



Roj: **STSJ AND 11697/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11697**

Id Cendoj: **41091340012017103300**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **3215/2016**

Nº de Resolución: **3179/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EVA MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO: 3215/16 - E SENTENCIA Nº 3179/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso: 3215/2016 - E

D^a. ANA MARÍA ORELLANA CANO

D^a. EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla compuesta por los Il^lmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N^o 3179/2017

En los Recursos de Suplicación interpuestos por el Letrado D. César Amarilla Avilés en representaciones de D^a. Valentina y por la Letrada D^a. Lucía Álvarez Riveira en representación de CEP^SA QUÍMICA S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de los de Algeciras; ha sido Ponente la Magistrada, Il^lma. Sra. DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos número 106/15 se presentó demanda por D^a. Valentina , sobre Despido, contra Centro Médico Linense S.L., Huelva Asistencial S.A. y Cepsa Química S.A., se celebró el juicio y se dictó sentencia el 16/12/15 por el Juzgado de referencia, en la que se estima la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante, Valentina , mayor de edad, con DNI n^o NUM000 , afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con n^o NUM001 , ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa CEP^SA QUÍMICA, S.A.U., desde el 15 de mayo de 2008, con la categoría profesional de ATS, percibiendo un salario diario a efecto de despido de 36,16 euros, siendo su salario mensual de 1.100 euros brutos con prorrata de pagas extras.

La trabajadora ha prestado sus servicios profesionales en el centro de trabajo de CEP^SA QUÍMICA, S.A.U., sito en el Polígono Industrial Guadarranque, de la localidad de San Roque (Cádiz).



(doc. nº 3, 4 y 5 actora; interrogatorio trabajadores y del legal representante de la empresa CML)

SEGUNDO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido cargo de representación sindical ni delegado de personal (hecho no controvertido).

TERCERO.- El día 1 de mayo de 2008 la sociedad CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. celebró un contrato de naturaleza mercantil con la entidad CEPESA QUÍMICA, S.A.U., el cual tenía por objeto la contratación de prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios por personal especialista y diplomado para el Servicio Médico de Empresa en la planta de Guadarranque que tiene CEPESA en la localidad de San Roque (Cádiz).

Se estipuló una duración de tres años desde el día 1 de mayo de 2008 hasta el 30 de abril de 2011, prorrogado de forma anual el 1 de mayo de 2011 hasta el 30 de abril de 2012, y después de forma tácita en lo sucesivo hasta su extinción en fecha 30 de noviembre de 2014.

(doc. nº 1 actor; doc. nº 1 CEPESA)

CUARTO.- El día 24 de junio de 2014 CEPESA informó por e-mail a CML sobre el concurso de asistencia sanitaria, al tiempo que le invitaba a participar.

Por e-mail de 26 de junio de 2014 CML informa a CEPESA acerca de su voluntad de participar en el concurso de asistencia sanitaria.

Por e-mail de 9 de julio de 2014 CML remite información a CEPESA, previa requerimiento de ésta por e-mail de la misma fecha, acerca de los trabajadores de la primera y sus condiciones laborales (antigüedad y salario).

Nuevamente por correo electrónico de 30 de julio de 2014 CEPESA informa a CML de la prórroga del servicio prestado por ésta, al menos, hasta el día 30 de agosto de 2014.

(doc. nº 6 a 9 CML)

QUINTO.- CEPESA informó por correo electrónico a CML el día 10 de noviembre de 2014 que no había resultado adjudicataria del concurso, debiendo cesar en la prestación del servicio el día 30 de noviembre de 2014.

Por e-mail de 14 de noviembre de 2014 informó nuevamente CEPESA a CML de que la adjudicataria del concurso había sido HUELVA ASISTENCIAL, S.A.

(doc. nº 10 y 11 CML)

SEXTO.- Por burofax remitido por CML a CEPESA, el cual le fue entregado el 17 de noviembre de 2014, se le requería para que informara a la nueva adjudicataria del servicio, es decir, a HUELVA ASISTENCIAL, S.A., al objeto de que cumpla con "*la obligación de subrogar al personal, o en otro caso, asumir sus obligaciones de pago de las indemnizaciones por despido*".

Asimismo, por burofax de 17 de noviembre de 2014, entregado el día 18 del mismo mes, CML remitió a HUELVA ASISTENCIAL, S.A. listado y condiciones del personal que había prestado sus servicios como enfermeros en el centro de trabajo de CEPESA en virtud de la contrata de prestación de servicios antes referida.

(doc. nº 12 y 13 CML)

SÉPTIMO.- Por sendos escritos de 14 de noviembre de 2014 CML procedió a comunicar de forma individualizada a cada uno de los trabajadores adscritos al servicio prestado en CEPESA la extinción de la relación laboral con fecha de efectos del día 30 de noviembre de 2014, fecha en la cual causarían baja en la seguridad social, "*debiendo pasar a la nueva empresa adjudicataria por subrogación con efectos del día 1 de diciembre de 2014. La nueva empresa deberá respetar todos sus derechos y obligaciones*".

Todos los trabajadores de CML, entre los que se encuentra el trabajador demandante, adscritos al servicio médico de CEPESA en virtud de la contrata causaron baja en la seguridad social a instancia de la empleadora demandada el día 30 de noviembre de 2014.

(doc. nº 14 y 15 CML)

OCTAVO.- CEPESA, por e-mail de 24 de noviembre de 2014, propuso a CML una prórroga del contrato de prestación de servicios, acompañando copia de los contratos de prórroga en el e-mail de 25 de noviembre de 2014.

CML manifestó a CEPESA por e-mail de 28 de noviembre de 2014 su negación, cuando afirmó de forma expresa que "*Por todo ello, y dado que entiendo que se trata de una maniobra de engaño y en cualquier caso, que busca un beneficio a costa de mi empresa, le confirmo que no estamos dispuestos a mantener esa prórroga de un mes*".

(doc. nº 16 a 19 CML; doc. nº 7 CEPESA)

NOVENO.- Los trabajadores que fueron contratados por CML y adscritos al servicio de CEPSA, entre los que se encuentra el trabajador demandante, siguieron prestando sus servicios profesionales bajo la dependencia de CEPSA desde el día 1 hasta el 9 de diciembre de 2014 (doc. nº 1 actor; interrogatorio parte actora; testifical).

DÉCIMO.- Por el Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz se procedió, previa denuncia del trabajador demandante, a elaborar un informe en fecha 18 de marzo de 2015, en el cual se acuerda comunicar el alta de oficio a la Seguridad Social del trabajador demandante en CEPSA desde el día 1 al 9 de diciembre de 2014, al tiempo que acordó levantar acta de liquidación de cuotas de seguridad social por el mencionado periodo de tiempo.

Concluye la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social actuante en su informe que " *los trabajadores prestaron servicios en las instalaciones de CEPSA y de CEPSA QUÍMICA desde el 1 hasta el 9 de diciembre de 2014, en beneficio y por cuenta de ambas empresas, sin haber sido dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social* ".

(doc. nº 1 actor)

UNDÉCIMO.- Por sendos escritos fechado el día 9 de diciembre de 2014 CEPSA remitió a CML mediante burofax escrito por los cuales se le informó de que era voluntad de la entidad de poner fin al contrato de arrendamiento de servicio prestados en CEPSA, S.A.U. y CEPSA QUÍMICA, S.A. desde el día 9 de diciembre de 2014 a las 22:00 horas.

Por escrito de CML dirigido a CEPSA el día 11 de diciembre de 2014 se informó a ésta que el contrato estaba resuelto desde el día 30 de noviembre de 2014, fecha en la que se comunicó por CEPSA la resolución del contrato y que fue aceptado por CML.

(doc. nº 21 y 22 CML)

DUODÉCIMO.- Por CEPSA se impugnó las actas de liquidación practicadas a instancia del Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social a raíz del informe de 18 de marzo de 2015, formalizando el correspondiente recurso de alzada por escrito de fecha 4 de diciembre de 2015 dirigido a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cádiz (doc. nº 6 CEPSA).

DÉCIMOTERCERO.- El día 10 de diciembre de 2014 CEPSA y HUELVA ASISTENCIAL, S.A. celebraron un contrato de naturaleza mercantil con la entidad CEPSA QUÍMICA, S.A.U., el cual tenía por objeto la contratación de prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios por personal especialista y diplomado para el Servicio Médico de Empresa en la planta de Guadarranque que tiene CEPSA en la localidad de San Roque (Cádiz).

Se estipuló una duración de tres años desde el día de la firma del contrato, es decir, desde el día 10 de diciembre de 2014.

(doc. nº 2 CEPSA)

DÉCIMOCUARTO.- CML contrató al trabajador demandante con el objeto de que el mismo prestara sus servicios profesionales en el centro de trabajo que CEPSA tiene en Guadarranque, en la localidad de San Roque (Cádiz).

Los medios materiales utilizados por el trabajador demandante para la prestación de sus servicios como enfermero son de titularidad de CEPSA, así como los medicamentos y fármacos expendidos por el actor con ocasión de su trabajo eran adquiridos por esta última entidad mercantil.

El horario de trabajo del trabajador era fijado por CEPSA que, a su vez, elaboraba los calendarios de trabajo.

El trabajador hacía uso del comedor de CEPSA.

Las instrucciones acerca del modo de realizar el trabajo eran impartidas por el Jefe Médico de CEPSA, sin que en el centro de trabajo existiera un encargado de CML a través de quién se debían canalizar las órdenes e instrucciones. Las instrucciones impartidas por el Jefe Médico de CEPSA iban referidas a protocolo de actuación, forma de ejecutar el trabajo, etc.

La ropa de trabajo era facilitada por CEPSA QUÍMICA, consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad. De hecho, la ropa de trabajo contaba con el distintivo de CEPSA, junto con la identificación de esta mercantil que también le fue entregada.

Tenía acceso a los datos de los trabajadores de CEPSA, donde registraba las actuaciones efectuadas. De hecho, contaba con una identificación en soporte papel que le facultaba para acceder al historial clínico de cada uno de los trabajadores de CEPSA en la planta de Guadarranque.



Asimismo, aún cuando CEPESA tenía su propio servicio de prevención (doc. nº 3 CEPESA) el actor también realizaba algunas funciones de prevención como vacunas, recogida de orina, identificación de las muestras de orina, etc.

Cubría y sustituía en el ejercicio de sus funciones a personal de enfermería de CEPESA llegado el caso que fuera necesario.

Las vacaciones, si bien eran tramitadas por CML, previamente el trabajador debía comunicarlo al Jefe Médico de CEPESA.

Las nóminas eran abonadas al trabajador por CML.

(doc. nº 4 y 5 actor; interrogatorio de CML; interrogatorio de CEPESA; e interrogatorio parte actora)

DÉCIMOQUINTO.- Cuando CML celebró el contrato de prestación de servicios con CEPESA, S.A. el día 5 de julio de 1991, ambas partes acordaron en anexo al contrato que " *La COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A., acepta que para el caso de extinción o no renovación del contrato a partir de esta fecha, (...) CEPESA se hará cargo y compensará a CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. el importe de la indemnización por despido que legalmente se correspondiera al personal de la plantilla de CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L.* " (doc. nº 2 CML).

DÉCIMISEXTO.- Se ha celebrado ante el CMAC el preceptivo acto de conciliación el 15 de enero de 2015 con un resultado de intentado SIN AVENENCIA con respecto a HUELVA ASISTENCIAL, S.A. y CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. e intentado sin efecto con respecto a CEPESA, S.A.U.

La papeleta de conciliación fue presentada el día 30 de diciembre de 2014. (documental que acompaña a la demanda).".

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpusieron Recursos de Suplicación por la parte actora y Cepsa Química S.A., que fueron impugnados de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : No conforme con la sentencia de instancia que estima la excepción de caducidad de la acción de despido frente a Centro Médico Linense S.L., estima la demanda y la existencia de cesión ilegal y declara el despido improcedente, condenado a Cepsa Química S.A. y absolviendo a Huelva Asistencial S.A., se alzan en Suplicación, con sus representaciones Letradas, tanto la parte actora, al amparo procesal del apartado c) del art. 193 LRJS , como la empresa Cepsa Química S.A., al amparo procesal de los apartados b) y c) del art. 193 LRJS .

SEGUNDO : La parte actora, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social al haber estimado la sentencia recurrida la excepción de caducidad frente a la codemandada Centro Médico Linense. Se argumenta, en síntesis, que para el cómputo del plazo de caducidad debe partirse de la fecha 9 de diciembre de 2014 cuando se le comunica al actor que ya no debe seguir prestando servicios, por lo que no debió apreciarse dicha excepción, solicitando en el suplico del escrito de recurso que con estimación de éste así se desestime la caducidad.

La cuestión objeto de ambos Recursos, se encuentra ya resuelta por esta Sala en las sentencias dictadas en sus Recursos nº 2438/2016 , 3228/2016 y 3239/2016 : "En lo que se refiere a la caducidad de la acción de despido, este motivo está conectado con una de las censuras normativas contenidas en el motivo segundo del recurso de la empresa, debiendo ser estimado por las razones que se dirán al desestimar el recurso de la empresa, debiendo anticiparse ahora que, como se razonará, no existieron dos relaciones laborales distintas con CML y CEPESA, sino cesión ilegal del actor por la primera a la segunda, situación que cesa el 1 de diciembre de 2014 -y con ella cualquier responsabilidad de la cedente derivada del despido- al continuar la misma relación laboral ya no solo material sino también formalmente con la real empleadora, existiendo tan solo un despido o extinción de la relación laboral el 9 de diciembre acordado por la real y ya formal empleadora CEPESA, dicho sea sin perjuicio de que -por las razones que se dirán al examinar el recurso empresarial- deba confirmarse la existencia de la situación de interposición ilícita que medió desde el 1 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2014 aunque solo sea a los efectos de retrotraer la antigüedad del trabajador al momento de inicio de la cesión, que es cuando se comienzan a prestar servicios realmente para la única y real empleadora CEPESA, durante un dilatado período de tiempo bajo la apariencia de relación con CML, y desde 9 días antes del despido ya directamente, de lo que se deriva la falta de legitimación pasiva *ad causam* de CML y por ello la falta de acción contra la misma. Debe por ello estimarse parcialmente el recurso del trabajador en el sentido de revocar parcialmente la sentencia para desestimar la excepción de caducidad apreciada y, en su lugar, declarar de oficio la falta de acción respecto de la codemandada Centro Médico Linense, S.L.



TERCERO : En el primer motivo del recurso de CEPESA se proponen, en dos apartados, otras tantas modificaciones fácticas, amparadas en el artículo 193.b) LRJS , afectantes al hecho probado 1º, al hecho probado 16º y al 14º. En tanto que el segundo motivo se dedica a la censura jurídica con amparo en el artículo 193.c) LRJS , desarrollándolo en cuatro apartados, para censurar respectivamente: la incongruencia de la sentencia al apreciar caducidad de la acción respecto de CML; la infracción de la Ley de Farmacia de Andalucía y la del artículo 20 de la LPRL , en relación con la cesión ilegal apreciada en sentencia; y el cálculo de la indemnización alternativa.

En cuanto a la revisión fáctica, propone con base en la documental que cita, que en el Hecho Probado 1º se diga: "... bajo la dependencia de CML desde el 15.5.2008 ..."; al Hecho Probado 16º añadir: "frente a CEPESA S.A.U. contra Huelva Asistencial S.L. y contra Centro Médico Linense S.L. y en el Acta de Conciliación consta que no comparece CEPESA S.A.U. sin que conste en este caso acreditado en el expediente la recepción de la citación" y al Hecho Probado 14º añadir: "Los medios materiales utilizados por el trabajador demandante para la prestación de sus servicios como enfermero son aportados por CML y los medicamentos fármacos expedidos por el actor con ocasión de su trabajo eran adquiridos por Cepsa Química S.A.

El horario de trabajo del trabajador era fijado de común acuerdo con sus compañeros en el marco horario establecido por CML y Cepsa Química S.A. en el contrato de arrendamiento de servicios, esto es, de lunes a jueves de 16:30 a 08:00, viernes de 13:45 a 08:00 y sábados, domingos y festivos 24 horas.

El trabajador hacía uso del comedor de CEPESA.

La ropa de trabajo era facilitada por CML consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad.

Tenía acceso restringido al historial clínico de los trabajadores de Cepsa Química Guadarranque, tanto respecto a los datos en soporte informático como a los datos en soporte papel".

El motivo debe ser rechazado, conforme constante doctrina del T.S. ejem. sentencia 5 de noviembre de 2008 nº 6599/2008 expresiva de que, "la revisión de hechos probados de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos (por todas, STS 19 de febrero de 1998 , 17 de septiembre de 2004 , 25 de enero de 2005 y 18 de mayo de 2005) y sent. Recaída en Rec. 484/2015:

1º.- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.

3º.- Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

4º.- Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación.

La valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado o no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana crítica" (arts. 316 , 348 , 376 y 382 de la LEC), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas o absurdas. La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la "sana crítica" únicamente se ve constreñida por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas (art. 1218 y 1225 del Código Civil , 319.1 y 2 , y 326.1 de la LEC , respecto de los documentos, según sean públicos, privados o administrativos), no siendo este el caso de autos, conforme SSTS del Pleno de 20-10-2015, Rec nº 172/2014 , y de 30-5-2017 , sent nº 450/2017 y que pretenden sustituir la libre y soberana apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia ex artículo 97.3 LRJS sobre el conjunto de la practicada en el plenario, por la más parcial de la parte, pretendiendo que la Sala la haga suya dicha distinta valoración, para lo que no está facultada habida cuenta la naturaleza extraordinaria, cuasi-casacional, de este tipo de recurso.

CUARTO : Por lo que hace a la censura jurídica, en el primer apartado se denuncia la infracción de los artículos 43 y 54 del Estatuto de los Trabajadores , así como del artículo 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , alegando en resumen que la sentencia recurrida incurre en incongruencia cuando: a) declara la existencia de cesión ilegal pero no condena solidariamente a cedente y cesionaria; b) declara la existencia de cesión ilegal y aprecia caducidad de la acción frente a CML, pero no respecto de Cepsa; c) declara la existencia de cesión ilegal, que implica la existencia de una sola relación laboral y sin embargo estima que



hubo dos extinciones de la misma, una el 30 de noviembre cursada por CML y otra el 9 de diciembre de 2014 cursada por Cepsa; d) declara que hay las dos relaciones laborales ya dichas y en el fallo se aparta de ello, no asumiendo que si se extinguió la primera el 30 de noviembre y la segunda el 9 de diciembre, solo ha de tenerse en cuenta una antigüedad de 9 días.

La misma cuestión planteada ahora, y la que se plantea en el siguiente apartado del motivo, han sido ya resueltas por esta Sala en diversas sentencias, ya citadas. Dijimos entonces y reiteramos ahora con la debida adaptación al caso que: "Suerte desestimatoria ha de seguir este motivo de recurso, ya que la sentencia recurrida no adolece de incongruencia. Debe analizarse si ha existido entre las empresas demandadas una descentralización productiva, que es una práctica lícita que puede llevarse a cabo por el outsourcing o por el *help desk*, o si ha existido una cesión ilegal de trabajadores. De conformidad con el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores *"en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario"*. De la hermenéutica gramatical de precepto se extrae que basta con la concurrencia de alguno de los requisitos expuestos, para que se aprecie la existencia de cesión ilegal de trabajadores, por lo que se examinan a continuación. En primer lugar, por lo tanto, se entiende que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria. Pues bien, el 1 de mayo de 2010, Centro Médico Linense, S.L. celebró un contrato de naturaleza mercantil con la entidad CEPESA QUÍMICA, S.A.U., que tenía por objeto la contratación de prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios por personal especialista y diplomado para el Servicio Médico de Empresa en la refinería que tiene CEPESA en la localidad de San Roque (Cádiz). Por consiguiente, el contrato suscrito entre las partes tenía un objeto cierto y real, no limitándose a la puesta a disposición de la mano de obra, lo que nos permite concluir que no ha concurrido esta primera circunstancia que evidenciaría la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. La segunda circunstancia exigida por el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores para acreditar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores consiste en que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable. Se analizará, por lo tanto, si la empresa cedente tiene una actividad o es una empresa ficticia. Y, en el caso de autos, Centro Médico Linense, S.L. tiene una actividad y no es una empresa ficticia. El segundo aspecto que ha de examinarse dentro de la segunda circunstancia reseñada en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores para la apreciación de la existencia de cesión ilegal de trabajadores, es si tiene una organización estable. En relación con la falta de organización estable de la empresa, debe tenerse en cuenta que para determinar la existencia de cesión ilegal de mano de obra, ha de estarse a la situación de los trabajadores en el momento de presentación de la demanda. Y, ha de concluirse que la cedente cuenta con una organización propia y estable para el desarrollo de su actividad. Es cierto como han declarado, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (Recurso 1818/2010), de 8 de marzo de 2011 (Recurso 791/2010), de 4 de marzo de 2011 (Recurso 3463/2010), de 3 de marzo de 2011 (Recurso 2092/2010), de 2 de marzo de 2011 (Recurso 2095/2010) y de 28 de febrero de 2011 (Recurso 1661/2010), que no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión lícita, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a suministrar la mano de obra sin contribuir con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. Por ello, analizaremos, a continuación, si la empresa contaba o no con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, que es la tercera circunstancia a la que se refiere el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores . Y, además, exige, como ultima circunstancia para la cesión ilegal el precepto indicado que la empresa no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Ha quedado acreditado que Centro Médico Linense, S.L. contrató a la trabajadora demandante con el objeto de que el mismo prestara sus servicios profesionales en el centro de trabajo que CEPESA tiene en Guadarranque, en la localidad de San Roque (Cádiz). Los medios materiales utilizados por la actora para la prestación de sus servicios, como enfermera, eran de la titularidad de CEPESA, así como los medicamentos y fármacos expendidos por la actora con ocasión de su trabajo eran adquiridos por esta última entidad mercantil. El horario de trabajo de la trabajadora era fijado por CEPESA que, a su vez, elaboraba los calendarios de trabajo. La trabajadora hacía uso del comedor de CEPESA. Las instrucciones acerca del modo de realizar el trabajo eran impartidas por el Jefe Médico de CEPESA, sin que en el centro de trabajo existiera un encargado de Centro Médico Linense, S.L. a través de quién se debían canalizar las órdenes e instrucciones. Las instrucciones impartidas por el Jefe Médico de CEPESA iban referidas al protocolo de actuación y, a la forma de ejecutar el trabajo. La ropa de trabajo era facilitada por CEPESA QUÍMICA, consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad. De hecho, la ropa de trabajo contaba con el distintivo de CEPESA, junto con la identificación de esta mercantil que también le fue entregada. Tenía acceso a los datos de los trabajadores de CEPESA, donde registraba las



actuaciones efectuadas. De hecho, contaba con una identificación en soporte papel que le facultaba para acceder al historial clínico de cada uno de los trabajadores de CEPSA en la planta de Guadarranque. Asimismo, aún cuando CEPSA tenía su propio servicio de prevención la actora también realizaba algunas funciones de prevención como vacunas, recogida de orina, identificación de las muestras de orina, etc. Cubría y sustituía en el ejercicio de sus funciones al personal de enfermería de CEPSA si era necesario. Las vacaciones, si bien eran tramitadas por Centro Médico Linense, S.L., previamente la trabajadora debía comunicarlo al Jefe Médico de CEPSA. Las nóminas eran abonadas a la trabajadora por Centro Médico Linense, S.L. Por consiguiente, era la empresa CEPSA QUÍMICA S.A.U. la que ejercía los poderes de dirección y organización, inherentes a la condición de empresario, por lo que concurre esta circunstancia que permite afirmar que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores. Por otra parte se alega que, si ha caducado la acción frente a la empresa Centro Médico Linense, S.L., no puede ser condenada, no siendo incongruente la sentencia de instancia por haber condenado sólo a la empresa cesionaria, a saber, CEPSA QUÍMICA S.A.U. Tampoco se aprecia incongruencia por la circunstancia de haber apreciado que la extinción se produjo de forma verbal el 9 de diciembre de 2014, sin que haya existido novación contractual ni dos relaciones laborales diferenciadas, ya que Centro Médico Linense, S.L. le comunicó al actor que a partir del 1 de diciembre de 2014 se subrogaría en su relación laboral la nueva adjudicataria, habiendo continuado prestando servicios el trabajador hasta el 9 de diciembre de 2014, ya que el día 10 la empresa CEPSA QUÍMICA S.A.U. le negó la entrada a su centro de trabajo. Estas circunstancias, en modo alguno, suponen dos relaciones laborales distintas, como afirma la recurrente, ni que se compute como antigüedad, a los efectos del despido improcedente, sólo nueve días."

En segundo lugar, se denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la Ley 22/2007 de Farmacia de Andalucía. Como Junta de Andalucía dijéramos en la sentencia de 29.06.2017 (Rº 2438/2017) antes referida, reiteramos ahora con la debida adaptación que: "Se alega que los medicamentos deben ser suministrados por una misma oficina de farmacia, tras la formalización de un contrato entre el titular del servicio médico y esta oficina, por lo que el Centro Médico Linense, S.L. no podía aportar ningún medicamento. Con independencia de que no consta esta alegación en la instancia, sin que puedan esgrimirse en el trámite del recurso de suplicación, cuestiones nuevas, lo cierto es que consta acreditado que los medios materiales utilizados por el actor para la prestación de sus servicios, como enfermero, eran de la titularidad de CEPSA, así como los medicamentos y fármacos expendidos por el actor, con ocasión de su trabajo eran adquiridos por esta última entidad mercantil."

En el apartado tercero del motivo se denuncia la infracción del artículo 20 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , en relación con el contenido revisado del hecho probado tercero, considerando que la sentencia vulnera o ignora que el amparo legal de la contratación mercantil entre las citadas empresas se encuentra en el artículo 20 de la LPRL . El fracaso de la revisión fáctica propuesta determina ahora el de esta censura jurídica, al quedar ésta huérfana del soporte probatorio que le sirve de antecedente.

En el cuarto y último apartado del motivo se denuncia la infracción del art. 56 y Disposición Transitoria Undécima del Estatuto de los Trabajadores , por discrepar del importe de la indemnización, por cuanto de la antigüedad y salario diario consignados en el hecho probado primero se seguiría una indemnización de 10.676,24 euros. Y ciertamente, siendo la antigüedad de 15.5.2008, producido el despido el 10 de diciembre de 2014 cuando ya se le impidió la prestación de trabajo, y siendo el salario regulador de 36,16 euros diarios, la indemnización reconocida en la sentencia de instancia es acorde a derecho", en cuyo sentido debe ser desestimado íntegramente el Recurso de la empresa, con pérdida del depósito efectuado para recurrir y dando a lo consignado el destino legal, firme esta resolución, con expresa condena en costas, art. 235.1 LJRS.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Con estimación parcial del Recurso de Suplicación interpuesto por la parte actora y desestimación del interpuesto por CEPSA QUÍMICA S.A., ambos frente a la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Algeciras , recaída en autos nº 106/2015 sobre Despido, promovidos por Dª. Valentina contra CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L., CEPSA QUÍMICA S.A. y HUELVA ASISTENCIAL, S.A., revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de desestimar la excepción de caducidad y en su lugar apreciar la falta de acción respecto de la codemandada CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L., manteniendo la sentencia recurrida en todo lo demás, con pérdida del depósito efectuado para recurrir y dando a lo consignado el destino legal, firme esta resolución, con expresa condena en costas a CEPSA QUÍMICA S.A., en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de seiscientos euros (600 euros) más el IVA



correspondiente que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 235.2 LRJS .

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la representación del Ministerio Fiscal ante este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, CABE RECURSO de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS ; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte al recurrente no exento, CEPESA QUÍMICA S.A., que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito especial de 600 €, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta- Expediente nº 4052-0000-35-3215-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN .- Sevilla, a ocho de noviembre de dos mil diecisiete.