende, como en el propio escrito de recurso se sostiene demostrar que los contratos de puesta a disposición fueron suscritos antes del despido de los trabajadores de la empresa usuaria.

La pretensión modificadora es irrelevante, lo primero que deberá examinarse al tratar de la censura jurídica es si se cumplen los requisitos del art 6.2 de la Ley 14 /24 de ETT para la correcta celebración de un contrato de puesta a disposición y solo en el caso de que así fuera podría contemplarse la denuncia de infracción del art 8.c de la referida normativa legal . Dado que el contenido de la modificación solicitada no ha sido impugnado sin necesidad de incluirlo en la declaración de probanza podrá ser utilizado por la Sala si entiende que los contratos de puesta a disposición se han suscrito correctamente.

Es también intrascendente la adición que se postula de una relación de trabajadores que estuvieron en situación de I.T. pues la causa de los contratos de puesta a disposición que se discuten fue la de obra o servicio determinado por distintos eventos o congresos en la ciudad de Barcelona.

SEGUNDO.- La censura jurídica supone la denuncia de infracción del art 8.c de la ley 14/94 , así como infracción del art 6.2 de la propia norma legal en relación con los arts. 15.1 y 43 del ET .Examinaremos en primer lugar y por las razones apuntadas en el anterior esta segundo motivo relativo al derecho aplicado .

El mencionado artículo 6.2 señala que "*Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores .*"

Ya hemos señalado que en este caso la modalidad de contratación utilizada es la de obra o servicio determinado.

Hemos dicho en nuestra sentencia de 2 de Febrero de 2010 que "*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. Y que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan»; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del art. 43 ET (para más detalles, la STS 04/07/06 -rcud 1077/05). Lo que significa que el CPD no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal. Y al efecto puede argumentarse: a) limitar las obligaciones de la ETT -en este aspecto- a que el CPD obedezca tan sólo formalmente a causa legal*



justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las SSTs 26/11/90 (-rec. 645/90 -); 30/06/93 (-rec. 720/92 -); 26/01/98 (-rec. 2365/97 -); 21/12/00 (-rec. 4383/99 -); 26/09/01 (-rec. 558/01 -); 23/01/02 (-rec. 1759/01 -); y 04/04/02 (-rec. 3045/01 -); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria -e infractora- respecto de las obligaciones de la ETT (art. 12 LETT); y d) alguna otra garantía -también laboral- correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTs 11/09/86 EDJ1986/5473 , 17/01/91 -rec. 2858/89 - y 08/07/03 - rec. 2885/02 - EDJ2003/108449), en manera alguna excluye la reclamación -de todo orden- que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora."

Sosteníamos en la referida sentencia que, " *la expresión legal examinada («los términos que legalmente se establezcan») no comprendería - como integrante de cesión ilegal - determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 C. C "*

En este caso ya se ha dicho que la modalidad contractual utilizada es la obra o servicio determinado , concretamente según se declara en los hechos probados de la sentencia recurrida se invoca como causa la celebración de eventos o congresos en la ciudad de Barcelona entre ellos " *Salón Vehículo Ocasión, Salón Internacional Salón Piscina y "IQS"*.

El contrato para obra o servicio determinado requiere para que concurra causa legal de temporalidad que concurra autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa . Es fácil deducir que la actividad de camarera de pisos carece de esta autonomía y sustantividad en un establecimiento hotelero siendo así que una de las actividades esenciales del personal a su servicio es el arreglo de las habitaciones .

Por otra parte la razón invocada para la puesta a disposición relativa al incremento puntual de actividad sería, si concurriera efectivamente, un supuesto propio de contratación de circunstancias de la producción no de obra o servicio .

Lo dicho nos lleva a la conclusión de que la contratación utilizada es fraudulenta y que lo que se pretendía con la cesión de trabajadores a través de una ETT es cubrir una necesidad permanente de puestos de trabajo toda vez que se trata de un establecimiento hotelero que según se afirma en la declaración fáctica tiene 150 habitaciones con una ocupación del 85% y en el que solo trabajaban en el momento en que se personó en el centro de trabajo cuatro trabajadoras pertenecientes a la plantilla de Iniciativas Hoteleras SA ,sociedad que explota el hotel mencionado .

Así pues la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto aquí contemplado supone la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida en cuanto declara la existencia de cesión ilegal sin que sea preciso, al no concurrir los requisitos del contrato de puesta a disposición, examinar si también se ha incurrido en la prohibición del art 8.c) de la ley 14 /94.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DAMA RECURSOS HUMANOS E.T.T., S.A. contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de esta ciudad en el procedimiento de oficio 937/2008 promovido por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya contra la recurrente y Las Iniciativas Hoteleras, S.A., con intervención como interesadas de las trabajadoras Esperanza , Lidia , Micaela , Raquel , Tarsila , María Cristina , y los delegados de personal de la empresa Las Iniciativas Hoteleras, S.A. Juan Ramón , Adrian , y Antonio , y en consecuencia confirmamos íntegramente la resolución recurrida.



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, N° 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), N° 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.