



Roj: **STSJ AS 1277/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:1277**

Id Cendoj: **33044340012017100950**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2017**

Nº de Recurso: **500/2017**

Nº de Resolución: **891/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE LUIS NIÑO ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00891/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2016 0000950

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000500 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000242 /2016

Sobre: CESION ILEGAL

RECURRENTE/S D/ña ARCELORMITTAL ESPAÑA S.A., SGS ESPAÑOLA DE CONTROL S.A.

ABOGADO/A: DANIEL VILLANUEVA SUAREZ, JESUS TORTAJADA SALINERO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ARCELORMITTAL ESPAÑA S.A., Celso , SGS ESPAÑOLA DE CONTROL S.A.

ABOGADO/A: DANIEL VILLANUEVA SUAREZ, CARLOS-MARIA MEANA SUAREZ , JESUS TORTAJADA SALINERO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA Nº 891/17

En OVIEDO, a once de abril de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NO MBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000500/2017, formalizados por los Letrados D. DANIEL VILLANUEVA SUAREZ y D. JESUS TORTAJA SALINERO, en nombre y representación de las empresas ARCELORMITTAL ESPAÑA SA y SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, respectivamente, contra la sentencia número 630/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000242/2016, seguidos a instancia de Celso frente a las empresas ARCELORMITTAL ESPAÑA SA y SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Celso presentó demanda contra las empresas ARCELORMITTAL ESPAÑA SA y SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 630/2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis .

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

1º) El demandante, D. Celso , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , suscribió un contrato con SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA temporal, por obra o servicio determinado (*TOMA PREPARACION DE MUESTARAS Y REALIZACION DE ENSAYOS FISICOS DE CONTROL EN LA FACTORIA DE GIJON Y AVILES DE ARCELOR MITTAL ESPAÑA CON NUMERO DE CONTRATO NUM001*) , a tiempo completo el 4 de junio de 2004, para prestar servicios con la categoría profesional de técnico de laboratorio.

2º) SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA celebró el 22 de mayo de 2014 un contrato con ARCELOR MITTAL ESPAÑA SL referenciado como NUM001 referente a toma, preparación de muestras y realización de ensayos físicos de control en las factorías de Gijón y Avilés. Los trabajos a realizar por aquella, en virtud del contrato eran:

- Toma y recogida de muestras en las instalaciones productivas pertenecientes a ARCELOR MITTAL ESPAÑA en Asturias (Baterías de Avilés, Hornos altos, plantas de sinter, cantera del Naranco, Parque de carbones de Aboño, Acería LDG, Acería LDA, Tren de alambrón, Laboratorio de Alambrón, Laboratorio de Ensayos Mecánicos, Planta de tratamiento de escorias de Gijón o cualquier otra instalación cuando sea necesario realizar controles no rutinarios, y el transporte de dichas muestras a las instalaciones del Laboratorio para el procesado de las mismas.
- Control en las instalaciones de Desmuestras de las entradas en factoría por camión de materias primas y de los movimientos de camiones internos de factorías.
- Control granulométrico de materias primas y productos intermedios generados en el proceso productivo.
- Determinación de humedad de materias primas y productos intermedios generados en el proceso productivo.
- Realización de ensayos de resistencia mecánica de Cok y Sinter.
- Realización de ensayos de densidad de diversos materiales y densidad de carga de pasta para carbón.
- Preparación de muestras de materias primas y productos intermedios generados en el proceso productivo destinada a la realización de diferentes ensayos.
- Gestión de los restos de muestras utilizados.
- Limpieza de la instalación de Desmuestras. Mantenimiento preventivo y limpieza de las máquinas en dicho taller.
- Registro de muestras e introducción de los resultados de ensayos, incluidos los correspondientes a los barcos del Puerto del Musel, en la aplicación informática del laboratorio para su envío a las instalaciones productivas. registro de los datos en las fichas y libros de control de actividad definidos a tal efecto por laboratorios centrales.
- Gestionar con las instalaciones las peticiones puntuales que requieren de respuesta inmediata.



- Realizar aquellos controles no rutinarios que surgen fruto de las necesidades de las instalaciones.

3º) El trabajador no ha desempeñado en el último año cargo alguno de representación sindical o de los trabajadores.

4º) Los trabajadores de SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA recibieron formación sobre camión grúa y polipasto Bauman laboratorios, con una duración de 15 horas, por parte de ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA. Los importes de dicha formación fueron facturados por ésta a aquélla.

5º) El 4 de junio de 2016 se entregó por SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA al actor la ficha informativa sobre riesgos laborales del puesto de trabajo.

6º) SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA impartió a los trabajadores diversos cursos e informaciones sobre hojas de análisis de trabajo, accidente acaecido el 24 de agosto de 2015, hira lites, big bags en camión, lingotes estaño, pila cok, accidente del 9 de octubre de 2015, de 16 de noviembre de 2015, prevención de riesgos laborales

7º) El 19 de junio de 2014 dos representantes de SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA (D. Carlos José y D. Aurelio) se reunieron con la empresa principal para la aprobación y firma de los procedimientos presentados en formato HAT (hojas de análisis del trabajo).

8º) El 1 de julio de 2015 el actor superó el examen de salud periódico que fue encomendado por SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA a la empresa CUALTIS.

9º) SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA proporcionó a los trabajadores los equipos de protección individual.

10º) El 1 de marzo de 2016 ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA alquiló a la codemandada SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA dos inmuebles destinados a vestuarios en las factorías de Avilés y de Gijón, para el uso de 14 taquillas en los mismos.

11º) Los trabajadores utilizan un camión pluma que es de propiedad de ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA. Los trabajadores se encargan de llevar el vehículo a reparar y a lavar. Para aprovisionarse de combustible, utilizan vales de gasolina de ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA.

12º) Los trabajadores de SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA tienen acreditada la formación en gases por ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA.

13º) Poseen los trabajadores detectores de gas propios, pero también utilizan los de la empresa principal, cuya verificación la lleva a cabo ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA.

14º) Los trabajadores tenían un teléfono de titularidad de la empresa principal para comunicar incidencias. A partir de la interposición de la demanda, se les cambió el teléfono por uno de titularidad de la contratista.

15º) A raíz de la interposición de la demanda del trabajador, algunos de los métodos de trabajo han sido variados, instaurándose claves en el ordenador al que antes podían acceder libremente como trabajadores de la empresa principal.

16º) Las instrucciones directas las venían recibiendo de los jefes de turno, de viva voz y a través de notas escritas. A partir de la interposición de la demanda, la intervención del coordinador D. Juan Francisco ha venido a tomar un mayor protagonismo al respecto.

17º) El actor se comunicaba con Juan Francisco para cuestiones relativas a cambios de turno o ausencias, por medio de mensajes de la aplicación Whatsapp.

18º) El 13 de abril de 2016 se celebró ante la UMAC de Gijón acto de conciliación que terminó "sin avenencia", respecto de la papeleta presentada el 31 de marzo de 2016.

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

"ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Celso contra ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA y contra SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, declarando que el trabajador ha sido objeto de una cesión ilegal de trabajadores con su derecho a integrarse en la plantilla de ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA como trabajador indefinido, con la categoría profesional de técnico de laboratorio y una antigüedad relativa al 4 de junio de 2014, condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a todas las consecuencias que sean inherentes".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recurso de suplicación por las empresas ARCELORMITTAL ESPAÑA SA y SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 20 de febrero de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 de marzo 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.- Sentencia de instancia. El Juzgado de lo Social número 1 de Gijón conoció de los autos número 242/2016, promovidos a instancia de don Celso frente a Arcelor Mittal España SA, y SGS Española de Control SA, en los que suplicaba la declaración de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en la contratación laboral del demandante y su derecho a integrarse en la plantilla de la empresa Arcelor Mittal España SA, con la condición de trabajador fijo y por tiempo indefinido, con antigüedad desde el 4 de junio de 2014, categoría profesional de técnico de laboratorio y demás derechos reconocidos en el convenio colectivo de la empresa Arcelor Mittal.

Con fecha 7 de noviembre de 2016 se dictó sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante al considerar, en síntesis, la existencia de cesión ilegal de trabajadores porque la codemandada SGS Española de Control SA, no obstante disponer de una estructura empresarial no la pone en juego en el caso enjuiciado, ya que esa empresa realiza una función que antes era llevada a cabo por la empresa principal con sus propios medios y trabajadores, realizando los empleados de la contrata las mismas funciones, en las mismas condiciones y con los mismos equipos.

SEGUNDO.- Recursos de suplicación. Frente a la sentencia citada recurre en suplicación primeramente la codemandada Arcelor Mittal España SA, que articula dos motivos de recurso, uno destinado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo encaminado al examen del derecho aplicado denunciando la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores así como de la jurisprudencia que lo desarrolla. Este recurso ha sido impugnado por el trabajador demandante y formalmente por la codemandada SGS Española de Control SA.

También ha interpuesto recurso de suplicación la mercantil SGS Española de Control SA, en el que señala primeramente su adhesión a la solicitud de revisión de hechos probados planteada por Arcelor Mittal España SA. A continuación formaliza un único motivo de recurso, al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia infracción del artículo 43 y por ende del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la jurisprudencia aplicable al caso dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia. El trabajador demandante ha impugnado el recurso, mientras que la codemandada Arcelor Mittal España SA, presentó escrito mostrándose conforme con los motivos y alegaciones planteados por SGS Española de Control SA.

TERCERO.- Revisión de hechos probados. El artículo 193 de la LRJS señala en su letra b) como uno de los objetos del recurso de suplicación, revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Debe partirse de la base de que es el Juzgador de instancia el que tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso - artículo 97.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social -. El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos, por el contrario, su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, que queda reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores del Juzgador, cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial.

Además es constante la doctrina de suplicación que establece que para que pueda apreciarse error de hecho en la valoración de la prueba, han de concurrir los requisitos siguientes: 1) que se señale con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico; 2) se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya complementándolos; 3) se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico; 6) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.



La primera revisión fáctica interesada se refiere al primer hecho probado, en el que se pretende la consignación de la fecha correcta del contrato de trabajo del demandante, celebrado el día 4 de junio de 2014 y no la que, por error involuntario obviamente, figura en la sentencia de 4 de junio de 2004 . Se accede a ella.

En segundo lugar se solicita la revisión del hecho probado noveno, para el que propone la adición de las siguientes expresiones:

"En concreto:

- I. Casco de seguridad.
- II. Gafas de seguridad.
- III. Calzado de seguridad.
- IV. Buzo reflectante y parka.
- V. Guantes de protección mecánica.
- VI. Guantes de protección química.
- VII. Mascarilla.
- VIII. Arnés de seguridad.
- IX. Protección auditiva.
- X. Chaquetón impermeable.
- XI. Chaqueta de trabajo.
- XII. Pantalón de trabajo.
- XIII. Camisetas.
- XIV. Traje de agua.
- XV. Botas de seguridad de agua.
- XVI. Botas de seguridad.
- XVII. Jersey".

Basa la solicitud en los documentos obrantes a los folios 178 a 180 de los autos, fichas de suministro de equipos de protección individual (EPI's), si bien la adición propuesta resulta intrascendente en tanto en cuanto ya se declara probado en el mismo hecho que SGS Española de Control SA, proporcionó a los trabajadores los equipos de protección individual, dato que es el verdaderamente relevante en este extremo, por lo que no se accede a la modificación interesada.

La tercera revisión solicitada se refiere al hecho declarado probado decimotercero, en el que en base al documento obrante al folio 116, interesa la adición de una expresión intercalada que se identifica en cursiva:

"Poseen los trabajadores detectores de gas propios, utilizando en un momento puntual y como consecuencia de una avería del detector de gas propio de SGS, detectores de gas de la empresa principal, cuya verificación la lleva a cabo Arcelor Mittal España SA".

La novación propuesta no puede ser acogida porque, amén de contener una supresión no solicitada en el recurso (de la expresión "pero también utilizan los de la empresa principal") que se contiene en la sentencia de instancia, este hecho se basa, según se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia, en prueba testifical, sin que se aprecie error del juzgador en la valoración de esa prueba que resulte del documento identificado por la parte recurrente.

En igual sentido ha de resolverse respecto a la revisión del hecho probado décimo sexto que se pretende en el recurso, al basarse el recogido en la sentencia de instancia en prueba testifical practicada a presencia judicial en el acto del juicio.

Se solicita igualmente la modificación del hecho probado décimo séptimo, para el que se propone la adición de un segundo párrafo del siguiente tenor literal:

"Arcelor y SGS mantenían frecuentes comunicaciones entre D. Juan Francisco (encargado de SGS) y los responsables de la Sección de Desmuestres de Arcelor para la coordinación en materia de calendarios, altas y bajas, cambios de turnos y seguridad del personal de SGS que se encontraba prestando servicios en las instalaciones de Arcelor en el marco de la contrata de servicios entre ésta y SGS".



Basa la solicitud en dos grupos de documentos, uno comprendido entre los folios 336 a 396, que contiene correos electrónicos habidos entre el coordinador de SGS y la empresa principal relativos a calendarios de vacaciones, bajas de trabajadores, sustituciones, ausencias justificadas, permisos, etc., y el otro obrante a los folios 433 a 436, que contiene la relación de entradas y salidas del coordinador de las instalaciones de la codemandada en Veriña. Se accede a la modificación al completarse el hecho probado adecuadamente al contexto en el que se producían las comunicaciones del trabajador con el coordinador de SGS.

En último lugar se interesa la adición de un nuevo hecho probado, que haría el ordinal décimo noveno, basada en los documentos obrantes a los folios 256 a 258, proponiéndose la siguiente redacción:

"La demandada SGS Española de Control SA, en una entidad que dispone de certificado de sistema de gestión de la calidad ISO 9001:2008 para servicios de inspección de tercera parte de minerales ferrosos y no ferrosos y productos metalúrgicos, farmacéuticos y químicos incluyendo: valoraciones de Cantidad y Calidad y Ensayos de Laboratorio, incluyendo el apoyo a las inspecciones de las Agencias Estatales sobre mercancías de diverso tipo".

En la sentencia no se pone de manifiesto controversia alguna sobre la realidad empresarial de SGS Española de Control SA, afirmándose en el fundamento de derecho Tercero que la citada mercantil tiene una estructura y una trayectoria empresarial, es decir, no se discute su condición de empresa real y por ello resulta irrelevante la modificación propuesta que por ello ha de ser rechazada.

CUARTO.- En los motivos destinados al examen de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, tanto el recurso de Arcelor Mittal España SA, como el interpuesto por SGS Española de Control SA, denuncian la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que lo desarrolla, con cita por parte de la segunda recurrente del artículo 42 del ET, por lo que procede su análisis conjunto.

En esencia entienden las recurrentes que no existe cesión ilegal del trabajador demandante, pues SGS es una empresa real que ha puesto en juego sus facultades organizativas y de empleador sobre el demandante y el resto de trabajadores, sin que se haya acreditado que la empresa principal, Arcelor Mittal, haya puesto en juego sus facultades empresariales sobre los empleados de SGS.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores regula la cesión de trabajadores para que presten servicios a otra empresa, siempre que se efectúe a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Entiende que se produce cesión ilegal de trabajadores cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores a favor de la empresa cesionaria; que la empresa cesionaria no tenga actividad; que no disponga de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para su desarrollo; que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

En el presente caso la empresa principal, Arcelor Mittal, suscribió con SGS Española de Control un contrato para la prestación del servicio de toma, preparación de muestras y realización de ensayos físicos de control en las factorías de Gijón y Avilés. Nos encontramos por tanto ante un proceso de descentralización productiva llevado a cabo por la empresa principal, habiendo señalado el TS en su sentencia de 14-2-11 que estos procesos de descentralización productiva o segregación de actividades que inicialmente eran desempeñadas por la empresa matriz tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la CE. Es lícita por lo tanto la posibilidad empresarial de contratar con otras empresas parte de sus procesos productivos, si bien habrá de examinarse si, como en el caso ahora enjuiciado, no se da verdaderamente ese proceso de descentralización porque, en la práctica, la empresa principal ha de considerarse empleadora de los trabajadores de la contratista.

QUINTO.- Como expone el Tribunal Supremo, *"el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. 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 contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...).* A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia



la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal». Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha 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. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (rec. 1.281/1997). De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

De esta manera, como expone el TSJ de Galicia en su sentencia de 23 de enero de 2017 el Tribunal Supremo ha recurrido (en orden a la identificación de la cesión ilegal) 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, 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, etc.). De este modo, uno de los elementos clave de la identificación (como es 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), 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 esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (SSTS 17/07/93 rcud 712/92 -; 19/01/94 -rcud 3.400/92 -; 12/12/97 -rec. 3.153/96 -; 03/02/00 -rec. 1.430/99 -; 14/09/01 -rcud 2.142/00 -; 27/12/02 -rec. 1.259/02 -; 16/06/03 -rcud 3.054/01 -; 11/11/03 -rec. 3.898/02 -; 20/09/03 -rcud 1.741/02 -; 03/10/05 -rcud 3.911/04 -; 30/11/05 -rcud 3.630/04 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; 24/04/07 -rcud 36/06 -; 21/09/07 -rcud 763/06 -; 26/09/07 -rcud 664/06 -; y 04/12/07 (RJ 2008,1.195) -rcud 1.377/06 -).

Por último citamos la sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2006 , declara lo siguiente: "lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. 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 ".

SEXTO.- La anterior doctrina determina que únicamente se considerará que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando una empresa, cualquiera que sea su entidad económica, limite su actividad a ceder mano



de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden, teniendo la cesión ilegal como finalidad que el contrato de trabajo se ajuste a la realidad en la prestación de los servicios, y evitar perjuicios para los trabajadores.

En la sentencia de instancia se declara probado que las dos empresas suscribieron el contrato 6029000145/0000 referente a la toma, preparación de muestras y realización de ensayos físicos de control en las factorías de Gijón y Avilés, con descripción detallada de los trabajos a realizar en ejecución del citado contrato. La empresa SGS suministró al demandante la ficha informativa sobre riesgos laborales del puesto de trabajo, y también impartió a sus trabajadores cursos y formación sobre hojas de análisis de trabajo, accidentes de trabajo, hira lites, big bags en camión, lingotes estaño, pila cok y prevención de riesgos laborales. La vigilancia de la salud del trabajador se realizaba por cuenta de SGS. Los equipos de protección individual de los trabajadores fueron proporcionados por la empresa SGS. Todos los aspectos relativos al régimen laboral del demandante, cambios de turnos, ausencias, permisos, etc., los gestionaba con su empleadora SGS a través del coordinador Juan Francisco , quien posteriormente se encargaba de la coordinación de estos extremos con los responsables de Arcelor Mittal.

Así las cosas no puede alcanzarse la misma conclusión contenida en la sentencia de instancia pues se estima que la condición de empleador se mantiene en la codemandada SGS Española de Control SA. El contrato de prestación de servicios es eminentemente técnico y se inserta en el proceso productivo de la empresa principal, como complementario al mismo, y en ese ámbito concreto es claro que los trabajadores habían de recibir indicaciones por parte de los empleados de Arcelor Mittal, necesarias para la debida ejecución del contrato. Es por ello que la afirmación contenida en el hecho probado décimo sexto ha de entenderse limitada a criterios técnicos necesarios para el desarrollo del contrato. Lo anterior ha de ponerse en relación con la elaboración de los procedimientos de trabajo, denominados HAT (hojas de análisis del trabajo), reconociéndose en la sentencia de instancia que fueron elaborados por SGS quien los presentó a Arcelor Mittal para su aprobación, por lo que no puede afirmarse que SGS tuviera una presencia meramente formal en el contrato de trabajo del demandante ya que la forma en que debía desarrollar su trabajo fue determinada por SGS. En materia de seguridad y salud en el trabajo es SGS la que ha asumido, en su condición de empleadora, las obligaciones que como tal le competen, suministrando al trabajador la ficha informativa sobre los riesgos laborales del puesto de trabajo, realizando la vigilancia de la salud, formación e información en materia de accidentes de trabajo y proporcionando los equipos de protección individual. El trabajador comunicaba todo lo relativo a licencias, permisos, bajas, etc., a SGS, sin que conste que estuviera sujeto a conformidad o supervisión posterior por parte de Arcelor Mittal. En cuanto a la figura del coordinador de la contratista SGS, de la modificación fáctica admitida resulta que tenía una activa participación en la gestión de los trabajadores destinados en el centro de trabajo de Arcelor Mittal, lo que revela un control efectivo por parte de la empleadora, y su presencia no es tan insignificante como se expone en la sentencia de instancia, como lo demuestra su asistencia a las instalaciones. Así las cosas procede la estimación de los recursos y consiguiente desestimación de la demanda.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar los recursos de suplicación interpuestos por la representación de ARCELOR MITTAL ESPAÑA SA y SGS ESPAÑOLA DE CONTROL SA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Gijón dictada con fecha 7 de noviembre de 2016 en los autos 242/2016, que se revoca, y desestimando la demanda se absuelve a la parte demandada de las pretensiones deducidas en la demanda.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las



entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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