



Roj: **STSJ M 9929/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:9929**

Id Cendoj: **28079340022017100963**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **900/2017**

Nº de Resolución: **979/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

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 : 28.079.00.4-2016/0011356

Procedimiento Recurso de Suplicación 900/2017-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 07 de Madrid Despidos / Ceses en general 257/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 979/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a once de octubre 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 900/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. EMILIO JOSE MUÑOZ MORENO en nombre y representación de D./Dña. Severiano y de D. Jose Miguel , contra la sentencia de fecha 2.6.2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 07 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 257/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Severiano y D./Dña. Jose Miguel frente a SOCIEDAD DE CENTROS COMERCIALES DE ESPAÑA SA, SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO S.L. y ELECNOR S.A., en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, 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.- El actor, D. Severiano , ha venido prestando servicios para la demandada, Elecnor SA, desde el día 5 de marzo de 2007, con la categoría de Oficial de 3ª de mantenimiento y percibiendo un salario bruto mensual de 1.385,84 € con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

El actor D. Jose Miguel ha venido prestando servicios para la demandada, Elecnor SA, desde el día 24 de abril de 2008, con la categoría de Oficial de 1ª albañil y percibiendo un salario bruto mensual de 1.585,49 € con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.

SEGUNDO.- Los dos fueron contratados mediante sendos contratos temporales de obra o servicio determinado que tenían por objeto: el tiempo necesario para la realización de los trabajos propios de su categoría en la obra servicio de mantenimiento integral del centro comercial Loranca así como las prórrogas y nuevas adjudicaciones que en su caso se produzcan sin solución de continuidad por un tiempo aproximado de 11 u 8 meses (según cada contrato) excepto resolución anticipada del contrato total o parcialmente por CC Loranca, prórroga del mismo, disminución de trabajos por otras causas o nuevas adjudicaciones.

TERCERO.- El día 15 de enero de 2016 Elecnor SA les comunicó la extinción de su relación laboral con efectos de 31 de enero de 2016, por haber finalizado los trabajos para los cuales habían sido contratados.

El 2 de febrero de 2016 la empresa les entregó la liquidación y la indemnización correspondiente a extinción de contrato por fin de obra, mostrando los actores su disconformidad.

CUARTO.- El día 1 de febrero de 2007 la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial Loranca suscribió con Elecnor SA contrato de mantenimiento del Centro comercial Loranca de la calle Pablo Iglesias de Fuenlabrada.

QUINTO.- Con fecha 12 de noviembre de 2015 La Sociedad de Centros Comerciales de España comunicó a Elecnor SA la extinción de la contrata de mantenimiento suscrita con la Comunidad de propietarios del Centro Comercial Loranca, con efectos de 31 de enero de 2016.

SEXTO.- Los actores mientras prestaron servicios en el Centro Comercial recibían órdenes del jefe de mantenimiento de Elecnor allí destacado, que a su vez se reunía una vez a la semana con el Jefe de Mantenimiento de la Comunidad de Propietarios de Polvoranca para coordinarse, pero los actores recibían órdenes tanto de estos últimos como de cualquier directivo, incluso de los vigilantes de seguridad y por lo general daban prioridad a lo que les ordenaban los directivos del centro sobre lo que les ordenaban los jefes de mantenimiento, lo cual molestaba a estos (testifical).

SEPTIMO.- La Sociedad de Centros Comerciales de España gestiona y administra el Centro Comercial Polvoranca, por contrato suscrito con la Comunidad de Propietarios el día 1 de enero de 2011.

OCTAVO.- El 3 y el 15 de marzo de 2016 se celebraron sendos actos de conciliación frente a Elecnor SA, con resultado sin avenencia.

NOVENO.- Tras la suspensión del juicio el día 31 de enero de 2017, el 2 de febrero de 2016 se amplió la demanda en materia de despido y cesión ilegal contra Centro Comercial Loranca SA y Sociedad de Centros Comerciales de España SA. No se tramitó la ampliación por estar señalado el acto del juicio para el día 6 de febrero de 2017, momento en que se amplió demanda frente a Sociedad de Centro Comerciales de España SA y Servicios de Mantenimiento SL. Los procesos se acumularon el día 6 de febrero de 2017.

DECIMO.- Las relaciones laborales se rigen por el Convenio Colectivo Siderometalúrgico de Madrid.

TERCERO : En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva y estimando la de caducidad opuestas por la Sociedad de Centros Comerciales de España, desestimo la demanda de D. Severiano y D. Jose Miguel y declarando inexistentes los despidos, por haberse extinguido su relación laboral de conformidad con las cláusulas consignadas válidamente en sus contratos, absuelvo a Elecnor SA y a Sociedad de Centros Comerciales de España de cuantos pedimentos se deducían en su contra".



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación.

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 11.10.2017 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

ÚNICO .-Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión de los demandantes que se declare que constituye un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, la extinción de los contratos temporales de obra o servicio determinado, la representación letrada de los mismos interpone recurso de suplicación formulando un motivo destinado a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

Al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción de la jurisprudencia que no la constituye las sentencias de los tribunales superiores de justicia, que cita, a tenor del artículo 1.6n del Código Civil . En síntesis expone que ha existido una cesión ilegal de los trabajadores porque las órdenes de trabajo provenían del jefe de mantenimiento del cliente de Elecnor SA y los materiales utilizados para el desempeño del trabajo no eran facilitados por la empresa que les contrató.

Los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias, debiendo entonces acudir a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal o si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17-01-1991), e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (STS 16-02-1989), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS 19-01-1994, recurso nº 3400/1992 y 12-12-19997, recurso nº 3153/1996). La jurisprudencia, en estas últimas sentencias citadas, ha precisado los criterios para calificar como ilegal la cesión de mano de obra, 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, 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", añadiendo que "el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio". En la STS de 12-12-1997 (recurso nº 3153/96) se declaró la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, en un supuesto en el que los trabajadores contratados temporalmente por una sociedad filial pasaron a realizar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, bajo su dirección y control, atendiendo las consolas o monitores del centro de recepción de alarmas y teleservicios cuya instalación había adquirido previamente la empresa principal a la filial, no constando que la filial hubiera aportado elementos personales o materiales propios para el desarrollo de la actividad de los trabajadores, salvo en aspectos secundarios (uniforme o pago de nóminas), y resultando que la compensación de los servicios prestados por la empresa filial a la principal no se llevaba a cabo mediante un precio unitario sino atendiendo a las horas de trabajo y kilómetros recorridos por los servicios del centro de recepción de alarmas y teleservicios. Afirmándose que no es obstáculo a la existencia de cesión ilegal la circunstancia de que la empresa cedente conserve la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores formalmente contratados por ella.

La jurisprudencia unificadora en STS 17/12/2010, recurso nº 1647/2010 , señala:

" la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de



articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente 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 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

(...) 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 implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala 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-enero-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-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia".

(...) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la 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. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

(...) lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y 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.

(...) La finalidad que persigue el art. 43 ET 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 por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores".

En la demanda se indica que hay cesión ilegal porque recibían las órdenes directas del Centro Comercial Loranca SA. Se amplió la demanda contra Sociedad de Centros Comerciales de España SA, que la sentencia recurrida considera que actúa como representante legal de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial Polvoranca, siendo la que ha resuelto el contrato de mantenimiento con Elecnor y que es la causa inmediata de la extinción de los contratos de los demandantes.

Para la resolución del recurso debe partirse del relato fáctico y del mismo se desprende que:

- 1.-El 1/02/2007, La Comunidad de Propietarios del Centro Comercial Loranca suscribió con Elecnor SA contrato de mantenimiento del Centro Comercial Loranca de la calle Pablo Iglesias de Fuenlabrada (hecho probado cuarto).
- 2.-Los actores, uno con la categoría de oficial de 3ª de mantenimiento y el otro como oficial 1ª albañil, fueron contratados uno con fecha 5/03/2007 y otro en fecha 24/04/2008 (hecho probado primero).



3.-Los demandantes, mientras prestaban servicios, recibían órdenes del jefe de mantenimiento de Elecnor SA, allí destacado, que a su vez se reunía una vez a la semana con el jefe de mantenimiento de la Comunidad de Propietarios de Polvoranca para coordinarse. Recibían órdenes de estos últimos, de cualquier directivo, incluso de los vigilantes de seguridad, dando prioridad a lo que les ordenaban los directivos del centro sobre lo que les ordenaban los jefes de mantenimiento (hecho probado sexto).

No estamos ante una cesión ilegal porque la empresa Elecnor SA tenía destacado a un jefe de mantenimiento, en el centro donde prestaban servicios los demandantes y estos recibían órdenes del mismo; el hecho que también recibiesen órdenes de cualquier directivo de la empresa contratante del servicio, incluso de los vigilantes de seguridad, no distorsiona la realidad del contrato de mantenimiento, no estando en presencia de una contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa, pues ante cualquier acontecimiento se puede considera más operativo, práctico, ágil y eficaz, comunicar directamente a los trabajadores la incidencia relacionada con la contrata para que la subsanen, que efectuar las comunicaciones y advertencias a través del responsable de la empresa contratante, sin que conste que esta haya ejercido alguna de las restantes facultades del empleador. Lo expuesto lleva a desestimar el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de Jose Miguel y Severiano** contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid, en autos nº 257/2016, seguidos a instancia de Jose Miguel y Severiano contra SOCIEDAD DE CENTROS COMERCIALES DE ESPAÑA S.A., ELECNOR y SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO SL en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma.

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 2827-0000-00-0900-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez 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 2827-0000-00-0900-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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.