



Roj: **STSJ GAL 1113/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1113**

Id Cendoj: **15030340012017100765**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **4682/2016**

Nº de Resolución: **986/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO // MDM

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15036 44 4 2015 0001313

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004682 /2016

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000634/2015 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de FERROL

RECURRENTE/S: David

ABOGADO/A: FRANCISCO A. LORENTE BLANCO

RECURRIDO/S: GAMESA WIND, GAMESA CORPORACION TECNOLOGICA SA

ABOGADO/A: JORGE GOROSTEGUI ARRIERO

PROCURADOR: ALEJANDRO REYES PAZ

RECURRIDO/S: MAISVENTO SL

ABOGADO/A: MARCELINO MARTINEZ VAZQUEZ

PROCURADOR/A: JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ

RECURRIDO/S: ADWEN OFFSHORE SL

ABOGADO/A: JOSÉ LÓPEZ COIRA

RECURRIDO/S: ADWEN GMBH

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS

ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a ocho de febrero de dos mil diecisiete.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 0004682/2016, formalizado por el letrado D. Francisco Lorente Blanco, en nombre y representación de D. David , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de FERROL en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000634/2015, seguidos a instancia de D. David frente a MAISVENTO SL, ADWEN OFFSHORE SL, GAMESA WIND, GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA, y ADWEN GMBH, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. David presentó demanda contra MAISVENTO SL, ADWEN OFFSHORE SL, GAMESA WIND, GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA, y ADWEN GMBH, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D. David firmó contrato con la empresa Maisvento S.L., documentado con fecha de 21/04/2015 en As Pontes de García Rodríguez (A Coruña) como en la modalidad de para obra o servicio determinado, y referencia en su clausulado adicional a ser obra "que la empresa tiene contratada con Gamesa Wind GMBH, la cual consiste en la puesta en Marcha y Mantenimiento de Aerogeneradores en Parques eólicos OffShore situados en el Mar del Norte (Alemania)".- SEGUNDO.- El contrato tuvo efectos en el periodo de 21/04/2015 a 31/10/2015 fecha ésta última de cese comunicado por fin de contrato. D. David había permanecido en situación de incapacidad temporal en el periodo de 08/07/2015 a 30/09/2015. La empresa Maisvento S.L., le comunicó que desde el 01/10/2015 al 31/10/2015 quedaba en periodo de vacaciones con inclusión de días en compensación de domingos y festivos, fijación unilateral de vacaciones frente a la que interpuso demanda contra la empresa Maisvento S.L., instando su fijación en febrero de 2016, o subsidiariamente en lo que restaba de 2015 en periodo alternativo posterior al 01/11/2015, demanda que fue desestimada por Sentencia de fecha 23/10/2015. Ya sobre agosto de 2013 desde Gamesa, -ha de suponerse Gamesa Eólica S.L.U.- se había comunicado a la empresa Maisvento S.L., que no querían que el demandante prestara servicios en la contrata.- TERCERO.- La mercantil domiciliada en Alemania Gamesa Wind GMBH, que opera parques eólicos en Alemania, había contratado a Maisvento S.L., a través de la mercantil, con domicilio en España, Gamesa Eólica S.L.U., de la que es filial, la realización de un servicio denominado de puesta en marcha Offshore, de un mantenimiento inicial previo a la puesta en marcha de las instalaciones, de 500 horas en maquinaria, servicio facturado y que se dio por finalizado en función de dos grupos de trabajo a finales de octubre 2015 el primero y a comienzos de noviembre de 2015 el segundo. Durante la duración de este mantenimiento Maisvento S.L., mantenía comunicación por correo electrónico con los operarios allí desplazados, y en cada turno de trabajo llegó a tener un administrativo en el parque eólico marino.- CUARTO.- El demandante contratado como electromecánico fue uno de trabajadores contratados por Maisvento S.L., en relación a esta puesta en marcha Offshore, de mantenimiento de 500 horas, que desplazó a Alemania. Estos trabajos de mantenimiento inicial de 500 horas se realizaron en el referido parque eólico marino al que los trabajadores eran llevados desde tierra en Alemania. Para la realización concreta de estos trabajos no era necesaria la impartición previa de órdenes concretas e instrucciones específicas de trabajo, se trata de un mantenimiento en su realización especializado pero rutinario que el operario por su formación sabe realizar, pero sí que para realizar los trabajos diariamente por personal de Adwen se indicaba la tarea que tocaba realizar y se explicaba el funcionamiento de las máquinas sobre las que se tenía que hacer el mantenimiento y se hacían con ellos reuniones sobre seguridad, siendo necesario también estar en posesión de un certificado formativo para realizar cada trabajo. La empresa Maisvento S.L., aporta en su ramo de prueba certificados que fueron emitidos por empresa externa por la realización en Alemania por el demandante de cursos específicos GWO en fechas de 22/04/2015 a 27/04/2015, en relación al clausulado adicional del contrato de trabajo



- clausula tercera- por el que la empresa Maisvento S.L., se comprometía a formar al trabajador a cuenta y cargo de la empresa en curso de especialización GWO. Además de los partes de trabajo documentados en alemán por Adwen en los que en el apartado "Personal-Nr-: figuraba la mención "Mais Vento", y que no eran confeccionados por trabajadores de Maisvento S.L., los operarios de mantenimiento contratados por Maisvento S.L., tenían que remitir a España a esta empresa un parte interno para ésta donde con membrete de ésta y referencia a Cliente Gamesa figuraban por fechas y horarios trabajos realizados, cursos, viajes, y cada trabajador para ello manda a la empresa este parte interno por vía de e-mail; en tal sentido obra en el ramo de prueba de la empresa Maisvento S.L., correo electrónico remitido por el demandante el 06/06/2015 a la empresa Maisvento S.L., adjuntando partes específicos de formación así como partes de trabajo del mes de mayo con referencia a trabajo, máquina y horarios realizados, - incluyendo también 2 días de abril de embarque y viaje al parque-, afirmando la correspondencia con lo efectivamente realizado. Las herramientas utilizadas para realizar el mantenimiento, como las hidráulicas, la ropa de trabajo, equipos de protección, salvavidas,..., eran de Adwen. Hubo ocasiones puntuales en las que por la envergadura de la tarea concreta de mantenimiento de la máquina que se estaba realizando no era suficiente con el personal de Maisvento, y se asignaba de forma ajena a Maisvento para la tarea insuficiente a otro trabajador distinto de Maisvento S.L.- QUINTO.- El demandante sufrió un accidente de trabajo el 29/09/2013 en un parque eólico de cuyo mantenimiento se encarga Gamesa Corporación Tecnológica S.A., como contratista principal, accidente en relación al cual se inició la tramitación el 01/07/2015 por el INSS de expediente de recargo de prestaciones a instancia de la inspección de trabajo que había levantado acta de infracción en relación al accidente con extensión de responsabilidad solidaria a Gamesa Corporación Tecnológica S.A. El demandante había también formulado una denuncia ante la Inspección de trabajo el 04/11/2013 frente a la empresa que era su empleadora en el momento de dicho accidente en relación a sus condiciones laborales.- SEXTO.- La mercantil Adwen Offshore S.L., filial española de la mercantil con domicilio en Alemania Adwen GmbH, está participada por la mercantil Gamesa Corporación Tecnológica S.A., también domiciliada en España.- SÉPTIMO.- Los salarios reconocidos como devengados en nóminas emitidas al demandante por Maisvento S.L., lo fueron por los conceptos con importes fijos de 1242,78 euros de salario base, 225,38 euros de parte proporcional de pagas extraordinarias, y 4,38 euros de puntualidad asistencia por cada día de trabajo efectivo, y por los conceptos con importes variables de 66,67 euros de mejora voluntaria y de 333,33 euros de "P.NoConcurren./Perm" en el periodo de liquidación del 21/04 al 31/04/2015; 2010 euros de complemento de puesto de trabajo en el periodo liquidación del 01/05 al 31/05/2015; 1750 euros de complemento de puesto de trabajo en el periodo liquidación del 01/06 al 30/06/2015; 90 euros de complemento de puesto de trabajo en periodo de liquidación del 01/07 hasta la baja de incapacidad temporal el 08/07/2015; y de 109,22 euros de plus de nocturnidad reflejados como devengo en la nómina de octubre 2015.- OCTAVO.- El 24/09/2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, en virtud de papeleta presentada el 01/09/2015, con el resultado de sin avenencia respecto de Maisvento S.L., y de intentado sin efecto respecto del resto de las demandadas."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, resolviendo en el sentido del fundamento de derecho único en relación a la demanda interpuesta por D. David contra MAISVENTO S.L., ADWEN OFFSHORE S.L, ADWEN GMBH, GAMESA WIND GMBH, GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA S.A., y desestimando la demanda, debo absolver y absuelvo a los demandados."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. David formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las empresas demandadas MAISVENTO SL, ADWEN OFFSHORE SL, GAMESA WIND y GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 8 de noviembre de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de febrero de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora D. David presenta en su día demanda para reconocimiento de derecho y declaración de adquisición de la condición de fijo por cesión ilegal contra las empresas MAISVENTO SL, GAMESA WIND GMBH, GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA, ADWEN OFFSHORE SL y ADWEN GMBH, en la que tras hacer las alegaciones de hecho y de derecho que tiene por oportunas, termina solicitando que se dicte sentencia por la que "se reconozca la existencia de cesión ilícita de trabajadores y el derecho de este demandante a incorporarse como trabajador fijo de la plantilla de ADWEN OFFSHORE S.L y subsidiariamente, y para el caso de imposibilidad absoluta de reincorporación en la empresa seleccionada, en: 2º Adwn GMB,



3º. Gamesa Corporación Tecnológica SA, 4º. Gamesa Wind GMB, 5º Maisvento SL, con efectos a partir del 21/04/15, así como declare la responsabilidad solidaria de todas ellas con él y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan, ordenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración".

La sentencia de instancia desestima la demanda al entender que no existe cesión ilegal de trabajadores, ni tampoco grupo de empresas a efectos laborales.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que, previa estimación del mismo, se dicte sentencia por la que estimándolo íntegramente, se revoque la que es objeto de recurso.

El recurso ha sido impugnado por las empresas demandadas. Con respecto a los escritos de impugnación todos se centran en ir discrepando y oponiéndose a los motivos del recurso formulado excepto la empresa GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA que además de hacer esto plantea un motivo de impugnación preliminar que dice plantear "en relación con la falta de legitimación pasiva de Gamesa Corporación en el presente procedimiento judicial y que debe conllevar su absolución respecto a las pretensiones del recurrente". Efectivamente tal cuestión (falta de legitimación pasiva) entra dentro de las de posible alegación por la vía del art. 197.1 de la LRJS ; sin embargo en el presente caso no es posible entrar en el análisis de la misma ya que para ello habría sido necesario que la recurrente formulase correctamente tal alegación, ya que el art. 197.1 de la LRJS exige que la misma se realice con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior, esto es, el art. 196 LRJS , lo que supone que la parte impugnante debería haber indicado las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que podrían verse infringidas de no estimarse la alegación de falta de legitimación pasiva.

SEGUNDO .- Entrando en el examen del recurso presentado por la parte actora, la misma dedica sus cuatro primeros motivos de recurso a pretender, por la vía del apartado b) del art. 193 LRJS , varias modificaciones fácticas.

Para resolver tales cuestiones hemos de partir de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser - SSTC 18/1993 (RTC 1993\18) , 294/1993 (RTC 1993\294) y 93/1997 (RTC 1997\93)- de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso y tratar de establecer una verdad procesal que se aproxime en los más posible a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC , así como el art. 97.2 LRJS . Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

a) Que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) Que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00 , 14/04/00 R. 1077/00 , 15/04/00 R. 1015/97 entre otras);



c) Que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 LRJS, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél;

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada -vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia;

e) Que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) Que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) Que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Partiendo de tales premisas daremos respuesta a cada una de las revisiones solicitadas.

En cuanto al **hecho probado segundo** solicita que se modifique el último párrafo del mismo y que la referencia temporal que contiene de agosto de 2013 se entienda realizada a agosto de 2015 quedando redactado con el siguiente contenido: "Ya sobre agosto de 2013 desde Gamesa -ha de suponerse Gamesa Eólica SLU- se había comunicado a la empresa Maisvento SL que no querían que el demandante prestara servicios en la contrata".

Apoya la rectificación en el contrato de trabajo del actor (documento 1.2 del ramo de prueba de Maisvento SL) y en el informe de vida laboral (folio 93 a 102) de los que resultan que el actor prestó servicios para Maisvento SL en el año 2015 y no en el 2013.

La modificación, en cuanto a la corrección del año, se admite ya que los documentos en los que se apoya evidencian que en el año 2013 el actor no prestaba servicios para Maisvento SL, sin que proceda entrar a pronunciarse en este momento, en el que nos centramos en las revisiones fácticas, sobre los argumentos que realiza a continuación la recurrente en este motivo en el sentido de indicar que existe una secuencia cronológica entre la llamada de Gamesa a Maisvento SL indicándole que despidiera al trabajador y el fin del contrato de este último, máxime si además tenemos en consideración que una grabación de una llamada telefónica no constituye prueba documental y no tiene efectos revisorios.

En cuanto al **hecho probado tercero** solicita que se modifique la parte de la redacción judicial relativa a los administrativos (y en cada turno de trabajo llegó a tener un administrativo en el parque eólico marino) por la siguiente: "Los días 25 de mayo y 8 de junio de 2015 se contrataron a dos administrativos con la finalidad de desplazarlos al parque eólico".

Apoya la redacción en el documento nº 6 de la demandada Maisvento SL.

La modificación no se admite ya que la prueba documental en la que se apoya el recurrente no evidencia el error del Juez a quo. Y así en la redacción judicial en ningún momento de indica que cuando el actor llegó a Alemania (fecha que por cierto tampoco consta de forma expresa sin que se hubiera solicitado modificación) ya había un administrativo en el parque eólico sino que señala que llegó a haberlos en cada turno, y en todo caso lo que queda claro, tanto de la redacción judicial como de los propios documentos en los que se apoya la recurrente, es que a la fecha de la presentación de la conciliación ante el SMAC y la posterior demanda, (fecha a la que necesariamente ha de estarse como recuerda la sentencia de instancia en su punto nº 1 para desestimar la excepción de falta de acción) ya había administrativos de Maisvento SL en el parque eólico, y para cada turno de trabajo. Por otro lado la sentencia de instancia no centra su rechazo a la pretensión de la cesión ilegal en la presencia de dichos administrativos sino que los utiliza como un elemento más de valoración discrepando la recurrente de ello con el argumento de que la contratación de tales administrativos se produce, respectivamente, un mes y un mes y medio después de que el actor ya estuviese desplazado en Alemania por lo que no era posible ese control de la actividad por parte de Maisvento SL. Pero si le damos la vuelta al argumento de la actora necesariamente hemos de privarla de razón ya que si el control de Maisvento SL, a su juicio, solo se ejercía por medio de tales administrativos, lo que está claro es que a la fecha de la presentación de la demanda tales administrativos ya estaban allí, por lo que existía tal control de los trabajadores por parte de Maisvento SL.

En cuanto al **hecho probado cuarto** solicita la modificación de su quinto párrafo y quede redactado con el siguiente contenido: "Además de los partes de trabajo documentados en alemán por Adwen en los que en



el apartado "Personal Nr": en una ocasiones figuraba la mención "Maisvento" y en otras "Gamesa" y que no eran confeccionados por trabajadores de Maisvento SL los operarios de mantenimiento contratados por trabajadores de Maisvento SL tenían que remitir a España a esta empresa un parte interno para ésta donde con membretes de esta y con referencia a Clientes Gamesa figuraban por fechas y horarios, trabajos realizados, cursos, viajes, y cada trabajador para ello manda a la empresa este parte interno por vía de e-mail; en tal sentido obra en el ramo de la prueba de la empresa Maisvento SL correo electrónico remitido por el demandante el 06/06/2015 a la empresa Maisvento SL adjuntando partes específicos de formación así como partes de trabajo del mes de mayo con referencia a trabajo, máquina y horarios realizados, -incluyendo también 2 días de abril de embarque y viaje al parque- afirmado la correspondencia con lo efectivamente realizado.

Apoya la redacción en los partes de trabajo realizados por la empresa Adwen, documentos 10.1, 10.2 y 10.3.

La modificación no se admite porque además de ser excesivamente genérica, se apoya en los mismos documentos en los que se sustenta el Juzgador a quo para establecer su convicción, y ante tal circunstancia necesariamente ha de primar la interpretación judicial, que se presume objetiva e imparcial, frente a la subjetiva y parcial de la parte. Por otro lado quien realiza tales anotaciones es la empresa Adwen, que es con respecto a la cual se solicita en primer lugar la declaración de cesión ilegal de dichos trabajadores, y no lo hace para hacer constar tales trabajadores como propios sino de Maisvento, que es quien los tiene contratados y en ocasiones dice que de Gamesa, que sería la tercera empresa con respecto a la cual se solicita la cesión ilegal y que además procedió a subcontratar a la empresa Maisvento. Por otro lado desconocemos en base a que datos se procedía a identificar a los trabajadores como de Adwen, de Maisvento o de Gamesa máxime si tenemos en cuenta que en el propio hecho probado cuarto se hace constar que los equipos de protección, ropa de trabajo y salvavidas era de Adwen por lo que en principio la apariencia externa de los trabajadores podría ser la misma o similar con independencia de la empresa empleadora. Por ello entendemos que lo relevante en este caso son los partes internos que los trabajadores de Maisvento SL tenían que remitir a España, obrando en los autos correo electrónico remitido por el demandante el 6 de junio de 2015, a la empresa Maisvento SL adjuntando partes específicos de formación, parte de trabajo del mes de mayo con referencia trabajo, máquina, y horarios realizados -incluyendo también dos días de abril de embarque y viaje al parque- y en el que afirma que lo remitido se corresponde con lo realmente realizado.

Finalmente solicita la adición de un nuevo **hecho probado**, que sería el **noveno**, con el siguiente contenido: "Era habitual que al trabajador en el parque eólico se le identificara como trabajador de Gamesa o Adwen, en lugar de Maisvento, figurando así en los cuadros de organización del trabajo del equipo, los cuadros de organización general, barco, la tarjeta de identificación del barco, su certificado médico, y en algunos pates de trabajo firmados por sus responsables.

Apoya la adición en los documentos 8.1, 8.4, 8.5, 9.2, 10.1 y 10.2 del ramo de prueba de la demandante.

Los mismos motivos -prioridad de la interpretación judicial y excesiva generalidad del texto propuesto- que se han esgrimido para rechazar la modificación del hecho probado cuarto han de ser reiterados para rechazar la adición propuesta en este punto.

TERCERO .- A continuación la recurrente, por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS, formula la vulneración de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que concurren los requisitos para entender que nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores ya que Maisvento figura como una simple empleadora que una vez que desplaza al actor a Alemania desaparece como empleadora del actor ejerciendo las funciones directivas y disciplinarias sobre éste Gamesa y Adwen.

La cesión ilegal de trabajadores viene recogida en el art. 43 del ET, precepto que define y regula las consecuencias, tanto para los trabajadores -derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección en la empresa cedente o cesionaria, con los mismos derechos que le corresponda en condiciones ordinarias a un trabajador que en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal- y de los empresarios, cedente y cesionario que realicen una cesión ilegal, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

La jurisprudencia ha venido concibiendo la cesión ilegal contemplada en el art. 43 ET antedicho como un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, entendida esta como un fenómeno complejo en virtud del cual un empresario formal sustituye en el contrato de trabajo al verdadero empresario real, siendo este último quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección.

Y como tal fenómeno interpositivo, implica, tal como ha señalado la doctrina científica y de lo que se ha hecho eco la jurisprudencia (sentencias del TS de 14 de marzo de 2006, 14 de septiembre de 2001, entre otras), varios negocios jurídicos coordinados: 1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal-



para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Recuerdan las sentencias señaladas que la finalidad " *que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000 , que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios*".

Y es en este supuesto (empresas dotadas de patrimonio y estructura propia) cuando se dan las mayores dificultades para delimitar la figura de la cesión ilegal frente a otra figura totalmente lícita cual es la de las contrataciones de obras y servicios reguladas en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores , existiendo jurisprudencia abundante tanto para negar como para afirmar la existencia de cesión ilegal. La referida jurisprudencia parte de la premisa de 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 contrataciones 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 se ha acudido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988 [RJ 1988\1863]); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 [RJ 1988\6877], 16 de febrero de 1989 [RJ 1989\874], 17 de enero de 1991 [RJ 1991\58] y 19 de enero de 1994 [RJ 1994\352]) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...) .La lectura de las sentencias indicadas y de las que reiteran la doctrina por estas sentada, permite concluir que el Tribunal Supremo ha establecido como elemento clave de la identificación -que deberá ser normalmente complementado por otros, tales como los relativos a la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia estructura productiva)- la actuación empresarial en el marco de la contrata, ya que la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas.

En definitiva, entre todos estos criterios aplicables el acento delimitador ha de ponerse en el ejercicio de los poderes empresariales, -actuando los otros criterios enunciados como complementarios o integradores del principal- siendo por lo tanto lo decisivo cuál de las empresas ejercita, respecto del trabajador, el poder de empresario, para lo que habrá de examinarse la relación atendiendo a las notas esenciales de la relación laboral, cuales son la ajenidad y dependencia, y así la jurisprudencia establece que aunque se haya acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria (STS de 19 de enero de 1994 o 12 de diciembre de 1997).

Partiendo de tales premisas no puede calificarse de errónea las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia y así:

1) Atendiendo, en primer lugar, al ejercicio de los poderes empresariales, la regla general de la que se debe partir aquí para la correcta resolución del litigio es que cuando el empresario contratista ejerza un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, esto es, cuando la empresa contratista lleve a cabo la actividad empresarial manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección, existirá un negocio jurídico plenamente lícito. Sin embargo, aquí esta Sala de lo Social ha distinguido, en algún caso (así Sentencia



de esta Sala de 19 de junio de 2006, recurso de suplicación 2329/06), entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). En relación a esta última que es la que se refiere a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales) no determina por sí sola la presencia de cesión ilegal, sino que habrá de atenderse a la gestión empresarial mediata, en donde se enmarca, como tal el poder disciplinario del empresario, u otros determinantes como la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc. Pues bien, la recurrente incide en esa gestión inmediata o diaria de la actividad, señalando que las órdenes del día a día, realización de horarios y turnos las realizaba personal de Adwen, pero tales circunstancias, además de no constar recogidas con tal amplitud en el relato de hechos probados, no podría sustentar una cesión ilegal máxime si tenemos en cuenta que en el hecho probado cuarto se señala que si se le indicaba por el personal de Adwen que tareas debía realizar cada día y se le explicaba cómo funcionaba cada máquina sobre las que hacer el mantenimiento; tras esto, para la realización concreta de estos trabajos no era necesaria la impartición previa de órdenes concretas e instrucciones específicas de trabajo, al tratarse de un mantenimiento que si bien requería una realización especializada la misma también era rutinaria, y que el operario por su formación sabe realizar. Por otro lado, en lo que se refiere a la gestión mediata, sigue estando en manos de Maisvento ya que es a dicha empresa a quien el actor le remite el parte interno diario dando cuenta de las tareas realizadas, y de quien recibió la oportuna formación para poder afrontar las tareas propias del mantenimiento objeto de su contratación. Finalmente en cuanto al argumento de la recurrente de que no puede basarse dicho control en la presencia en Alemania de los administrativos contratados por Maisvento nos remitimos a lo dicho con anterioridad, en el sentido de que tales administrativos ya estaban allí en el momento en el que se formula la demanda rectora de las presentes actuaciones.

Tampoco podemos admitir la alegación de la recurrente de que el poder disciplinario fue cedido por Maisvento a favor de Gamesa, tal como hemos indicado anteriormente al tratar de la modificación del hecho probado segundo. De hecho a pesar de tal comunicación Maisvento no procedió al despido del actor sino que la relación finalizó por fin de contrato tal como se recoge en el hecho probado segundo.

2) Con relación a los medios utilizados para la prestación de servicios es cierto que tanto las herramientas utilizadas para realizar el mantenimiento, como las hidráulicas, la ropa de trabajo, equipos de protección y salvavidas eran de Adwen. Pero no podemos dejar de lado que nos encontramos ante una actividad muy especializada y que se desarrolla en un lugar también muy especial, un parque eólico marino, siendo totalmente asumibles los argumentos de Adwen en la impugnación del recurso, cuando indica esa prohibición de que las empresas contratistas lleven sus maquinarias, EPIS e indumentaria de trabajo por motivos de seguridad y ante la necesidad de evacuación en caso de accidente o incendio.

3) Por lo que se refiere a la justificación técnica de la contrata y la autonomía de su objeto, el objeto del contrato era la puesta en marcha Offshores de un mantenimiento inicial previo a la puesta en marcha de las instalaciones de 500 horas en maquinaria, actividad de puesta en marcha inicial del parque y por lo tanto específica y autónoma del resto de las actividades que en dichos parques realizan Gamesa Wind y Adwen.

4) En cuanto a las funciones desempeñadas por la parte actora, éstas eran las propias del objeto de la contrata, y sin que se haya probado, como señala el Juez en la fundamentación jurídica, que el demandante llevara a cabo tareas distintas al servicio contratado.

Por lo tanto este motivo tiene que ser desestimado.

CUARTO .- En el último motivo de su recurso, también formulado por la vía del art. 193 c) de la LRJS la recurrente alega, que la sentencia de instancia infringe normas sustantivas y de la jurisprudencia que concreta en los art. 1.1 , 1.2 y 50 del ET y las sentencias que cita.

En cuanto a las normas sustantivas entendemos que la alegación del art. 50 del ET está fuera de lugar ya que en ningún momento se está solicitando la extinción de la relación laboral. En cuanto a la infracción de los otros preceptos y la jurisprudencia citada hemos de partir de la reiterada jurisprudencia existente sobre la figura del grupo de empresas, pudiendo citarse entre las más recientes las STS de 20 de abril de 2015 (rec 354/2014), 24 de febrero de 2015 (rec. 354/2014), 2 de junio de 2014 , 19 de febrero de 2014 (rec 45/2013), o la de 28 de enero de 2014 (rec. 46/2013) que a su vez remiten a lo acordado por dicha Sala en sentencias de 20 de marzo de 2013, rec 81/2012, Sala General , y fundamentalmente la del 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012 sentencias de las que se concluye que, para que concurra el grupo de empresas a efectos laborales,

a).- Que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos



adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».

b).- Que la enumeración de los referidos elementos adicionales «bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores». Aunque en todo caso, «el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma».

c).- Que entrando ya en mayores precisiones sobre los referidos elementos hemos indicado:

«1º) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél;

2º) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios], y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes;

3º) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes;

4º) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia ... alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»;

e) Que con elemento «creación de empresa aparente» -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y 5º) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante».

d).- Que ya en referencia a aspectos más directamente relacionados con el caso debatido, nuestra casuística doctrinal insiste: 1º) no determina la existencia de responsabilidad laboral del grupo la dirección unitaria de varias entidades empresariales, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas; 2º) tampoco la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos; 3º) en igual forma que no determina la consecuencia de que tratamos - consideración de empresa plural a las diversas sociedades del grupo- que una empresa tenga acciones en otra, en tanto que respectivamente se hallan dotadas de personalidad jurídica individual, y ello -excluida la presencia del fraude que llevaría a la conclusión opuesta- aunque esa participación de una de las empresas en la otra llegue a alcanzar porcentajes ciertamente llamativos [como el 99,97% que la correspondía a la empresa dominante en la STS 25/09/13 -rc 3/13 -; o del 100% de la STS 28/01/14 -rc 16/13 -], siempre que -repetimos- no concurre ningún elemento adicional que lleve a mantener la existencia de un grupo de empresas con específica responsabilidad laboral; 4º) lo mismo que si varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, porque ello no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; 5º) en igual forma que la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y 6º) que tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues aunque ello comporta dirección unitaria, no determina sino la propia existencia del grupo de empresas, pero no la responsabilidad solidaria de sus componentes".

Aplicando tal doctrina al caso de autos entendemos que la sentencia de instancia resuelve correctamente esta cuestión ya que no constan datos fácticos para poder afirmar si existe coincidencia total o parcial de domicilios y objetos sociales ya que solo sabemos que Adwen GMBH, y Gamesa Wind GMBH están



domiciliadas en Alemania, y que operan con parque eólicos, pero no tenemos datos concretos sobre estas cuestiones. Tampoco existe unidad de caja ni puede apreciarse que distintas empresas demandadas carezcan de sustrato real y hubieran sido creadas con meros fines defraudatorios. En este punto hemos de recordar que cuando hablamos de ese sustrato real de las empresas estamos hablando de la causa de dicho contrato de sociedad, y las causas en los contratos se presumen siempre existentes y lícitas (art. 1277 CC), debiendo acreditar lo contrario quien alega su inexistencia o ilicitud, norma específica que está en consonancia con norma general de que el fraude nunca se presume y que quien alega el mismo ha de probarlo, sin que baste a tal efecto el dato de que unas sean filiales de otra (Gamesa Wind GMBH con respecto a Gamesa Eólica SLU, y Adwen Offshore SL con respecto a Adwen GMBH), o que unas estén participadas por otra (Adwen Offshore SL está participada por Gamesa Corporación Tecnología SA).

Finalmente al no haberse admitido parte de las modificaciones fácticas pretendidas por el trabajador no podemos hablar de prestaciones indiferenciadas de los trabajadores para unas y otras empresas, o apariencia de unidad empresarial, por lo que igualmente hemos de confirmar la sentencia en este punto.

Por todo lo dicho no podemos concluir que la sentencia de instancia incurra en los reproches jurídicos que contra ella se dirigen, lo que lleva a la desestimación del recurso y a su íntegra confirmación.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por el Letrado Sr. Lorente Blanco, actuando en nombre y representación de D. David contra la sentencia de fecha treinta de junio de dos mil dieciséis, dictada en autos 634/2015, del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol , seguidos a instancia del recurrente, contra las empresas MAISVENTO SL, GAMESA WIND GMBH, GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA SA, ADWEN OFFSHORE SL y ADWEN GMBH, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.