



Roj: **STSJ CV 10/2017 - ECLI: ES:TSJCV:2017:10**

Id Cendoj: **46250340012017100008**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2017**

Nº de Recurso: **3222/2016**

Nº de Resolución: **25/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ISABEL MORENO DE VIANA-CARDENAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 Rec. C/ Sent. núm. 3222/2016

Recursos de Suplicación - 003222/2016

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. ISABEL MORENO DE VIANA CÁRDENAS

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. MARÍA MERCEDES BORONAT TORMO

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. M^a CARMEN LÓPEZ CARBONELL

En València, a diez de enero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 0025/2017

En el Recursos de Suplicación - 003222/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 29-02-16, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 DE ELX , en los autos 000910/2014, seguidos sobre despido, a instancia de Cirilo , asistido por el Letrado D. Bruno Medina García y representado por la Procuradora D^a Alicia Ramirez Gómez contra CONSULTING INGENIERIA ICA S.L., asistida por el Letrado D. Fernando Aranda Gil, UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE, asistida por el Letrado D. Pedro Pablo Ortuño Carpena y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en los que es recurrente UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ISABEL MORENO DE VIANA CÁRDENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por D. Cirilo , contra la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ, debo declarar y declaro improcedente el cese efectuado con efectos desde el 15-9-2014, condenando a la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ a estar y pasar por la declaración de improcedencia, condenándola a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo o abonarle una indemnización de 12.592,89 €. Se advierte a la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ que caso de optar por la readmisión la condena abarcará, además, el abono de los salarios dejados de percibir, a razón 59,48 € diarios, condena que abarcará desde el 16-9-2014 *hasta el día de la notificación de la presente sentencia , ambos inclusive* . Se advierte a la condenada que se entenderá que se efectúa la opción en favor de la readmisión, salvo que efectúe opción expresa a favor de la indemnización, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social, en plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma. Las consecuencias económicas derivadas del despido, abono de la indemnización o salarios de tramitación, según opción, las mismas deben recaer también, y en todo caso, y de forma solidaria con la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ sobre CONSULTING INGENIERIA ICA SL, a quien condeno solidariamente al pago de las cantidades que pudieran derivarse de los referidos conceptos. Se absuelve al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de sus futuras responsabilidades legales".



SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales del demandante y sobre los hechos relativos a la alegada cesión ilegal: I-. D. Cirilo , prestó servicios en Avenida Universidad s/n. Edificio Rectorado, habiéndose articulado la relación laboral mediante dos contratos de duración determinada suscritos con CONSULTING INGENIERIA ICA SL en las siguientes condiciones:- Contrato eventual por circunstancias de la producción en el que para justificar la contratación temporal se señalaba "realización de trabajo oficina técnica, aun tratándose de la actividad normal de la empresa". Dicho contrato se extendió entre el 12-5-2009 hasta el 11-5-2010. - Contrato para obra o servicio determinado en el que para justificar la contratación temporal se señalaba "Para la asistencia técnica del control y supervisión de los servicios de infraestructuras y concesiones administrativas en los campus de Elche, Altea, Orihuela y Sant Joan DAlacant de la Universidad Miguel Hernández de Elche". Dicho contrato se extendió entre el 12-5-2010 hasta el 15-9-2014. II-. La categoría profesional del actor era la de ingeniero técnico industrial y su salario diario, incluida prorrata de pagas extras, de 59,48 €. III-. Durante todo el tiempo de prestación de servicios el actor ha prestado servicios en el mismo lugar, desarrollando la misma actividad, estando sometido a las instrucciones directas de los jefes de servicio y departamento de la UMH, siendo estos los que controlaban el trabajo del actor. Tanto los inmuebles, como ordenadores y el resto de material de oficina de la citada universidad eran utilizados por el actor, que compartía con los citados PAS de la UMH. El actor disponía de correo corporativo y tarjetas de acceso a la UMH y acceso interno a la aplicación de gestión de incidencias de la UHM. Toda la actividad del actor era directamente controlada por el personal PAS de la UMH. EL calendario laboral del actor estaba ajustado al calendario laboral del personal PAS de la UHM. EL actor ha recibido formación por parte de la UMH en materias tales como gestión de contratos y coordinación empresariales de la UMH, prevención de riesgos laborales para actuación en caso de emergencia. IV-. En fecha 27-5-2009 la UMH y CONSULTING INGENIERIA ICA SL suscribieron contrato para la ejecución del "Servicio para la realización del control y supervisión de los servicios de infraestructuras y concesiones administrativas en los campus de Elche, Altea, Orihuela y Sant Joan dAlacant de la Universidad Miguel Hernández de Elche., cuyo contenido consta como documentos nº 10 a 12 del ramo de prueba de CONSULTING INGENIERIA ICA SL y que, por razones de brevedad, se tiene aquí por reproducido. Dicho contrato tenía una duración inicial de 1 año, prorrogable por otro año, fijándose como fecha de inicio el 1-6-2009. V.- En fecha 28-1-2010 se produjo una ampliación del contenido del contrato, añadiéndose unos trabajos complementarios que se recogen en el documento nº 13 del ramo de prueba de CONSULTING INGENIERIA ICA SL y que, por razones de brevedad, se tiene aquí por reproducido. VI-. El contrato inicial fue objeto de sucesivas modificaciones y ampliaciones, habiéndose prolongado la ejecución del contrato hasta 14-9-2014, siendo adjudicado a la empresa VALNU SERVICIOS DE INGENIERIA SL en fecha 15-9-2014. SEGUNDO. Sobre los hechos relativos al cese: I-. Mediante comunicación escrita fechada el día 31-7-2014, CONSULTING INGENIERIA ICA SL notificó al actor su cese, con efectos desde el 15-9-2014, siendo la causa alegada la finalización del contrato temporal por no continuación del servicio al haber sido adjudicado a una nueva empresa. TERCERO. Formalidades del procedimiento y proceso: I-. Se interpuso papeleta de conciliación frente a CONSULTING INGENIERIA ICA SL y UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ en fecha 8-10-2014, celebrándose el acto 24-10-2014, que terminó sin avenencia, habiendo comparecido al mismo tanto CONSULTING INGENIERIA ICA SL, como la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ. El demandante interpuso demanda por despido el 27-10-2014 que tuvo entrada en este juzgado el 29-10-2014".

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE, habiéndose impugnado por la actora y la demandada Consulting Ingeniería Ica, S.L.. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la Universidad Miguel Hernández de Elche, la sentencia que estimando la demanda ha declarado despido improcedente el cese impugnado de 15-9-2014, condenando a la recurrente con las consecuencias que del mismo se derivan y a ejercitar la opción por considerar que existe cesión ilegal y haber solicitado el demandante quedarse en la Universidad, y condenando solidariamente a la también demandada Consulting Ingeniería ICA SL.

El recurso, que se impugna por el trabajador demandante y por la empresa Consulting Ingeniería ICA SL, se estructura en dos motivos.

Antes de nada conviene precisar que cuestión idéntica con otro trabajador ha sido resuelta por la Sala en la sentencia nº 2726/2016 de 13 de diciembre, dictada en el recurso de suplicación 2508/2016, por lo que aunque no consta su firmeza, razones de coherencia e igualdad en la aplicación de la ley (art. 24 de la Constitución Española) imponen seguir el criterio que allí mantuvimos, contrario a la tesis del recurrente, al darse además



la circunstancia que la sentencia recurrida se dicta por el mismo Juez y el recurso interpuesto es idéntico al que allí resolvimos.

En consecuencia basta con reproducir la decisión que ya ha adoptado la Sala desestimatoria del recurso que aquí reproducimos. Y en cuanto al primer motivo formulado para la modificación del relato probado, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, se pretende la adición de un nuevo apartado el VII al hecho probado primero con el texto siguiente: "VII.- Que CONSULTING INGENIERIA ICA, S.L., tiene como actividad principal la de la realización de proyectos de ingeniería, constituida en el año 1991, y que en el ejercicio de 2013, anterior a la fecha del despido, presenta los siguientes ratios económicos: patrimonio neto 1.141.565,50 euros, importe neto de la cifra de negocios 763.741,34 euros, reservas a final de ejercicio 1.329.676,54 euros, plantilla fija (promedio anual 11 trabajadores, y plantilla no fija 6,72 trabajadores (promedio anual)", lo que resulta directamente de los documentos en que se basa, por lo que procedería su inclusión en la sentencia, aunque no es trascendente porque la cesión ilegal como ha reconocido la jurisprudencia puede tener lugar por empresario real.

También se interesa la adición al hecho probado primero de un nuevo apartado el VIII con el texto que indica en su escrito de recurso relativo a informes mensuales elaborados por la empresa Consulting de Ingeniería ICA, S.L., que indica quienes asistían a las reuniones, que era personal de ambas contratadas, que la empresa citada realizaba una labor de coordinación y control de las numerosas contratadas con las que cuenta la Universidad Miguel Hernández, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito, por cuanto se trata de acreditar que la empresa Consulting de Ingeniería impartía instrucciones y órdenes a sus trabajadores y en concreto al actor por parte de los responsables de la citada empresa, y de la documental aportada, no se puede desvirtuar lo afirmado por el Juzgador de Instancia, por cuanto se hace una alusión a una extensa prueba sin concretar de que punto concreto se extrae la afirmación que postula, lo que constituye una prueba genérica que no puede servir para los fines pretendidos y por otro lado tampoco se indica en que documentos concretos se contiene que la empresa diera instrucciones u órdenes al actor.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alega, en síntesis, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y todo ello en relación con el artículo 43, apartados 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, y sostiene que se ha producido una incongruencia en el fallo de la sentencia, por cuanto la sentencia condena a la UMH a las consecuencias previstas para cuando se declara la existencia de cesión ilegal del trabajador, cuando esta declaración no se lleva a efecto, por lo que el fallo de la sentencia no puede ser otro que la condena exclusivamente a la mercantil Consulting de Ingeniería ICA, S.L., respecto de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, único pronunciamiento que tiene el fallo de la sentencia respecto de las pretensiones efectuadas por el actor en su escrito de demanda.

No se aprecia la incongruencia denunciada en el fallo de la sentencia de instancia, pues, aunque expresamente no se contenga en tal fallo la declaración de cesión ilegal del actor utilizando expresamente tal expresión, a lo largo de toda la sentencia de instancia se está estableciendo en los hechos declarados probados, y en los fundamentos de derecho, los extremos, argumentos, razonamientos para concluir la existencia de una cesión ilegal, que además se declara expresamente, y en el fallo si bien no se utiliza tal expresión, sí que se establece tal conclusión al dejar establecidas las consecuencias de la misma y su incidencia para cada parte demandada, a tenor del tratamiento y las condenas que señala para cada una de las partes demandadas, y todo ello se produce en función de la acción de despido ejercitada en cuyo contexto se realizan todas las declaraciones y condenas. Por lo que la omisión expresa de la expresión cesión ilegal en el fallo de la sentencia, no hace a la sentencia incongruente, cuando expresamente en la fundamentación jurídica de la sentencia se realiza e implícitamente en el fallo de la resolución que se combate.

TERCERO.- Se denuncia infracción, por aplicación indebida del apartado 2 del art. 43 del E.T., así como de la jurisprudencia relativa a la cesión ilegal de trabajadores aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 11/07/2012. Sostiene, en síntesis la parte recurrente, que existe un contrato de prestación de servicios de consultoría de ingeniería con muy diversas funciones en materia de asesoramiento y consultoría, que se trata de una empresa con una absoluta solvencia empresarial, a la vista de los ratios económicos y patrimonio neto y con una plantilla, estimando que se está en presencia de una contratada auténtica.

Para la adecuada solución de la presente Litis debemos estar a los hechos declarados probados y aunque se tuviera en cuenta el contenido de la adición que se interesa en la primera revisión fáctica sobre la fecha de constitución de la sociedad Consulting Ingeniería ICA, S.L., los ratios económicos, la cifra de negocios, la plantilla en su promedio anual, la actividad principal de realización de proyectos de ingeniería, todo ello no ha desvirtuado lo asentado en los hechos declarados probados de la sentencia impugnada, como luego se detallará, debiendo tenerse en cuenta que aun cuando la mercantil sea una empresa real y se le reconociese en



el pliego de condiciones la facultad de dirección, organización y control del servicio, ello era meramente formal respecto del trabajador demandante, dado que la empresa cedente, la Universidad Miguel Hernández, era la que realmente y en su propias instalaciones organizaba los servicios a través de la asignación de los horarios de apertura y cierre, realizaba los controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias. Y aunque se admitiera que existían reuniones con el objeto de hacer seguimiento, control y coordinación de los trabajos que se estaban llevando a cabo en los diferentes campus de la Universidad, o que la empresa Consulting de Ingeniería ICA, S.L., realizaba un informe mensual sobre las reuniones de los técnicos de las diferentes contratadas, la realidad respecto del caso del actor y que recogen los hechos declarados probados, tanto los debidamente asentados en la premisa histórica, como los impropriamente establecidos en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, ponen de manifiesto la existencia de una cesión ilegal del trabajador demandante, el cual fue contratado por la empresa Consulting Ingeniería ICA, S.L., para atender circunstancias del mercado gestionado trabajos de ingeniería, que eran actividad normal de la empresa y que en esa situación se mantuvo varios años, desde el 16-8-2011 a 15-9-2014, prestando durante todo el tiempo del contrato servicios en el mismo lugar, desarrollando al misma actividad, estando sometido a las instrucciones directas de los jefes de servicio y departamento de la Universidad Miguel Hernández, siendo estos los que controlaban el trabajo del actor. Tanto los inmuebles, como los ordenadores y el resto de material de oficina de la citada Universidad eran utilizados por el actor, que compartía con los citados PAS de la UMH. También el actor disponía de correo corporativo y tarjetas de acceso a la UMH y acceso interno a la aplicación de gestión de incidencias de la UMH. Siendo toda la actividad del actor directamente controlada por el personal PAS de la UMH. El calendario laboral del demandante estaba ajustado al calendario laboral del personal PAS de la UMH. Habiendo recibido el demandante formación por parte de la UMH en materias tales como gestión de contratadas y coordinación empresariales de la UMH, prevención de riesgos laborales para actuación en caso de emergencia. Prácticamente no había presencia en las dependencias de la UMH donde se prestaban los servicios de dirigente o responsable alguno de la empresa Consulting Ingeniería ICA, S.L., que no tenía intervención directa en la resolución de las incidencias diarias.

De todo lo cual se sigue que la empresa Consulting Ingeniería ICA SL no puso en juego su organización empresarial, siendo dirigido el trabajo del demandante por los responsables de la empresa UMH que le impartían ordenes e instrucciones, debe concluirse que la empresa principal ejercía las funciones directivas y por ello existía un fenómeno interpositorio que permite constatar la cesión ilegal del actor. Y siendo este el objeto de las alegaciones del recurso de suplicación formulado, debe desestimarse el mismo y confirmarse la sentencia impugnada al no haberse infringido los artículos citados.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Elche, de fecha 29 de febrero de 2016 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

La parte recurrente abonará como costas los honorarios de letrado o de graduado social colegiado de cada parte impugnante del recurso en la cantidad de 250 euros para cada una.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta **4545 0000 35 3222 16**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- En València, a diez de enero de dos mil diecisiete.

En el día señalado ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.