



Roj: **STSJ M 1995/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:1995**

Id Cendoj: **28079340022017100239**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **854/2016**

Nº de Resolución: **238/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0013670

Procedimiento Recurso de Suplicación 854/2016-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid Despidos / Ceses en general 308/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 238/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a uno de marzo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 854/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JON ZABALA OTEGUI en nombre y representación de D./Dña. Martina , contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 308/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Martina frente a CORPORACION DIRECTA DE ASISTENCIA INTEGRAL DE SEGUROS S.A. y LA FE PREVISORA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., y, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

" PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales de los trabajadores:

I. La actora prestó servicios para Health Clinic Consultans, S.L. desde el 17.06.1991 hasta el 31.10.2008, en virtud de un contrato indefinido a tiempo completo con la categoría profesional de jefe superior y salario de 3.752,24 euros, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. Con fecha 30.09.2008, la citada empresa comunicó la extinción del contrato, por causas objetivas, a la trabajadora con efectos del día 31.10.2008, reconociéndole el derecho a percibir una indemnización de 30.018,00 euros e indicándole que, al tratarse de una empresa de menos de 25 trabajadores, tiene derecho a percibir el 40% de la indemnización con cargo al Fondo de Garantía Salarial (folios 55 a 57).

II. En el periodo comprendido entre el 01.11.2008 al 19.11.2008, la actora percibió la prestación de desempleo (folio 41).

III. Con fecha 20.11.2008, la actora suscribió contrato de trabajo indefinido bonificado, a tiempo completo, con Corporación Europea de AIS para prestar servicios como como oficial administrativo de nivel 5, percibiendo un salario de 3.161,26 euros mensuales, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias (folios 59 a 74). La TGSS denegó la bonificación del contrato y la actora impugnó dicha resolución indicando que el contrato debía ser bonificado por haber sido despedida improcedentemente HCC (folios 585 a 587)

IV. Con fecha 18.11.2014, Corporación Directa de Asistencia Integral Seguros, SA, en liquidación, comunica a los ocho trabajadores que componen la plantilla de la empresa, entre los que se incluye la demandante, la revocación administrativa para ejercer como aseguradora, la cesión de oficio de la cartera de clientes y la sucesión empresarial de las cesionarias, La Fe Aseguradora Compañía de Seguros, SA y Asisa, Asistencia sanitaria Interprovincial de Seguros, SAU, y, como consecuencia de ello, la primera asume siete contratos (uno de ellos, el de la demandante) y la segunda el otro, y, dado que La Fe Aseguradora Compañía de Seguros, SA tiene su sede social en Vigo la cesión supone el traslado de los trabajadores a los que se ofrece la posibilidad de extinguir sus contratos o aceptar el traslado con los derechos que, en cada caso, establece el art. 40 ET indicándole que la efectividad está condicionada a la preceptivo autorización del Ministerio de Economía y Competitividad (folios 75 a 77).

V. Mediante escrito de fecha 07.01.2015, La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA comunicó a la actora que a partir del día 12.01.2015 dejará de prestar servicios para Corporación Directa de Asistencia Integral Seguros, SA, y será dada de alta el día 13.01.2015 en La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA, reconociéndole dicha compañía todos los derechos adquiridos y consolidados en la anterior (folio 80). Dicha compañía le abonó el salario del mes de enero (folio 81 bis).

VI. Las demandadas reconocen que la actora estaba encuadrada en el grupo II, nivel 6, y su salario ascendía a 105,38 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluidas (hecho expresamente conforme para todas las partes).

SEGUNDO. Hechos relativos a la sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores:

I. Con fecha 25.11.1998, F. Jiménez Díaz Salud, SA de Seguros y Reaseguros, SAU, suscribió un contrato con Health Clinic Consultans, S.L. a través del cual la primera encarga a la segunda la dirección, comercialización, gestión y coordinación de su actividad general. La duración del contrato es hasta el 31.12.2011, con posibilidad de prórroga por periodos sucesivos de tres años. El contrato y sus posteriores anexos obran a los folios 134 a 140 y su contenido se tiene por íntegramente reproducido. Con efectos del día 31.12.2004, las partes acuerdan la rescisión del contrato (folio 158).

II. Con fecha 01.05.1999, Health Clinic Consultans, S.L. suscribió contrato de arrendamiento con Fundación Conchita Rábago de Jiménez Díaz del local de negocio sito en la C/ Príncipe de Vergara, 9 4º derecha de Madrid, autorizándose la domiciliación de diferentes sociedades participadas directa o indirectamente o gestionadas por HCC; entre ellas, F. Jiménez Díaz Salud, SA de seguros y reaseguros, SAU (folios 168 a 170)



III. Con fecha 21.12.2004, F. Jiménez Díaz Salud, SA de Seguros y Reaseguros, SAU, suscribió un contrato con Health Clinic Consultans, S.L. a través del cual la primera encarga a la segunda la dirección, comercialización, gestión y coordinación de su actividad general. La duración del contrato es desde el 01.01.2005 hasta el 31.03.2015, acordándose la extinción automática al llegar esta última fecha, salvo manifestación en contrario. Cumplido el término del contrato, se siguió prestando el servicio y, con efectos del día 28.02.2008, las partes dieron por terminada, saldada y liquidada toda relación contractual entre ellas. En el acuerdo de resolución del contrato, se prevé que los profesionales, colaboradores y personal que ha intervenido en la realización de las actividades y servicios prestados por HCC a FJD han sido y son exclusiva competencia de HCC quien tiene con carácter exclusivo y a todos los efectos la condición de empleador (folios 162 a 164)

IV. Con fecha 01.06.2014, Health Clinic Consultans, S.L. suscribió contrato de arrendamiento con Fundación Conchita Rábago de Jiménez Díaz del local de negocio sito en la C/ Príncipe de Vergara, 9 4º derecha de Madrid, con una duración de tres años prorrogables, autorizándose a la arrendataria el subarriendo y la domiciliación de diferentes sociedades participadas directa o indirectamente o gestionadas por HCC; entre ellas, F. Jiménez Díaz Salud, SA de seguros y reaseguros, SAU (folios 171 a 175)

V. Mediante contrato de fecha 20.06.2008, Health Clinic Consultans, S.L. cedió su posición arrendaticia en el local comercial sito en C/ Príncipe de Vergara, 9 4º derecha de Madrid a Corporación Europea Asistencia Integral Seguros, SA, celebrando un contrato de traspaso de local de negocio (folios 584 a 596)

VI. Con fecha 19.07.2008, Corporación Europea Asistencia Integral Seguros, SA, antes denominada F. Jiménez Díaz Salud, SA de Seguros y Reaseguros, SAU, e Innovación Médica y Desarrollo, S.L., manifiestan que el domicilio de ambas entidades está ubicado en la C/ Príncipe de Vergara, 9, 4º derecha, que es propiedad de la Fundación Conchita Rábago de Jiménez Díaz que se lo tiene arrendado a D. Jose Ángel , girando los alquileres a nombre de Innovación Médica y Desarrollo, S.L. y que a Corporación Europea Asistencia Integral Seguros, SA, le interesa mantener dicho domicilio social y las oficinas por lo que la corporación se compromete a abonar el alquiler a IMD para que se lo abone a la propiedad; asimismo, la corporación se compromete a abonar a IMD el importe del 10% de las primas emitidas, pactado con anterioridad a la adquisición de la sociedad F. Jiménez Salud, en concepto de mantenimiento y desarrollo de la cartera de salud (folio 176 que se tiene por reproducido).

VII. Con fecha 01.10.2014, el Ministerio de Economía y Competitividad dictó una Orden Ministerial acordado al Consorcio de Compensación de Seguros que promoviese la cesión de oficio de la cartera de seguros de Corporación Directa de Asistencia Integral de Seguros en liquidación (folios 419 y 420). Tras el pertinente concurso, por Orden de 17.12.2014, dicho Ministerio autorizó la cesión de la totalidad de las pólizas de seguros de los ramos de accidentes y decesos vigentes a fecha 30.09.2014, junto con los medios humanos y materiales vinculados a la gestión de dicha cartera a La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA. (folio 428).

VIII. Como consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior, La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA se subrogó en el contrato suscrito por la actora Corporación Directa de Asistencia Integral Seguros, SA y cursa su alta en la seguridad con fecha 13.01.2015, reconociéndole dicha compañía todos los derechos adquiridos y consolidados en la anterior (folios 41 y 80). No obstante, la actora continuó prestando servicios en el centro de trabajo del Consorcio de Compensación de Seguros, sito en el Paseo de la Castellana, 32 de Madrid, a la espera que se le comunicara la fecha de incorporación al centro de trabajo de la adquirente en Vigo (hecho conforme).

TERCERO. Sobre los hechos relativos al cese: Mediante escrito de fecha 05.02.2015, La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA comunica a la demandante la extinción de su contrato por causas objetivas, con efectos de ese mismo día. Le reconoce el derecho a percibir una indemnización de 13.347,54 euros que pone a su disposición mediante la entrega de un cheque (folios 82 a 85, que se tienen por reproducidos).

CUARTO. Liquidación: la actora devengó un total de 2.339,32 euros brutos en concepto de liquidación (salario base, complemento de experiencia, retribución voluntaria, prorrateo de primas, prorrateo de pagas extraordinarias, vacaciones no disfrutadas y compensación de preaviso), con el desglose por partidas que figura al folio 86 de las actuaciones, cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido.

QUINTO. Formalidades del procedimiento y proceso: Se interpuso papeleta de conciliación el día 225.02.2015, celebrándose el acto el 16.03.2015, que terminó: sin avenencia. La demandante interpuso demanda por despido y cantidad el 16.03.2015 que, turnada a este Juzgado, tuvo entrada el 18.03.2015."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "1º) Desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva ad procesum y estimo la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam de CORPORACIÓN DIRECTA DE ASISTENCIA INTEGRAL DE SEGUROS, S.A, a quien absuelvo de las pretensiones frente a ella deducidas en el presente pleito.

2º) Teniendo a la parte actora por desistida de su pretensión relativa a que se declare la nulidad del despido, estimo parcialmente la demanda formulada por D^a. Martina contra LA FE PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS,



S.A, declaro la improcedencia del despido comunicado a la demandante el día 05.02.2015, con efectos de ese día, y condeno a la citada mercantil a estar y pasar por esta declaración y a que, a su opción, readmita a la actora en su anterior puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (día siguiente a su fecha de efectos) hasta la notificación de esta resolución (a la empresa), a razón del salario diario declarado probado y descuento de los periodos en que haya permanecido en situación de incapacidad temporal, maternidad y/o riesgo por embarazo y/o de los salarios que haya percibido en posteriores empleos y/o trabajos por cuenta propia posteriores al despido y/o prestaciones de desempleo que haya percibido para su reintegro al Servicio Público de Empleo, hasta el límite del salario diario declarado probado, o le abone la cantidad de 12.496,91 euros, en concepto de diferencia entre la indemnización por despido percibida (13.347,54 euros) y la correspondiente a un despido improcedente (25.844,45 euros). Opción deberá ser formulada mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y, de no efectuarse en tiempo y forma, se entenderá que se efectúa en favor de la readmisión.

3º) Cualquiera que sea el sentido de la opción, condeno a LA FE PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A a abonar a D^a. Martina la cantidad de 2.339,32 euros brutos en concepto de liquidación, con el desglose por partidas que figura en el relato fáctico, más 147,00 euros de interés por mora, sin perjuicio de los intereses por mora procesal que puedan devengarse con posterioridad.

4º) Desestimo el resto de pretensiones deducidas en el pleito."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Martina , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 01 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

UNICO.- Disconforme la actora con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la Directiva 2001/23 del Consejo de Europa (motivo Primero) y de los artículos 44 y 53.5 ET , 123 LRJS y Disposición Transitoria Quinta, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio (motivo Segundo), mientras que en el motivo Tercero denuncia la infracción de los artículos 43.2 y 43.3 ET .

Al recurso presentado se oponen ambas demandadas en su escrito respectivo de impugnación por las razones alegadas al efecto.

Pues bien, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en estos motivos han de hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Constituyendo el despido la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el art. 108.1 de la LRJS , al igual que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores , determina que el Juez ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, habiéndose establecido tras la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, que se ha de declarar improcedente el despido - art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores - tanto en el supuesto de que no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación como cuando en su forma no se ajuste el despido a lo establecido en el apartado 1 del propio art. 55, en que se exige que el despido sea notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, habiendo declarado el Tribunal Supremo, en relación con el despido por causas objetivas, que la expresión "causa" en el precepto del art. 53.1. a) ET es equivalente a los "hechos" del art. 55.1 (S^a del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982 , entre otras); equiparándose a estos supuestos aquellos en que no pueda operar la causa alegada para la extinción del contrato, dado que si no concurre ninguna de las causas legalmente previstas para ello (al ampararse en causa no válida), ha de calificarse de improcedente, ante la inexistencia de causa que justifique la extinción del contrato, a menos que haya de declararse nulo, tal como se establece en una reiterada jurisprudencia.

2ª) Una vez expuesto lo que antecede, y habida cuenta de lo indicado en los motivos Primero y Segundo, hemos de señalar que, jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa, en sentido amplio, de una novación subjetiva por virtud de la cual una persona sustituye a otra como parte de un contrato, de forma



que, como consecuencia de la novación, hay una subrogación empresarial, "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior" (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores), en el bien entendido de que, según reiterada doctrina jurisprudencial (ss. del T. S. de 16 de junio de 1983, 29 de marzo de 1985 y 26 de enero de 1987 , entre otras), la transmisión o sucesión empresarial requiere la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, o sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo, y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socio- económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, habiendo establecido asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996 , dictada en casación para la unificación de doctrina, que la subrogación sólo se producirá conforme a lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando se produzca la transmisión "de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", debiendo significarse, en este sentido, que la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales en los términos indicados anteriormente.

Así, el art. 44.1 ET se refiere expresamente al cambio de titularidad "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", que no extinguirá por sí mismo la relación laboral.

Con todo, se ha de tener en cuenta que, según tiene declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-10-2004 , "...el ordenamiento español anticipadamente se ha ajustado a las previsiones comunitarias. No obstante subsistía la duda al intentar acomodar la interpretación de dichas normas no sólo al texto riguroso de las disposiciones comunitarias sino también a la interpretación que les viene dispensando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea...", reiterando que "para apreciar las circunstancias de hechos que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 77/1987 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione en determinados sectores sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independiente de la operación de que es objeto no puede por definición depender de la cesión de tales elementos".

A lo que se añade que la doctrina comunitaria acoge dentro de la noción de traspaso al que alude el artículo 1 de la Directiva 77/1987/CEE del Consejo de 14.02.1977 , en la redacción dada a dicho precepto por la Directiva 2001/23 / CE del Consejo de 12.03.2001 , sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, "la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior" dando a ese conjunto el carácter de "entidad económica que mantenga su identidad", recogiendo lo indicado en sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10.12.1998, casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, que otorgan una especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en los que los elementos patrimoniales se reducen a "su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra" porque en esos supuestos se entiende que "un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" a efectos de transmisión "cuando no existan otros factores de producción", y que si el nuevo concesionario "se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea" puede entenderse que dicho empresario adquiere "el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable". Y es que el artículo 1.1 de la Directiva Europea 2001/23/CEE , que derogó la Directiva Europea 77/1987/CEE , modificada por la Directiva 1998/50 /CE, y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento, ha recogido estos criterios, a los que ha de estarse necesariamente.

Pero en todo caso ha de quedar acreditado, como es evidente, que concurren los elementos necesarios para que opere la subrogación, lo que debe tenerse en cuenta en el supuesto de autos, en que no resulta en modo alguno que se den los requisitos exigidos para ello, puesto que la actora trabajó para Health Clinic Consultans, SL hasta el 31 de octubre de 2008, en que se extinguió válidamente su relación laboral por causas objetivas, y el 20 de noviembre de 2008 suscribió un contrato de trabajo con Corporación Europea de AIS, no habiendo impugnado la actora el despido objetivo acordado por aquella empresa.



De modo y manera que, con arreglo a lo indicado, lo cierto es que Corporación Europea de AIS no estaba obligada a subrogarse en el contrato de la demandante, que ya se había extinguido, ni a respetarle la antigüedad que tenía en la anterior empresa (Health Clinic Consultans, SL), ya que, tal como señala la sentencia recurrida con cita de las sentencias que se dirán a continuación, presupuesto elemental e inexcusable para que opere la continuidad en las relaciones laborales es que las mismas no se hayan extinguido, por cualquiera de las causas admisibles en Derecho, con anterioridad a la transmisión (STS de 24-7-1995 , RJ 1995/6331), seguida por las Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ País Vasco en sentencia nº 582/1998, de 10 de febrero -AS 1998/878-, TSJ Asturias en sentencia nº 609/2000, de 24 de marzo -AS 2000/499-, TSJ Castilla y León en sentencia de 14 de octubre de 2002 -AS 2002/3171-, TSJ Cantabria en sentencia nº 1071/2002, de 31 de julio -JUR 2002/265884-, TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife en sentencia nº 1116/1999 de 17 de diciembre -AS 1999/4574-, TSJ Islas Canarias, Las Palmas en sentencia nº 501/1999 de 30 de abril -AS 1999/3003-, TSJ Extremadura en sentencia nº 186/1999 de 4 de marzo -AS 1999/1257-, entre otras muchas. Debiendo subrayarse igualmente que la actora se aquietó a todo ello, no habiendo impugnado anteriormente la antigüedad que le había sido reconocida en Corporación Europea de AIS.

Y en consecuencia, con arreglo a lo indicado, han de rechazarse los motivos Primero y Segundo del recurso de la actora, ya que la antigüedad de la demandante en Corporación Europea de AIS es la fecha en que se inició la prestación de servicios para ella, siendo esa también la antigüedad que La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA estaba obligada a respetar y la que debía tenerse en cuenta para fijar los efectos del despido acordado por esta última.

3ª) Llegados a este punto, y habida cuenta de que la recurrente insiste en el motivo Tercero en la existencia de cesión ilegal, se ha de señalar que, ciertamente, resulta en extremo compleja la distinción entre contrata de servicios y cesión ilegal de trabajadores, en los términos previstos en los respectivos Arts. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores , y en ese sentido es de destacar la dificultad de deslindar cuándo nos encontramos ante esta figura, atendiendo a que, en general y obviamente, siempre se pretende encubrir bajo diversas fórmulas jurídicas distintas, o bien se acude a subterfugios de índole diversa que desdibujen los contornos de la figura interpositiva prohibida. Así, como se ha señalado por la jurisprudencia (STS de 17-1-2002), la interposición es un fenómeno complejo, que puede darse en un diverso abanico de circunstancias y en que no es determinante la caracterización de las empresas implicadas, aunque sin duda pueda ser un factor más a tener en cuenta, pues, como ya de antiguo se señaló, puede darse perfectamente entre dos empresas con una existencia y funcionamiento tanto legal como real (SSTS de 16-2-1989 , 12-12-1997 ó 17-1-2002 , entre otras muchas). De tal modo que es una situación que sigue estando legalmente prohibida, salvo los tasados supuestos en los que resulta legalmente permitida la intervención de una Empresa de Trabajo Temporal (Ley de 1-6- 1994), pero en la que se mezclan también, cada vez más, las contratas entre empresas, fenómeno además agudizado últimamente, en buena medida para obviar las exigencias jurídicas sobre las ETT, con el auge de las empresas de multiservicios.

Debe por lo tanto analizarse detenidamente caso a caso, con las dificultades que son propias de una compleja comparación de unos a otros supuestos (STS 20-9-2003), para intentar desentrañar si nos encontramos o no ante un supuesto de tráfico prohibido de trabajadores, con independencia de las formalidades del caso, con las que se pretenda desvirtuar la realidad de la relación. Y eso además, a su vez, sin que se incida sobre la seguridad jurídica igualmente necesaria en el marco de las relaciones mercantiles entre las empresas, pero con la debida preeminencia de las disposiciones de tutela social, esenciales en el marco de una convivencia de tal naturaleza (artículo 1º, 1 CE), de manera que no se consiga, a través de subterfugios diversos, eludir la prohibición legal, encaminada a permitir un efectivo disfrute de los derechos laborales individuales y colectivos.

De este modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14-9-2001 se declara, al tratar el problema de la cesión ilegal proscrita por el artículo 43 del E.T ., que esta figura no sólo se da en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, habiendo precisado asimismo el Alto Tribunal que puede existir la cesión ilegal incluso en empresa que evidentemente no es de las que dedican su actividad al tráfico prohibido de cesión de trabajadores y que tal cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas "reales", si el trabajador de la una permanentemente trabaja para la otra y bajo las órdenes de ésta (Sª TS de 16-2-1989), de forma que "el hecho de que la empresa cuente con organización e infraestructura propia, no impide la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores si, en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios contratados con 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 necesaria para el desarrollo de tal servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa principal" (Sª TS de 19-1-1994). Y el mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315) y en el auto de 28 de septiembre de 1999 y las STS de 16-6-2003 (rec. 3054/2001 -RJ 2003 , 7092) y de 3-10-2005 . Y en esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las sentencias del TS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352) y 12-12-1997 (RJ 1997, 9315), ha fijado como línea de distinción la determinación no tanto del dato de



que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba como verdadero empresario", declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, y señalando que aun cuando "nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, 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 configuran su estructura empresarial".

Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado la representación de la recurrente sostiene en este motivo, conforme a lo indicado, que existió una cesión ilegal, pidiendo que se declare la responsabilidad solidaria de las demandadas, y lo cierto es que, de quedar acreditada la cesión ilegal ex art. 43 E.T , deberían responder solidariamente ambas empresas, la cedente y la cesionaria, conforme a la doctrina de referencia.

Ahora bien, una vez hecha esta precisión, se ha de señalar que debiendo partirse necesariamente del relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en la misma, resulta indudable que procede rechazar también este motivo, en tanto en cuanto no aparece acreditada en absoluto la existencia de la cesión ilegal pretendida, ya que de la relación fáctica no resulta que La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA haya incurrido en tal cesión, actuando sólo como empleador formal. Pudiendo observarse, antes al contrario, que, según se pone de relieve en la propia sentencia recurrida, esa cesión ilegal no se desprende del hecho sexto de la demanda, que es el único soporte fáctico de la pretensión de la parte actora, ya que lo que se indica es que tras la baja en Corporación Europea Asistencia Integral Seguros, SA y el alta en La Fe Previsora Compañía de Seguros, SA, la trabajadora continuó prestando servicios en el centro de trabajo del Consorcio de Compensación de Seguros bajo la dirección de los responsables de dicha entidad. Sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, por más que afirme ahora en su recurso que pese a que fue formalmente dada de alta en la Seguridad Social por La Fe Previsora Compañía de Seguros, en realidad se trató de un mero contubernio entre ambas codemandadas, así como que los responsables del Consorcio actuaron atendiendo a su condición de liquidador y, por lo tanto, responsable legal de Corporación Directa de Asistencia Integral de Seguros, SA.

Por todo ello, con arreglo a lo expuesto, al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Martina contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de los de Madrid de fecha 28 de marzo de 2016 , dictada en virtud de demanda presentada contra CORPORACION DIRECTA DE ASISTENCIA INTEGRAL DE SEGUROS, SA y LA FE PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en reclamación por Despido, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0854-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:



Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0854-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ