



Roj: **STSJ NA 982/2016 - ECLI: ES:TSJNA:2016:982**

Id Cendoj: **31201340012016100563**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2016**

Nº de Recurso: **358/2016**

Nº de Resolución: **520/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D. CARMEN ARNEDO DIEZ

PRESIDENTA EN FUNCIONES

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

En la Ciudad de Pamplona/Iruña , a OCHO DE NOVIEMBRE de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 520/2016

En el Recursos de Suplicación interpuesto por D. JESUS MARIA LARUMBE ZAZU, en nombre y representación de D. Constantino , D^a. Regina , D^a. Marí Juana , D^a Azucena , D. Fidel , D. Íñigo , D. Maximino Y D. Roque , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/Iruña sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a CARMEN ARNEDO DIEZ quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra, se presentó demanda por D. Constantino , D^a. Regina , D^a. Marí Juana , D^a Azucena , D. Fidel , D. Íñigo , D. Maximino Y D. Roque , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se dicte sentencia declarando la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, otorgándose a los demandantes el derecho a elegir entre adquirir la condición de trabajadores, otorgándose a los demandantes el derecho a elegir entre adquirir la condición de trabajadores fijos en la empresa cedente o en la concesionaria, opción que desde este momento se ejercita a favor de adquirir la condición de trabajadores fijos de la plantilla de Volkswagen Navarra, S.A, y los derechos y obligaciones existentes en la cesonaria y así como el derecho al percibo de las diferencias salariales y que ascienden a la suma de :

D. Constantino : 16.000.- €

D^a. Regina : 8.000.- €

D^a Marí Juana : 16.000.- €

D^a Azucena : 16.000.- €

D. Fidel : 20.000.- €



D. Íñigo : 15.300.- €

D. Maximino : 16.000.- €

D. Roque : 30.000.- €

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que DESESTIMO la demanda formulada por Constantino , Regina , Marí Juana , Azucena , Fidel , Íñigo , Maximino Y Roque frente a VOLKSWAGEN NAVARRA, S.A., PREVINTER 1889 S.L., por lo que ABSUELVO a los demandados de los pedimentos en su contra formulados.

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- Los demandantes, Constantino , Regina , Marí Juana , Azucena , Fidel , Íñigo , Maximino Y Roque prestan servicios para la empresa PREVINTER 1889, S.L., con las siguientes condiciones: Constantino , fisioterapeuta, antigüedad de 17/11/2008 y retribución bruta anual de 25.956 euros. Regina , DUE, grupo II, nivel 4, antigüedad de 26/5/2008 y retribución bruta anual de 12.458,88 euros. Marí Juana , DUE grupo II nivel 4, antigüedad de 3/3/2014 y salario bruto anual de 24 000,06 euros. Azucena , DUE, grupo II, nivel 4, antigüedad de 22/11/2010 y salario bruto anual de 24 999,94 euros. Fidel , Médico asistencial grupo I, nivel 2, antigüedad de 14/2/2008 y salario bruto anual de 49 462,98 euros. Íñigo , Médico Licenciado grupo II, nivel 3, antigüedad de 15/3/2010 y salario bruto anual de 47 500 euros. Maximino , fisioterapeuta, antigüedad de 1/10/2014 y salario bruto anual de 21.750 euros. Roque , médico asistencia grupo II, nivel 3, antigüedad de 3/3/2014 y salario bruto anual de 39 999,96 euros. Desde el inicio de la prestación de servicios, los demandantes vienen realizando su trabajo en las instalaciones de la empresa Volkswagen Navarra, S.A., en Navarra, Polígono Industrial de Landaben, Pamplona. Realizan funciones propias del servicio médico de la empresa.- SEGUNDO.- La empresa Volkswagen dispone de un servicio médico formado por 21 trabajadores, de los cuales diez pertenecen a la empresa codemandada Previnter, ocho a la plantilla de Volkswagen y tres prestan servicio como trabajadores autónomos.- TERCERO.- La empresa Previnter suscribió el día 16/11/2009 un contrato con Volkswagen, en base al Pliego de condiciones que obra a los folios 1881 y siguientes de autos y se da por reproducido. El objeto del concierto es la "prestación de servicios de Asistencia sanitaria a través del personal médico, psicólogo clínico, fisioterapeuta y de enfermería en las diferentes instalaciones de la factoría de Volkswagen. Se establece la necesidad de que la empresa adjudicataria asigne un coordinador del servicio que represente a la empresa y sea nexo de unión entre una y otra. Las condiciones del personal y exigencias formativas son de exclusiva responsabilidad de la empresa adjudicataria, que se señala que deberá contar con el personal que resulte necesario, el cual dependerá exclusivamente de la adjudicataria, quedando obligada a cumplir respecto del mismo los derechos y obligaciones inherentes a su calidad de empresario, aplicando en su totalidad el convenio colectivo del sector y el resto de las disposiciones vigentes, tanto en materia laboral como la referida a la salud y seguridad en el trabajo. La forma de facturación se preveía mediante un precio por hora de trabajo por trabajador. Obras al folio la Propuesta de adjudicación de Servicios de Asistencia sanitaria, de 8/7/2014 (folio 1885 de autos) y los pedidos de asistencia sanitaria en Volkswagen Navarra, entre los años 2010 a 2014, a los folios 1851 a 1880 de autos, en los que se facturaba una cantidad global.- CUARTO.- La empresa Previnter realiza la evaluación de riesgos laborales de sus empleados.- QUINTO.- Los Dres. Gaspar , Amalia , Juan y Nicanor disponen de Títulos Oficiales de Médico Especialista en Medicina de Trabajo. Las DUE Elisa , Josefina , Paula y Amparo disponen del Título Oficial de Enfermera, Especialista en Enfermería del Trabajo. Todos ellos forman parte de la plantilla de Volkswagen Navarra, S.A.- SEXTO.- Marí Juana obtuvo el Título Oficial de Enfermera Especialista en Enfermería del Trabajo el día 24/11/2011 (folio 1846 de autos).- SÉPTIMO.- Obra a los folios 1981 y 1983 Certificado de la empresa Volkswagen en el que se detallan las funciones del Médico del Trabajo y a los folios 1984 y 1985 las funciones de enfermería del trabajo, que se dan por reproducidos.- OCTAVO.- El servicio médico de Volkswagen se organiza en unidades básicas de salud, de las que forman parte un médico del trabajo y un médico asistencial. El servicio es descrito en el documento que obra a los folios 986 y siguientes de autos. Se compone de 4 unidades básicas de salud (UBS). La UBS1 es la correspondiente a Dirección de Fábrica, Planificación Industrial, Planificación de producto, área técnica de producto, recursos humanos y finanzas, integradas por el Dr. Gaspar y DUE Paula . La UBS2 se dedica a Motores, revisión final y calidad, y está integrada por el Dr. Ángel , Dr. Fidel , DUE Marí Juana , DUE Amparo . La UBS 3 corresponde a Montaje y está integrada por los Dres. Juan , Íñigo , DUE Elisa y DUE Azucena ; por último, la UBS 4 se corresponde a Chapa, prensas, pintura y logística, integradas por los Dres. Nicanor , Roque y DUE Josefina .- NOVENO.- Obran a los folios 2064 a 2068 datos contables elaborados por Volkswagen detallando la diferencia retributiva de los DUEs de la empresa en relación con la retribución abonada por Previnter 1889 S.L.- DÉCIMO.- Obran a los folios 1615 a 1621 de autos diversos correos electrónicos enviados por Fidel a Gaspar



, solicitando autorización para ausentarse del trabajo, que es aceptada, de 21/7/2015 y de 13/11/2014. En el mismo sentido, de Azucena a Gaspar , de 18/9/2015 y de 17/4/2015; de Íñigo a Gaspar , del día 14/10/2010 (en este caso, señala que también se lo ha comunicado a Angelica , también).- UNDÉCIMO.- Angelica es la responsable inmediata de los trabajadores de Previnter demandantes y coordinadora de servicios (testifical de Esperanza y documental).- DUODÉCIMO.- Obran a los folios 2272 a 2330 siguientes de autos correos electrónicos enviados por los trabajadores demandantes a Esperanza , solicitando permisos, vacaciones, etc. así como las respuestas de Esperanza , así como correos intercambiados entre Esperanza y Angelica en relación a la organización del calendario de los trabajadores.- DÉCIMOTERCERO.- La empresa Previnter 1889 S.L., se constituyó el día 17/3/2000 y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona. Obra a los folios 2205 y siguientes de autos el informe de vida laboral de la empresa -en la actualidad, tiene 20 trabajadores-, que se da por reproducido, y a los folios 2220 y siguientes de autos el listado de clientes de la empresa (250 aproximadamente).- DÉCIMOCUARTO.- La empresa Previnter 1889, S.L., compra los uniformes de sus trabajadores. Además, realiza la revisión médica de sus trabajadores asignados a Volkswagen Navarra, S.A.

QUINTO: Notificada la anterior resolución a las partes, por la parte demandante se presentó escrito solicitando aclaración de la sentencia, dictándose Auto de fecha 26 de abril de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"Examinada de hecho la sentencia, se aprecia la necesidad de aclararla en el sentido de que el hecho probado primero de la misma en lo que respecta al salario bruto anual del actor D. Íñigo queda modificado como a continuación se dice: Íñigo , Médico Licenciado grupo II, nivel 3, antigüedad de 15/3/2010 y salario bruto anual de 45.700 euros."

SEXTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan once motivos, los nueve primeros al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para revisar los hechos declarados probados, y los dos últimos , amparados en el artículo 193.c) del mismo Texto legal , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, en primer lugar denuncian infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina legal del Tribunal Supremo y de la de Suplicación contenida en la sentencia que cita, defendiendo la existencia de cesión ilegal de trabajadores y, en el último motivo reclamando las diferencias salariales que concreta en el Suplico devengadas en el periodo comprendido entre julio de 2014 y diciembre de 2015.

SÉPTIMO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por las demandadas VOLKSWAGEN NAVARRA, S.A., y PREVINTER 1889 S.L.

OCTAVO: Manifestada a lo largo de la deliberación la discrepancia del Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI contra el criterio mayoritario de la Sala, manifestó su intención de interponer voto de disenso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda interpuesta por D. Constantino y siete más, frente a las empresas Volkswagen Navarra SA y Previnter 1889 SL, sobre cesión ilegal de trabajadores, es recurrida en Suplicación por la representación Letrada de los actores a través de once motivos, nueve de revisión fáctica y los dos últimos de censura jurídica.

En el primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicita la adición de un nuevo hecho probado, que ocuparía el ordinal decimoquinto, proponiendo la siguiente redacción:

"DECIMOQUINTO.- La organización y dirección del trabajo de los actores en el servicio médico de VW Navarra, corresponde al Jefe del Servicio D. Gaspar , perteneciente a la plantilla de VW Navarra.

1.- Procedimientos de trabajo.- VW Navarra tiene elaborados los procedimientos de trabajo que deben seguir y aplicar todo el personal del servicio médico, tanto el perteneciente a la plantilla de VW como los facultativos y personal de la contratista Previnter. Constan en Autos, entre otros, los siguientes procedimientos de trabajo: Procedimiento de atención básica (P1 3 MED000) (folio 860-863); Procedimiento de examen de la salud (P1 3 MED001) (folio 861 - 868); Procedimiento de asistencia urgente (P1 3 MED003) (folio 869-873); Procedimiento de fisioterapia (P1 3 MED004) (folio 874 - 877), de mantenimiento de equipos (P1 3) (folio 878-88 1), entre otros.

Todos estos procedimientos de trabajo, según consta en la columna de la derecha, están elaborados por personal de VW. Están revisados por el Jefe de Servicio Médico Sr. Gaspar de VW, y por personal del sistema de gestión de calidad de VW (Sra. Inocencia). Y finalmente son aprobados cada uno de ellos por el Jefe del Servicio Médico de VW Dr. Gaspar .



En la realización de los procedimientos, revisiones y aprobación de los mismos, no interviene ningún empleado de la contratista Previnter, que es totalmente ajena a esta organización.

Los procedimientos, actualmente vigentes, se aplican rigurosamente por todo el personal del servicio médico de VW tanto los que pertenecen a la plantilla de VW como los demandantes pertenecientes a la plantilla de la contratista Previnter y también los tres empleados autónomos.

2.- Todas las instrucciones de trabajo que regulan la organización y la actividad del servicio médico son elaboradas exclusivamente por personal de VW Navarra.

VW Navarra tiene elaboradas aproximadamente 40 instrucciones de trabajo que, al igual que los procedimientos de trabajo, deben ser aplicadas por todo el personal del servicio médico de VW tanto el personal perteneciente a la plantilla de VW como el personal de la contrata (demandantes) e incluso los autónomos (3).

Constan en Autos 31 instrucciones de trabajo, del total de 39 existentes.

La instrucción Código 1.1. - 3. MED.0001 es una instrucción para la REGULACIÓN INTERNA DEL PERSONAL. Al igual que los procedimientos anteriores, es norma realizada por personal de VW revisada por el Jefe del Servicio Médico Dr. Gaspar y por la responsable del sistema de calidad Doña. Inocencia, y definitivamente aprobadas por el Jefe del Servicio Médico Dr. Gaspar. Así consta en la columna de la derecha de cada instrucción.

Esta instrucción de regulación interna del personal, VW establece las normas de organización del servicio médico distribuyéndolo para toda la fábrica en cuatro unidades básicas de salud (UBS).

En la citada instrucción se designan coordinadores por áreas (DUE Azucena de (Previnter) y DUE Josefina de (VW) se encargan del sistema de gestión de calidad; Don. Ángel (1/14'), DR. Fidel (Previnter), DUE Marí Juana Previnter y Sr. Constantino (Fisioterapeuta de Previnter) de la coordinación de formación.

El objeto de la instrucción es "asegurar la presencia de personal para la prestación eficaz y eficiente de la asistencia sanitaria". (Folio 886). La zona de aplicación es el servicio médico.

En la distribución realizada por el personal de VW y sin intervención alguna de la contratista Previnter, se incluye en cada UBS a dos facultativos (uno de la plantilla de VW y otro de la contrata Previnter) y dos DUE (también una de la plantilla de VW otra de plantilla de Previnter, a excepción de UBS 1 y UBS4).

Las restantes instrucciones establecen cómo debe actuar e intervenir el personal del servicio médico de VW (todo el personal, sin distinción entre las distintas plantillas que lo integran, en materias como el uso del desfibrilador, lámpara de hendidura, electrocardiograma, recepción y colocación de productos de farmacia, etc.

En ninguna de estas instrucciones de trabajo ha intervenido en forma alguna personal de la contrata Previnter, ajena a la organización y dirección del trabajo.

3.- Correos electrónicos del personal de VW Navarra, que figuran en autos, acreditan las órdenes e instrucciones directas por parte del personal de VW Navarra, en materia del trabajo desarrollado por los médicos, DUEs y Fisioterapeutas de la contrata y demandantes.

A título de ejemplo correo del jefe de servicio médico Dr. Gaspar, ordenando al demandante Dr. Fidel que realice gestiones para reubicar operarios del taller de motores (Folio 1041); Correo del jefe de servicio al Dr. Fidel para que realice una tarea concreta de vigilancia de la salud en el taller de motores concretamente revisión del personal que no tiene carga de trabajo dentro del taller (Folios 1047-1048); Correos del Dr. Juan perteneciente a la plantilla de VW a los miembros de la UBS 4 de VW y de Previnter, sobre tareas a realizar referencias a la vigilancia de la salud en el taller de montaje (Folios 1049-1057); Correo del jefe de servicio Dr. Gaspar a toda la plantilla del servicio, de fecha 20-07-2015, reconociendo el apoyo en las tareas de vigilancia de la salud del personal que no pertenece a VW, ordenando continuar con dicho apoyo así como con la organización de reconocimientos de retorno al trabajo y reconocimientos médicos periódicos, manifestando expresamente: "Independientemente del tratamiento que dé la empresa a los trabajadores externos, debemos ser y comportarnos como un único equipo" (Folio 1013); Fotografía de la ficha de actividades de enfermería donde constan distribuidas las tareas de la sala de curas y las de la vigilancia de la salud, tanto para DUE de VW como DUE de Previnter."

En apoyo de su petición alude a la documental obrante a los folios 860 a 868, a las instrucciones que figuran incorporadas a los folios 886 a 888 y a diversos correos electrónicos (folios 1012 a 1108).

Pues bien, entendemos que dicha pretensión si debe acogerse al resultar evidente que todos los procedimientos de trabajo (de atención básica, de examen de salud, asistencia urgente, fisioterapia o mantenimiento de equipos) detallan minuciosamente las actividades a seguir en cada caso. Y lo mismo sucede con las instrucciones elaboradas por el servicio médico de empresa. Es decir, ponen de relieve que la



organización y dirección del trabajo de todo el personal integrado en el servicio médico de la codemandada, tanto los integrados en su plantilla como los demandantes, la llevaba a cabo Volkswagen, a través de su jefe de servicio, el Sr. Gaspar .

SEGUNDO: En el segundo motivo interesa la revisión del hecho probado octavo, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"OCTAVO.- El servicio médico de VW se organiza en Unidades Básicas de Salud (UBS) que son distribuidas y dirigidas por el Jefe del Servicio Médico Dr. Gaspar perteneciente a la plantilla de VW.

En la instrucción de trabajo I.1-3 MED.001, norma de regulación interna del personal, (folio 866 y 986), se establece que "para una gestión más efectiva de la "vigilancia de la salud" se asignaron los diferentes talleres y departamentos en unidades básicas de salud. Y en esa instrucción de trabajo se adscribió a todos los facultativos y DUE del servicio médico, tanto los de VW como los de Previnter, en las cuatro unidades básicas adscritas a las diferentes plantas de la fábrica de VW Navarra. El personal DUE debe colaborar en la unidad básica de salud a la que esté asignada realizando actividades de vigilancia de la salud (folio 887 y 987).

Se compone de cuatro unidades básicas de salud (UBS). La UBS1 es la correspondiente a Dirección de Fábrica, Planificación Industrial, Planificación de Producto, área técnica de producto, recursos humanos y finanzas, integradas por el Dr. Gaspar y DUE Paula . La UBS2 se dedica a Motores, revisión final y calidad, y está integrada por Don. Ángel , Dr. Fidel , DUE Marí Juana , DUE Amparo . La UBS 3 corresponde a Montaje y está integrada por los Dres. Juan , Íñigo , DUE Elisa y DUE Azucena ; por último, la UBS 4 se corresponde a Chapa, prensas, pintura y logística, integradas por los Dres. Nicanor , Roque y DUE Josefina .

Todos los miembros del servicio médico de VW tanto los que pertenecen a la plantilla de VW como los que pertenecen a la contrata Previnter, realizan indistintamente funciones de asistencia sanitaria y de vigilancia de la salud.

La vigilancia de la salud por el servicio médico consiste, entre otras actividades, en el estudio e informe médico realizado al trabajador que se reincorpora al trabajo después de una prolongada baja médica (IT). El procedimiento de trabajo sobre el examen de la salud P1-3 MED001 (folio 866) la denomina como "Protocolo de Retorno al Trabajo" y la describe como: "la evaluación de la salud del trabajador que reanuda su trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud (más de un mes de baja por enfermedad común). Se realiza una exploración física específica y se emite la aptitud o no aptitud del trabajador para su puesto".

Los demandantes realizan su actividad en la vigilancia de la salud de los trabajadores de la empresa, los médicos interviniendo activamente en el protocolo de retorno al trabajo evaluando al trabajador y emitiendo informes sobre aptitud o no aptitud, y las DUE's colaborando en dicha actividad dentro de su UBS. (Folios 693 a 696).

Así mismo los demandantes realizan habitualmente informes de reconocimientos médicos periódicos, que también forman parte de la actuación de la vigilancia de la salud de los trabajadores de la empresa, para evaluaciones de puesto de trabajo y turno, detección, seguimiento y registro de los trabajadores especialmente sensibles, etc. (Folios 1153 a 1189).

Se establece que "el personal DUE realizará las siguientes actividades:..., colaboración en la unidad básica de salud a la que esté asignada, realizando actividades de vigilancia de la salud (valoraciones de puesto y turno, detección, seguimiento y registro de los trabajadores especialmente sensibles, gestiones varias con los talleres, reincorporaciones tras bajas prolongadas)" (folio 887)

La revisión pretende poner de relieve que las Unidades Básicas de Salud del servicio médico de Volkswagen son distribuidas y dirigidas por el Jefe del Servicio Médico y que todos sus miembros, tanto los que pertenecen a la plantilla de Volkswagen, como los de la contrata Previnter, realizan indistintamente funciones de asistencia sanitaria o de vigilancia de la salud.

Sustenta su pretensión en los documentos obrantes a los folios 73 a 78, en el procedimiento de trabajo de examen de la salud, Código P1-3 MED.001 (866 a 986), relación de trabajadores retornados al trabajo tras enfermedad, con indicación del médico o DUE que intervino en el estudio de su salud y su declaración de aptitud (folios 693 a 696), instrucción de trabajo sobre norma de regulación interna del personal donde figuran las funciones que deben realizar el personal de enfermería del servicio médico de VW (folios 887 y 987), instrucción de trabajo I.1-3 MED 001 sobre regulación interna del personal, diversos informes de reconocimiento médicos firmados por los demandantes (folios 1190 a 1220) y pantallazos del sistema de registro de datos informáticos SAP médico de VW conteniendo pruebas de los reconocimientos de retorno al trabajo con la firma del médico que lo realiza y de los reconocimientos médicos periódicos al personal de VW con la firma de la DUE o del Médico que lo realizó.



Documental con la que la parte recurrente consigue demostrar que los tres médicos demandantes realizaban habitualmente actividades de vigilancia de la salud, que correspondería ejercer exclusivamente a los facultativos que formaban parte de la plantilla de Volkswagen. Y de la misma forma, la instrucción de trabajo sobre norma de regulación interna del personal al describir las funciones del personal de enfermería DUE indica que deberá colaborar en la UBS a la que esté asignada, realizando también actividades de vigilancia de la salud (valoraciones de puesto y turno, detección, seguimiento y registro de los trabajadores especialmente sensibles, gestiones varias con los talleres, reincorporaciones tras bajas prolongadas..).

TERCERO: A continuación se pretende al adición de otro nuevo hecho probado, que ocuparía el ordinal decimosexto en el que se constate que .

" Todos los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad del servicio médico contratado entre VW y la contratista Previnter, son propiedad de Volkswagen Navarra, constando en autos facturas de compra de dicho material por Volkswagen Navarra.

Entre estos medios materiales de VW Navarra necesarios para el desarrollo del servicio médico contratado se encuentran los que figuran en las fotografías de los folios 1345 a 1362; 1375 a 1391; y 1417 a 1437.

Entre los medios materiales destacan los que a continuación se señalan, indicando a continuación el número de folio de autos:

- Vehículos utilizados por el servicio médico (1345-1349)
- Sala de curas: Scanner, ECO, bomba oxígeno, oftalmología, carro de curas, etc. (1350 a 1362)
- Sala rayos x: mesa, tubos de rayos x, etc. (1377-1378)
- Laboratorio y sala de fisioterapia (mesa extracciones, espirometrías, ultrasonidos, camillas, podoscopio, etc. (1379-1391)
- Consultas médicas (3) con todo el mobiliario existente (1424 a 1427).
- Sala de enfermería con mobiliario y utensilios.
- Autoclave y selladora (1362)
- Etc. etc. etc.

Todos estos medios materiales, necesarios e imprescindibles para el desarrollo de la actividad del servicio médico, figuran en las fotografías que obran en autos en los folios 1345 a 1428 inclusive, y son propiedad exclusiva de la empresa VW Navarra.

La contratista Previnter no es propietaria de ninguno de estos bienes, siendo pacífica esta afirmación tal y como se reconoció en el acto del juicio por los letrados de las dos empresas demandadas (12:25:45) de la grabación del juicio. Sobre la propiedad de los medios del servicio médico el Letrado de VW afirma que "el único hecho controvertido es la informática". Ya continuación la Letrada de la contratista Previnter afirma que "el hecho controvertido es el uniforme" (12:26:15) de la grabación.

En los folios 1438 a 1448 de los autos figuran facturas presentadas por la empresa VW Navarra acreditativas de la compra y adquisición por esta compañía de los medios materiales que figuran en las fotografías incorporadas a los autos.

Asimismo todos los productos farmacéuticos que se dispensan en el servicio médico de VW Navarra, tanto por sanitarios de la plantilla de VW como por los demandantes, son comprados por VW Navarra. Periódicamente el Jefe del servicio médico de VW Navarra Dr. Gaspar , solicitaba a todos los miembros del servicio médico que se le informase del material de farmacia y material médico necesario para poder lanzar el pedido (folio 1613 y siguientes)."

Adición que también debe acogerse pues, como pone de relieve la parte recurrente, la única discrepancia mostrada por los Letrados de las dos empresas codemandadas en relación con la aportación de los medios materiales se refería a la informática y a los uniformes, existiendo multitud de facturas (folios 510 a 606, 682 a 692, 1438 a 1448, 1465 a 1542) que evidencian las compras efectuadas por el servicio médico de Volkswagen, así como varios correos electrónicos enviados por Volkswagen a todo el personal del servicio médico, tanto de la plantilla como de la contratista Previnter, requiriéndoles para que detallaran los medios materiales necesarios para realizar las labores.

CUARTO: En relación con la titularidad de los uniformes que utilizan los demandantes en el servicio médico de VW y los reconocimientos médicos de los facultativos, disconforme con la apreciación de la Juzgadora



de instancia, insta la rectificación del hecho probado decimocuarto, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"DECIMOCUARTO.- La empresa Previnter 1898, S.L. ha comprado en una ocasión en el año 2013 un uniforme a siete demandantes, consistente en una bata, una casaca y un pantalón verde. Asimismo y en una ocasión ha comprado dos pantalones verdes para los dos demandantes Fisioterapeutas. Los demandantes, al igual que el resto del personal del servicio médico de VW Navarra, disponen de un número elevado de uniformes que por razones obvias de higiene son cambiados y lavados periódicamente. En los documentos obrantes en folios 1363 a 1374 figuran doce fotografías de las estanterías sitas en el almacén del servicio médico donde se encuentran los uniformes de todo el personal del servicio, y al pie de la estantería figura el nombre del médico, DUE o fisio.

Al folio 1366 se encuentran colocados los uniformes de los Drs. Fidel y Íñigo , demandantes, lavados y planchados apreciándose que los facultativos tienen a su disposición un elevado número de uniformes para su reposición permanente.

Al folio 1423 figura correo electrónico de D. Cornelio (VW) dirigido al personal del Servicio Médico (en su totalidad) informando que se trata de "un nuevo encargo de ropa para el servicio médico de VW Navarra". Cualquier duda que tengáis respecto a tallas, bordados, etc. No dudéis en consultar. A continuación figura un listado de VW para compra de ropa para personal de servicio médico.

Los uniformes de todo el servicio médico se recogen, lavan y planchan, por la lavandería AGUAMAR, constando las facturas giradas a VW Navarra, en los folios 639 a 681.

Previnter realiza revisiones médicas de sus trabajadores adscritos a la plantilla de VW Navarra, Y VW Navarra realiza periódicamente reconocimientos médicos a los facultativos demandantes. En los folios 606 a 632 figuran informes dosimétricos mensuales de los años 2014 y 2015 a los demandantes, como consecuencia del riesgo por la exposición radiológica."

Y esta rectificación debe prosperar por reflejar de forma más cabal lo acontecido con los uniformes que utilizan los actores y las revisiones médicas que se les realizan, dado que, siendo cierto que en el año 2013 Previnter adquirió un uniforme para siete de los demandantes (bata, casaca y pantalón verde), también lo es que todos los demandantes disponen de un número importante de uniformes que les permite su reposición en cualquier momento, siendo Volkswagen quien asume los gastos de lavandería (folios 639 y siguientes). Y también se acredita que a los facultativos demandantes, Volkswagen, les realiza reconocimientos médicos como consecuencia del riesgo por exposición radiológica (folios 606 a 632).

QUINTO: Continúa el recurso proponiendo la revisión del hecho probado tercero al objeto de añadir al mismo que en el pliego de condiciones suscrito el 16 de noviembre de 2009, además de las obligaciones de la empresa adjudicataria para el servicio de asistencia sanitaria, también se establecía el "apoyo en la vigilancia de la salud" (folio 1862) y, en relación con la facturación de los servicios contratados, que la misma se realiza por las horas efectivamente trabajadas por cada empleado de la contratista (médico, DUE o fisioterapeuta), con precios diferentes cuando se trabaja en turnos rotativos de días laborales, en turnos nocturnos o fines de semana y festivos, presentando mensualmente Previnter un albarán a VW y posteriormente una factura por el importe total de los conceptos desarrollados en el albarán.

Y, en efecto, así es. El pliego de condiciones del contrato de servicios de asistencia sanitaria que obra a los folios 1881 y siguientes, al establecer el alcance y la descripción del servicio, en su apartado 3.2 se refiere a las obligaciones de la empresa adjudicataria para el servicio de asistencia sanitaria y apoyo en la vigilancia de la salud.

Por otra parte, constan aportados numerosos albaranes emitidos por Previnter relativos a los servicios prestados para Volkswagen en los que se detallan los precios por hora en función de si se prestaba por medico asistencial en turno de mañana y tarde en días laborales, turno de noche en días laborales o en fines de semana, y lo mismo si la prestación se realizaba por Due asistencial, y también las facturas abonadas por tales conceptos.

SEXTO: En el siguiente motivo de suplicación la parte recurrente intenta evidenciar que toda la formación académica de los actores, excepto dos cursos de peritaje, se ha realizado periódicamente por Volkswagen Navarra y, por tanto, que nunca recibieron formación de la contratista Previnter. Para ello proponen la adición de otro nuevo hecho probado, el decimosexto, con el siguiente tenor literal:

"DECIMOSEXTO.- La empresa contratista Previnter, presenta en su relación de prueba documental (Folio 2240), como documentos n° 166 a 167, facturas de formación por parte de Previnter."

Estas facturas (son dos) se corresponden con dos cursos. Al folio 2360 consta factura por curso realizado por D. Maximino sobre peritaje judicial en valor del daño corporal en fisioterapia, factura de fecha 21-02- 2015 y



por impone de 310€ Al folio 2362 figura el mismo curso impartido por D. Constantino y con factura de la misma fecha e idéntico importe.

La contratista Previnter no ha presentado en autos ni un solo documento que acredite la más mínima formación a los médicos, DUE y a los fisioterapeutas, si excluimos los dos cursos de peritación.

Por su parte la cesionaria VW Navarra ha impartido cursos de formación a los demandantes que se acreditan mediante diferentes correos electrónicos dirigidos por personal de VW convocando a cursos de formación. Al folio 1621 consta correo electrónico del Jefe del servicio médico Dr. Gaspar , contestando que al curso de apoyo soporte vital avanzado en medicina del trabajo debía ser convocado todo el personal, contestando a la pregunta planteada si debía ser exclusivo del personal sanitario VW o también del personal externo de la contratista: Convocatoria del curso para toda la plantilla del servicio médico de RCP impartido por la Mutua (Folio 1624; Convocatoria de curso sobre preferencia en la elección de turno en REP (Folio 1625); Convocatoria de curso de formación AP-Ergo (Folio 1626-1627); Convocatoria de curso de formación SAB (Folio 1631 y 1632 a 1634); Convocatoria de curso PRM Mandos (Folio 1635 y 1636).

Asimismo obra en autos una muestra de certificado de participación en distintos cursos convocados por VW Navarra sobre reanimación cardiopulmonar RCP del Dr. Fidel (Folio 1637); Físio Maximino , DUE Marí Juana (Folios 1637 a 1639).

Certificado de participación en curso de VW Navarra de Marí Juana sobre MASS NAHMEN@web.

Evidentemente la formación académica de los actores se ha realizado periódicamente por la cesionaria VW Navarra y nunca han recibido formación de la contratista Previnter, si exceptuamos los dos cursos de peritaje señalados."

En este sentido la parte recurrente también consigue acreditar, a través de la documental a que alude, que el Servicio Médico de VW ha efectuado varias convocatorias de cursos dirigidos a todo el personal del servicio médico, tanto propio como de la contratista (folios 1621, 1624 a 1627 y 1632 a 1636), por lo que el motivo debe acogerse.

SÉPTIMO: En relación con los correos electrónicos a que alude el hecho probado undécimo la parte actora propone su revisión al estimar que en los dirigidos o recibidos por D^a Angelica no existe ni una sola medida de coordinación de la actividad laboral desarrollada por los actores en el servicio médico de VW y que ella no es, ni ha sido nunca, la responsable inmediata de los trabajadores de Previnter, ni la coordinadora de los servicios contratados entre VW Navarra y Previnter 1889 SL.

Pues bien la documental invocada lo único que evidencia es que Doña Angelica no aparece en la relación de trabajadores de Previnter 1889, SL, al no figurar en el informe de vida laboral de los años 2000 a 2015. Sin embargo los múltiples correos electrónicos analizados lo que si demuestran, y así lo reflejó la Juzgadora de Instancia, es la existencia de comunicaciones cruzadas entre la Sra. Angelica , la Sra. Esperanza de Previnter y el Sr. Gaspar de Volkswagen en relación a la organización del calendario de los trabajadores, solicitud de permisos, vacaciones, etc. Sin que frente a esta conclusión de instancia puede admitirse la inclusión de un hecho negativo, concretamente la inexistencia de medidas de coordinación de la actividad laboral desarrollada por los actores.

OCTAVO: El hecho probado noveno hace referencia a los datos contables elaborados por Volkswagen detallando la diferencia retributiva de los DUES de la empresa en relación con la retribución abonada por Previnter, dato que la parte recurrente estima insuficiente proponiendo que se especifiquen las diferencias salariales concretas, con el siguiente tenor literal.

"NOVENO.- Las diferencias salariales existentes entre las retribuciones percibidas por los actores en la contratista Previnter 1889, S.L., y las que les hubiese correspondido percibir en la empresa VW Navarra, S.A., por el período comprendido entre julio 2014 a diciembre 2015 ambos inclusive, con detalle de los salarios percibidos en la contratista Previnter, los salarios que les corresponden en la cesionaria VW Navarra, y la diferencia, son las siguientes:

Nombre

Constantino

Regina

Marí Juana

Azucena

Fidel



Íñigo
Maximino
Roque
Cobrado en
Previnter
38.934
18.688,32
31.522
37.499,94
73.180,80
68.550,09
27.187,50
44.309,26
Salarios
Volkswagen
64.101,78
32.863,54
63.086,38
64.228,43
99.682,00
99.682,00
46.875,37
99.682,00
Diferencia
25.167,69
14.175,22
31.564,38
26.728,49
26.501,20
31.131,91
19.687,80
55.372,74

Doña Regina mantiene una jornada reducida motivo por el cual la retribución y las diferencias son proporcionales al tiempo trabajado."

En relación con esta pretensión, demostradas las retribuciones percibidas por los demandantes en la empresa Previnter 1898 SL en el periodo comprendido entre julio de 2014 y diciembre de 2015, ambos inclusive, por resultar de los recibos salariales que obran aportados a las actuaciones, sin embargo lo que no puede acogerse es la referencia a los salarios que les correspondería percibir en la cesionaria Volkswagen, en cuanto el informe relativo a la retribución del personal médico de ésta última, que obra al folio 2400 vuelto, lo único que recoge es que la retribución del personal directivo se compone de una parte fija y otra variable. La fija se consolida por el empleado a lo largo de su trayectoria profesional, según la política salarial de la compañía, basada en la valoración de los puestos de trabajo que están fuera de Convenio. Dentro de esta valoración el puesto de Médico de Empresa está valorado con Grading 29 y el personal directivo con ese Grading tiene un salario fijo medio de 53.828 en 14 pagas.



Respecto a la parte variable, añade el informe, se determina anualmente por el grado de consecución de los objetivos y resultados del Grupo Volkswagen, y el desempeño individual y la consecución de de los objetivos personales del empleado valorado, por lo que es un ingreso no consolidable que en el caso de los Médicos de Empresa puede oscilar entre 0 euros y 25.325 euros, según la evolución de de los últimos años.

Y no puede acogerse el motivo porque los cálculos que ofrece la parte actora ni siquiera parten del importe del salario medio que compondría la parte fija, sino de lo percibido por el Dr. Nicanor , médico perteneciente a la plantilla de Volkswagen Navarra que, según indica, sin respaldo probatorio alguno, ascendería a 63.434 euros anuales, sin explicar el porqué del termino de comparación empleado, obviando extremos tan importantes como la especialidad que pueda tener los integrantes del servicio médico propio o la disponibilidad de unos y otros.

E idéntica suerte desestimatoria merece la pretensión referida a las diferencias retributivas de los tres Due y dos fisioterapeutas, a los que se intenta asimilar a efectos retributivos con los Jefes de Primera, invocando razonamientos jurídicos en relación con la categoría asignable y nivel retributivo en función de su antigüedad inadmisibles para sustentar una revisión fáctica en Suplicación, que debe desprenderse de forma clara e indubitada de la prueba documental o pericial, siempre sin necesidad de realizar razonamientos o conjeturas.

NOVENO: En el último motivo de revisión se pide la rectificación de algunos aspectos del hecho probado primero, concretamente que la antigüedad de Marí Juana es de 20-03-2007 y la de Roque el 4 -2- 2013, que efectivamente constan en sus informes de vida laboral, por lo que deben modificarse en tal sentido.

DÉCIMO: Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se formulan dos motivos.

En primer lugar denuncian infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina legal del Tribunal Supremo y de la de Suplicación contenida en las sentencia que cita, defendiendo la existencia de cesión ilegal de trabajadores y, en el último motivo reclamando las diferencias salariales que concreta en el Suplico devengadas en el periodo comprendido entre julio de 2014 y diciembre de 2015.

La respuesta a la cuestión controvertida pasa por recordar que el artículo 43 del ET prohíbe la contratación de trabajadores con la única finalidad de cederlos temporalmente a otra empresa, salvo que se trate de un contrato de puesta a disposición concertado con una empresa de trabajo temporal, lo que plantea el problema -no siempre fácilmente distinguible-, de determinar cuándo se está en presencia de una contrata y cuando ante una falsa contrata que encubre, bajo la apariencia de tal, una cesión ilícita de trabajadores o tráfico de mano de obra.

Efectivamente, como hemos puesto de relieve en nuestra reciente sentencia de 26 de septiembre de 2016 (rec.357/16), el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del ET se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 de ese cuerpo legal.

En esta materia es adecuado destacar lo que al respecto declara el TS en Sentencia de 3 de octubre de 2005 (rcud. 3911/2004) en la que, tras recordar que la doctrina de la Sala sobre este precepto ya ha sido unificada por numerosas sentencias (entre las que pueden citarse las de 19 de enero de 1994 , 12 de diciembre de 1997 , 14 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003), establece que cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (STS de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de poderes empresariales (SSTS 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 citada sentencia de 17 de enero de 1991 , al apreciar 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".

Puede afirmarse, que los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando, como aquí sucede, la empresa contratista es una empresa real



y cuenta con una organización e infraestructura propias. Debe entonces acudirse, para efectuar con acierto la delimitación apuntada, a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal; a determinar si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17-01-1991 [RJ 1991, 58]), e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia; a establecer si el trabajador de una empresa se limita de hecho tan sólo a trabajar para la otra (STS 16-02-1989 [RJ 1989, 874]), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS 19-01-1994, recurso núm. 3400/1992 y 12-12-19997, recurso núm. 3153/1996 .

Por lo tanto, podremos afirmar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado, se limita a suministrar a otra empresa mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, debiendo aseverarse que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio.

En esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas SSTS 19/01/94 (rcud. 3400/92) y 12/12/97 (rcud. 3153/96) ha fijado como línea de distinción, no tanto el dato de que la empresa cedente existiera realmente, "sino si actuaba como verdadero empresario".

La dificultad en la valoración de criterios indiscutibles para la diferenciación entre las figuras de la cesión ilegal y de la lícita contrata ha determinado, como ya hemos apuntado anteriormente, que el TS haya recurrido (en orden a la identificación de la cesión ilegal) a la aplicación ponderada de muy diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo.

La aplicación al caso de las anteriores consideraciones provoca la estimación de este motivo al apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. Y es que, como hemos mantenido en un supuesto similar al que antes nos referíamos, en este caso la contrata entre las codemandadas, cuyo objeto era la prestación de servicios de asistencia sanitaria a través de personal médico, psicólogo clínico, fisioterapeuta y de enfermería en las diferentes instalaciones de la factoría Volkswagen, se ha convertido en la práctica en la puesta a disposición de los trabajadores demandantes por parte de la empresa Previnter. En efecto, los trabajadores de la contratista vienen prestando servicios bajo las órdenes de un empleado de Volkswagen, el Sr. Gaspar que ejerce la dirección del servicio médico, integrado por 21 trabajador, de los cuales ocho permanecen a su propia plantilla, tres son trabajadores autónomos y otros diez, entre los que se encuentran los ocho demandantes, de la plantilla de Previnter.

El servicio médico de Volkswagen se organiza en cuatro unidades básicas de salud y cada una de ellas se compone de un médico de trabajo, de la plantilla de VW, otro médico asistencial, de Previnter y uno o dos DUE.

La organización y la dirección del servicio son asumidas por Volkswagen al ser esta quien elabora todos los procedimientos de trabajo (de atención básica, de examen de salud, asistencia urgente, fisioterapia o mantenimiento de equipos), detallando minuciosamente las actividades a seguir en cada caso, y afecta a todo el personal integrado en el servicio médico de la codemandada.

Es importante resaltar que, a pesar de no disponer de la especialidad en medicina o de enfermería del trabajo, los actores realizan tanto labores asistenciales como actividades de vigilancia de la salud (valoraciones de puesto y turno, detección, seguimiento y registro de los trabajadores especialmente sensibles, gestiones varias con los talleres, reincorporaciones tras bajas prolongadas..).

Es cierto que Previnter cuenta con dos coordinadoras, las Sras. Angelica y Esperanza , pero también lo es que se intervención se limita a realizar funciones de administración del calendario.

En relación a los medios materiales, todos son aportados por Volkswagen, excepto siete uniformes adquiridos por Previnter. Y lo mismo sucede con la formación académica de los actores que ha sido impartida por aquella teniendo como destinatarios a todo el personal sanitario, tanto propio como el ajeno.

El hecho de que la empresa Previnter 1889 SL cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si, como aquí acontece, en la ejecución de los servicios de la empresa principal no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio.

En definitiva, bajo la apariencia de una relación laboral entre los demandantes y la empresa contratista los actores han prestado sus servicios sanitarios siempre en las instalaciones que la empresa Volkswagen tiene



en Pamplona, utilizando en todo momento material de titularidad de VW, siguiendo órdenes e instrucciones impartidas por ésta última y el Director del Servicio Médico, lo que supone, al entender de esta Sala, la denunciada existencia de la cesión ilegal de mano de obra, pues no existe constancia alguna de órdenes directas dimanantes de personal de Previnter, que ostentara mando jerárquico sobre ella, ni de estructuración y control del trabajo por parte de la misma o sus representantes, debiendo concluirse que se limitaba a realizar algunas funciones aparentes como la suscripción de los contratos de trabajo, el abono de los salarios, a tramitar las altas y bajas en la seguridad y a organizar el calendario de los trabajadores demandantes.

De todo ello se desprende que la contrata entre las codemandadas - debe calificarse como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por cuanto los trabajadores demandantes han permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la contratante principal, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora, limitándose la otra entidad (contratista) a ejercer como empresaria meramente formal, al no poner en juego su organización, ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de los actores, dejando de ejercer la condición de empresa en su aspectos propios y definitorios.

UNDÉCIMO: Una vez declarada judicialmente una cesión ilegal que determina la incorporación de los trabajadores cedidos a la plantilla de la entidad cesionaria, la cuestión que debe resolverse ahora es si tienen derecho a las diferencias salariales reclamadas.

Pues bien, el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores determina que los derechos y obligaciones del trabajador incorporado a la empresa cesionaria "serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo", pero no se pronuncia explícitamente sobre el alcance retroactivo de los derechos retributivos del trabajador incorporado, limitándose a añadir "si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

Ante este silencio normativo, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha decidido ya la cuestión. Así, en la STS de 4-julio-2013 (rec. 2637/2012) se alude a la evolución de la doctrina unificada, con cita entre otras muchas de la sentencia del Tribunal Supremo de 17-abril-2007 (rec. 504/2006) , en la que se invoca 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".

Asimismo, en las SSTs/IV de 30-noviembre-2005 (rec. 3630/2004) y 30-abril-2014 (rec. 1836/2013) , se analizaba la naturaleza de las sentencias sobre cesión ilegal y el carácter "ex tunc" de sus efectos para concluir que "debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal, salvo las que se puedan derivar de la prescripción".

En el caso enjuiciado acontece que las diferencias reclamadas por los actores, que se entienden devengadas entre julio de 2014 y diciembre de 2015 se calculan, en el caso de los tres facultativos demandantes comparando las retribuciones percibidas en ese periodo de Previnter y las que consideran deberían cobrar partiendo de lo percibido por uno de los médicos integrados en la plantilla de Volkswagen Navarra, olvidando explicar de dónde extrae éste término de comparación, que como antes dijimos carece de respaldo probatorio y, además, obviando circunstancias trascendentes como son la falta de especialidad que pueda tener los integrantes del servicio médico propio -medicina de trabajo- o la disponibilidad de unos y otros.

E idéntica suerte desestimatoria merece la pretensión referida a las diferencias retributivas de los tres Due y dos fisioterapeutas, a los que se intenta asimilar a efectos retributivos con los Jefes de Primera, olvidando que ellos tampoco ostentan la especialidad en enfermería del trabajo.

Lo anteriormente razonado determina la estimación parcial del recurso en el sentido que se expone en la parte dispositiva.



DUODÉCIMO: No procede la condena en costas (artículo 235 L.R.J.S . y artículo 2 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por la representación Letrada de D. Constantino , D^a. Regina , D^a. Marí Juana , D^a Azucena , D. Fidel , D. Íñigo , D. Maximino Y D. Roque , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N^o Tres de los de Navarra de fecha 23 de marzo de 2016, debemos revocar y revocamos la misma y estimando parcialmente la demanda deducida por los recurrentes contra Volkswagen Navarra SA y Previnter 1889 SL, declaramos la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, integrando a los actores en la plantilla de Volkswagen, por ser esa la opción ejercitada, con los derechos y obligaciones existentes en ésta última, absolviendo a las demandadas del resto de pedimentos en su contra ejercitados.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado DON JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI a la Sentencia dictada en el recurso de Suplicación n^o 258/2016, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La contratación externa es una iniciativa empresarial lícita e imprescindible en el marco de una economía de mercado.

En nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la licitud e idoneidad mercantil de la denominada descentralización productiva, todo ello sin perjuicio de las cautelas legales e interpretativas que pudieran ser necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, y a la determinación de su correcta dependencia y encuadramiento en una actividad empresarial

SEGUNDO: Previnter es una empresa real, con una organización empresarial propia y asentada en el mercado, que nadie discute. Y detenta interés empresarial propio y específico, distinto del de Volkswagen, basado en la competitividad de los servicios asistenciales que presta.

Se ha acreditado también una dirección efectiva de su actividad laboral en Volkswagen, con una persona asignada que realiza funciones de coordinación, Angelica en Pamplona, responsable inmediata de los trabajadores de Previnter demandantes, y coordinadora de servicios que se prestan en la planta de Landaben (hecho undécimo). En los folios 2229 y sigs del procedimiento (documentos 66 a 140), se acredita que ejerce la dirección de la actividad laboral de los demandantes, en materia de bajas, vacaciones, permisos y sustituciones. Y la empresa Previnter realiza también su propia evaluación de riesgos (hecho cuarto).

TERCERO: Es cierto que no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista, pues «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial».

Sin embargo, en el presente caso, siendo Previnter una empresa real entiendo decisivo a efectos de resolver el presente litigio, tener en cuenta que la actividad que realizan los demandantes no es actividad propia de Volkswagen.

La actividad médica solo puede ser considerada actividad propia de Volkswagen en el ámbito de la obligatoriedad de servicios médicos en las grandes empresas, RD 39/1997 y RD 899/2015, esto es una Unidad



Básica Sanitaria hasta dos mil trabajadores. Y nadie discute el cumplimiento por Volkswagen de los términos legales con su propio personal asistencial.

La cesión ilegal solo se concibe en la subcontratación de la propia actividad de la empresa. El empresario que ofrece servicios a los trabajadores ajenos a su actividad empresarial y además en beneficio de ellos, debe poder subcontratarlos. Volkswagen no utiliza los trabajadores de Previnter para eludir la dependencia de su actividad empresarial, sino que subcontrata servicios ajenos a su actividad a un tercero. Y no puede imponerse dependencia laboral hacia una actividad empresarial distinta de la propia de Volkswagen.

Y esto se repite reiteradamente en la jurisprudencia. Cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias, debe acudirse con el fin de delimitar la posible cesión ilegal a determinar la concurrencia de otras notas, como que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (SSTS 17 enero 1991 , SAN de 30 mayo 2014).

En el presente caso la actividad subcontratada no es actividad de Volkswagen y Previnter ha concurrido reiteradamente a un concurso de concesión de la actividad asumiendo el riesgo y prestando el servicio de una actividad ganada como cliente en competitividad empresarial. Asumiendo el riesgo de perder la contrata a su finalización si el servicio no se presta en condiciones idóneas.

Se acredita la adjudicación de servicios de asistencia sanitaria de Volkswagen a la empresa Previnter que suscribió el día 16/11/2009 un contrato con Volkswagen, en base al Pliego de condiciones que obra a los folios 1881 y siguientes, y en la contrata última de 8 de julio de 2014 concurrieron cinco empresas. Hasta ahora nadie había dudado del carácter lícito y real de dichas contratas y la contratación de servicios médicos externos ha existido en Volkswagen desde la propia introducción de la empresa en España. Se trata pues de un riesgo y una actividad empresarial diferenciada de la de Volkswagen, que entiendo debe poder subcontratarse.

CUARTO: No solo Volkswagen presta asistencia médica que excede de los términos de su obligatoriedad legal, sino que los médicos y enfermeros demandantes no tienen siquiera la titulación de medicina de empresa (hecho quinto, no contestado) que no permite siquiera considerar que tienen la idoneidad específica en las funciones de medicina de empresa ni que realizan las mismas funciones que los médicos titulares de Volkswagen.

En el marco de una asistencia médica externalizada, no entiendo como los fisioterapeutas pueden ser objeto de cesión ilegal en Volkswagen cuando no solo no tienen una relación directa con la actividad propia de Volkswagen, sino que ni siquiera existe la especialidad a efectos de la obligatoriedad legal de fisioterapeutas de empresa.

Es un ejemplo concreto que nos muestra que la contrata con Previnter no es un medio formal de articular un acuerdo para facilitar trabajadores a Volkswagen y eludir su dependencia empresarial de Volkswagen, sino una real externalización. Y lo que se pretende con la contrata es mejorar la asistencia médica en Volkswagen y mejorar la salud de sus trabajadores más allá de las exigencias legales en un ámbito específicamente asistencial.

Y sin ser ello decisivo a los efectos del presente procedimiento, entiendo además que se acredita en el procedimiento que los médicos, enfermeros y fisioterapeutas demandantes, realizan actividades asistenciales y preparatorias diferenciadas de la de los médicos titulares de Volkswagen.

QUINTO: Es obvio que es necesaria una coordinación de los servicios médicos en Volkswagen.

La medicina es una, porque la salud es una. Y la distinción entre medicina asistencial y de trabajo o prevención tiene límites difuminados, es obvio que todos los médicos realizan labores análogas. Y siendo una medicina de empresa el lugar de trabajo es la fábrica misma y los medios de trabajo son compartidos; pero ello no empece, a mi juicio, que Previnter tenga una actividad empresarial propia y diferenciada de la de Volkswagen.

Los doctores enfermeros y fisioterapeutas demandantes, no dependen de la actividad empresarial de Volkswagen, sino ofrecen servicios médicos externalizados en dependencia con Previnter, coordinados por los médicos de empresa de Volkswagen. Y el Sr. Gaspar , no forma parte de la jerarquía de la actividad empresarial de la empresa, sino que presta una función médica diferenciada de la propia actividad empresarial de fabricar coches, no como organizador y director del trabajo de los actores, ajeno a fabricar coches, sino por exigencias de coordinación de la actividad médica y asistencial prestada en Volkswagen, y por razón de su presumible mayor idoneidad al ostentar la titulación requerida de medicina del trabajo, y haber edificado su experiencia sobre su titulación y responsabilidad. Y ello sin duda puede incluir la exigencia de un requerimiento expreso y una notificación circunstanciada y autorización en la organización del trabajo del personal de Previnter.



El Dr. Juan testimonia de modo convincente la diferenciación de funciones, y la mayor responsabilidad de los médicos titulares de Volkswagen que tienen una disponibilidad de 24 horas, lo que también testimonia la DUE Sra. Josefina . Se establece en la propia contrata con Previnter la necesidad de que la empresa adjudicataria asigne un coordinador del servicio que represente a la empresa y sea nexo de unión entre una y otra. Hay una dirección médica indudable del señor Gaspar , pero ello no significa que deba establecerse relación laboral entre Volkswagen y los profesionales de Previnter.

SEXTO: A mi entender la sentencia mayoritaria de la Sala impone una carga desproporcionada a Volkswagen contraria a la libre competencia y a la libertad empresarial.

Yo creo que no se le pueden imponer unos servicios médicos de Previnter como parte de su estructura empresarial, cuando ni son obligatorios ni forman parte de su actividad propia, y Volkswagen tiene que poder obtener los servicios médicos que entiende requiere su actividad, cuando excedan de las exigencias legales, con contratas externas, y debe poder facturarlos mediante un precio por hora de trabajo, como se establece en las sucesivas contratas, porque entiendo ello es un presupuesto ineludible a su propia competitividad.

Por todo lo que antecede estimo

LA SALA DEBIO FALLAR

Que procede desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación de DON Constantino y SIETE MAS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra, en el Procedimiento nº 743/2015 seguido a instancia de dichos recurrentes, contra VOLKSWAEN NAVARRA, S.A. y PREVINTER 1889, S.L. y en su virtud procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

Así lo justifica y firma el Ilmo. Sr. Magistrado disidente de la opinión de la Sala.