



Roj: **STSJ M 1375/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:1375**

Id Cendoj: **28079340032018100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/01/2018**

Nº de Recurso: **107/2015**

Nº de Resolución: **53/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2013/0066549

Procedimiento Recurso de Suplicación 107/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid Despidos / Ceses en general 7/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 53/18-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 107/2015, formalizado por el Letrado D. PEDRO MARTI GARCIA, en nombre y representación de D. Darío , contra la sentencia de fecha 06/10/2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 7/2014, seguidos a instancia de D. Darío frente a INDRA SISTEMAS SA, NOVA NOTIO SL, FOGASA y MINISTERIO FISCAL en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ, 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. Darío ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada "Nova Notio SL" con las siguientes circunstancias personales:

Antigüedad: 9-12-2004.

Categoría profesional: Programador de Aplicaciones Informáticas.

Salario mensual: 1.911,06 euros con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

Centro de trabajo: Indra Sistemas en Torrejón de Ardoz (Madrid).

SEGUNDO.- El actor prestó servicios en las instalaciones de Indra Sistemas SA hasta el 22-10-2013.

En fecha 23 de octubre de 2013, la empresa "Nova Notio SL" entrega al trabajador carta de la misma fecha, del siguiente tenor:

"Nuestro cliente nos ha comunicado la finalización de los servicios que venía prestando por finalización de las tareas asignadas. Por tanto a partir de hoy 23 de octubre de 2013, pasa a estar pendiente de un nuevo proyecto al que podamos asignarle. Su nuevo centro de trabajo es el domicilio de la empresa, c/ Ramírez de Arellano, 17 4ª planta de Madrid.

Dado que actualmente no tenemos ningún proyecto al que asignarle ni tarea para que desempeñe, la empresa le ofrece la posibilidad de disfrutar de permiso con sueldo hasta el viernes 25 de octubre de 2013."

Dicho permiso retribuido fue prorrogado hasta la fecha de la comunicación de despido.

TERCERO.- Mediante burofax de fecha 6-11-2013 se comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo, por causas objetivas, al amparo del art. 52 c) del E.T., siendo el contenido de la carta remitida el siguiente:

"Muy Sr. Nuestro:

Por la presente le comunicamos que esta Empresa, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 52 letra c) del RO Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su nueva redacción dada por el RO 3/2012 de 10 de Febrero, se ve en la necesidad de amortizar objetivamente el puesto de trabajo que usted tiene asignado. En consecuencia, el contrato que le une a esta empresa, quedará totalmente extinguido con fecha de efectos del día 6 de noviembre de 2013.

La desaparición de su puesto de trabajo obedece a causas de producción y económicas que obligan a la amortización de su puesto de trabajo como consecuencia de la reestructuración que la Dirección de esta Empresa se ha visto obligada a llevar a cabo en su plantilla, por causas ajenas a la misma

Las causas de producción tienen su origen en la situación actual de nuestros clientes, que abandonan o paralizan los proyectos para los que estamos trabajando. Como usted conoce nuestra empresa tiene como actividad principal, el desarrollo de proyectos informáticos de nuestras empresas clientes, desarrollo que realizamos en las propias instalaciones de los clientes, para una mayor efectividad de nuestro trabajo, que, en ocasiones, puede ser parte de un todo, es decir, parte del proyecto, que necesita de su ensamblaje. Pues bien nuestro cliente Indra, nos comunica con fecha 22 de octubre que el servicio para el que a usted teníamos asignado no necesita de nuestro concurso y, consecuentemente, usted se queda sin proyecto en el que trabajar.

Nuestra empresa ha invertido en formar un grupo de desarrollo y seguridad informática para ejecutar proyectos para nuevos clientes en el sector PYME a los que se pudiera asignar el personal excedente de nuestros clientes, invirtiendo en el año pasado y en curso en torno a los 395.000 Euros. ; La verdad es que no hemos tenido éxito en los proyectos, nos pusimos en contacto con más de 200 empresas y conseguimos una facturación durante el periodo de 51,541 C. Durante el año 2013 no conseguimos ni un solo proyecto teniendo que prescindir del personal destinado a los mismos.

Durante las últimas semanas hemos repasado las solicitudes de personal para los servicios en curso, y no vemos ninguna a la que usted pudiera adaptarse en base a sus conocimientos. Es decir, no tenemos ningún trabajo en el que colocarle, poniéndolo en una disposición de total inactividad, por lo que le hemos ofrecido pasar a la situación de permiso con sueldo que actualmente disfruta.



Como consecuencia de lo anterior que se ha dado de forma repetitiva, la empresa le significa que las causas económicas se concretan en el descenso, que se viene produciendo de forma insistente, de las ventas cuyo importe en los primeros diez meses del presente año respecto al año pasado son:

Año 2.012 Año 2013

- Ventas: 4.454.908 € 3.836.357 €

- Resultado antes de impuestos: -51.280 € -199.851€

Todo lo anterior ha conllevado a que los resultados económicos de la empresa en el año pasado hayan sido negativos siendo las pérdidas antes de impuestos de 107.454,43 euros. Y en este año las pérdidas acumuladas al mes de octubre son, de -199.851 euros, advirtiendo que esta última cifra puede sufrir leves modificaciones.

Adicionalmente a lo anterior, esperamos que las pérdidas se intensifiquen a partir del mes de octubre del presente año. Esto es debido a un proceso de rebaja de costes que ha emprendido nuestro cliente Indra y que ha llamado COST- DOWN. En este proceso, nos ha impuesto como condición para la continuación de los servicios unos descuentos entre el 3% y el 4%. En nuestro caso el descuento acordado ha sido de un 3,44% que se está aplicando a partir de este 1 de octubre. Dado que la facturación anual con este cliente es de aproximadamente 3.400.000 € el impacto económico será de unos 115.000 € anuales que estarán en igual medida nuestros resultados.

La presente medida se entiende pues, adecuada para la superación o al menos, para la paliación de la situación indicada, contribuyendo a adaptar la plantilla a través de una mejor reorganización de los recursos, equilibrando de este modo los costes de los recursos humanos de la empresa a los ingresos. Por otro lado, tampoco hay previsión a corto o medio plazo de una mayor actividad o aumento de la facturación que pudiera hacer viable su puesto de trabajo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , procedemos a:

Hacerle entrega de esta comunicación escrita cuyos efectos extintivos serán con fecha del día de hoy, 6 de noviembre de 2.013. .,

Poner a su disposición, mediante transferencia urgente vía Banco de España a la cuenta en que recibe habitualmente sus haberes, la cantidad correspondiente a la indemnización legal prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el supuesto de extinción contractual por causas. objetivas es decir por el equivalente de veinte días de salario por año de servicio, prorratee por meses de los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades, cuyo importe asciende a 11.364,08 euros.

En cuanto a la fecha de efectos de la extinción de su contrato de trabajo y considerando que la misma lo es desde la fecha de recepción de la presente comunicación, de acuerdo con lo prevenido en el Artículo 53.1.c) del RD Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Empresa pone a su disposición la cantidad total de € 819,00 € brutos en concepto de sustitución en metálico de los quince días de preaviso previsto legalmente, así como de su correspondiente liquidación, saldo y finiquito de haberes y partes proporcionales devengadas hasta la fecha de la efectividad de la medida extintiva.

Sin otro particular y agradeciéndole los servicios prestados para esta compañía."

CUARTO.- Constan acreditados documentalmente los siguientes extremos:

A.- Que el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha de 9-10-2013. Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas de 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente.

B.- En fecha de 31-10-2013 se remite burofax por el sindicato CNT a la empresa demandada Nova Notio SL comunicando la constitución de la sección sindical de CNT en dicha empresa y nombrando al actor como Delegado Sindical.

QUINTO.- Nova Notio SL es una empresa que cuenta con estructura propia constituida por un Director General de Operaciones, una Directora de Recursos Humanos, una Directora Financiera, una Directora de selección, dos Coordinadores, dos trabajadores en selección de personal y alrededor de 80 trabajadores que desarrollan los proyectos que esta contrata con sus clientes, entre los que se cuenta Telefónica I+D, Hewlet Packar, GMV, Wincor Nixdorf y Software AG.

Existe un contrato marco entre Indra Sistemas SA y Nova Notio SL de 1 de enero de 2006, cuyo objeto es "Proveer servicios de consultoría, asesoramiento y/o soporte informático tanto técnico como administrativo que Indra

pueda solicitarle a través de las correspondientes Peticiones de servicios". En desarrollo de éste contrato, Nova Notio SL tiene en el momento actual 10 trabajadores de su plantilla realizando trabajos en el centro de Indra Sistemas SA de Torrejón de Ardoz, adscritos a 7 servicios que la empresa identifica como:

- 1.- Servicio NN 575 con objeto: "Control del tráfico aéreo a través del sistema ICAS, pruebas funcionales de coordinación interna".
- 2.- Servicio NN576 con objeto "Integración de módulos de software para control de tráfico aéreo , parte de métricas.
- 3.- Servicio NN550 con objeto: desarrollo de módulos concretos del sistema FIDS (pantallas para información de vuelos en aeropuertos).
- 4.- Servicio TGP-RG 4.1 con objeto: "Redacción de especificaciones"
- 5.- Servicio TGP-RG 902 con objeto: "Estadísticas del sistema Cometa" como parte del sistema de comunicación por voz.
- 6.- Servicio SSL MAR con objeto: "Interfaz gráfico de EWE 8.000 (sistema que emite señales radioeléctricas para simulaciones de guerra electrónica) y cableado del EWE 8.000.
- 7.- Servicio TGP-RG37.3 con objeto: "Pruebas de Certificación de los sistemas de comunicación por voz FAT (pruebas en fábrica) y SAT (pruebas en el centro de control aéreo) y "Optimización de radares en emplazamiento".

SEXO.- El actor prestaba servicios en base a la petición de Servicios SSL-MAR-12 que se incorpora como anexo al acuerdo marco.

SÉPTIMO.- Mediante la prueba testifical practicada en el acto de juicio oral queda acreditado:

- 1.- Que en fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Compras de Indra Sistemas, decidió que la petición de servicios SSL-MAR-12 de Novanotio, quedase finalizada a lo largo del mes de octubre de 2013. La prórroga de tal petición de servicios sólo alcanzaba hasta el 31 de octubre de 2013.
- 2.- Que en fecha 1 de octubre de 2013, Doña Almudena , del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Santos , responsable de Novanotio, que en el día anterior, 30 de septiembre, el departamento de compras le había indicado que a lo largo de octubre se iba a finalizar esta petición de servicios y que seguramente, aunque aún no se sabía la fecha, la finalización se produjese en la segunda quincena del mes.
- 3.- Que ese mismo día 1 de octubre, el Sr. Santos acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Miguel Ángel , en la cual estuvieron hablando de la extinción de la petición de servicios, se marchó a hablar con el actor para informarle que se terminaba el contrato con Indra donde prestaba servicios.

OCTAVO.- El actor estaba asignado a tareas auxiliares del departamento, tales como encargarse de la remisión y recepción de las piezas objeto del servicio. Realizaba los envíos hacia bases aéreas o del Ministerio de Defensa o incluso a bases en el extranjero. Dichos envíos eran confidenciales, restringidos y de alta seguridad por lo que el responsable de Indra comunicaba al actor lo que debía de hacer y este lo llevaba a efecto. Lo mismo ocurría con las recepciones en las que el actor seguía el método específico que le era conocido.

El actor utilizaba un ordenador de Indra, con aplicaciones informáticas específicas de dicha empresa.

NOVENO.- De la prueba documental obrante en autos se acredita:

- 1.- Que el actor en sus correos simplemente informa de su vacaciones a Indra. Igualmente de los permisos que disfrutaba.
- 2.- Que el actor, efectivamente, tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones de Indra, pero consta acreditado que existen dos tipos de tarjetas a tal fin, la del propio personal de Indra y la de personal externo (de color blanco y verde respectivamente).
- 3.- El actor no tiene el mismo acceso a internet, ni el mismo correo electrónico, ni el mismo acceso a la Indraweb y las aplicaciones que el personal de plantilla de Indra.

DÉCIMO.- Consta en autos informe pericial técnico, ratificado en el acto de juicio oral, junto con las cuentas presentadas en el Registro Mercantil, que acreditan que la empresa "Nova Notio SL" obtuvo pérdidas en los años 2012 y 2013.

En los gastos de la compañía se refleja en la partida de gastos de personal un porcentaje cercano al 100 % de lo facturado, y un descenso de facturación (40% en el año 2010).

UNDÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.



DUODÉCIMO.- En fecha de 13-12-2013 se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de Sin Avenencia.

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

Que DESESTIMANDO la demandada interpuesta por D. Darío contra NOVA NOTIO SL, INDRA SISTEMAS SA y FOGASA, siendo parte el Ministerio Fiscal, en materia de despido y cesión ilegal debo absolver y absuelvo a las empresas demandadas de las pretensiones en su contra ejercitadas por el actor en su escrito de demanda, declarándose PROCEDENTE la decisión extintiva empresarial por encontrarse ajustada a derecho.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. Darío, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes INDRA SISTEMAS SA y NOVA NOTIO SL.

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 en fecha 11/02/2015, dictándose sentencia de fecha 20/07/2015, la cual fue objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

SEXTO: El Tribunal Supremo dictó sentencia nº 463/17 de fecha 31/05/17 que casaba y anulaba la dictada por esta Sección.

SÉPTIMO: Recibidas el 27/09/2017 las actuaciones en esta Sala, se dispuso el pase de los autos al Sr. Magistrado Ponente, señalándose el día 09/01/2018 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. - Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la demandante que pretendía que se declarara que había sido objeto de un despido nulo o subsidiariamente improcedente por parte de las empresas NOVA NOTIO SL e INDRA SISTEMAS SA se interpone el presente recurso de suplicación por el trabajador que tiene por objeto: a) la reposición de las autos al momento anterior a dictarse sentencia por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que han causado indefensión al recurrente; b) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, y; c) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

Esta Sala dictó sentencia el 20 de julio de 2015 que desestimó "el recurso de suplicación interpuesto por don Darío contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de Madrid con fecha 6 de octubre de 2014 en autos 7/2014, sobre despido, seguidos a instancia de la recurrente contra las empresas NOVA NOTIO SL e INDRA SISTEMAS SA y en su consecuencia confirmamos la citada resolución.", que ha sido revocada por la dictada por el Tribunal Supremo el 31 de mayo de 2017, que acordó "Casar y anular la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 107/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2014, recaída en autos núm. 7/2014, seguidos a instancia de D. Darío, contra Nova Notio SL; Indra Sistemas SA; FOGASA y el Ministerio Fiscal, sobre Despido. 3.- Devolver las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva todas las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, teniendo en cuenta que deberá pronunciarse sobre la cesión ilegal invocada por la recurrente."

SEGUNDO. - Sentado lo anterior esta Sala reitera lo reseñado en los fundamentos segundo a quinto de la anterior resolución anulada de 20 de julio de 2015 en la que se reseñaba literalmente: "SEGUNDO.- Con carácter previo hemos de resolver si procede la admisión del documento presentado por el demandante junto al recurso -grabación de una conversación mantenida por el actor el 23 de octubre de 2013-, y ello sin acudir al trámite de audiencia previsto en el artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al no ser preceptiva en el presente caso, por cuanto el documento fue aportado con el recurso de suplicación y el recurrido pudo combatirlo y de hecho lo hace en su impugnación.

El artículo 233 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establece en su apartado primero: "La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si el recurrente presentara algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto motivado contra el que no cabrá recurso de súplica."



El Tribunal Supremo por su parte en sentencia de 14 de mayo de 2013 señala que: "En relación al art. 231 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) EDL1995/13689, la doctrina de esta Sala IV puede considerarse consolidada a partir de los criterios sentados en la STS de 5 de diciembre de 2007 (rec. 1928/2004) EDJ2007/260434 , dictada por el Pleno de la Sala, (reiterada por numerosas sentencias posteriores, entre las más recientes: las STS de 11 octubre 2011 -rcud. 64/2010 - EDJ2011/287016 , 8 mayo 2012 -rcud. 247/2012 -, 15 julio 2012 -rcud. 158/2011 - y 16 noviembre 2012 -rec. 236/2011 - EDJ2012/263611).

Dicha doctrina partía de lo dispuesto en los arts. 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) EDL 2000/77463, para afirmar que los únicos documentos que podían ser admitidos eran los que tuvieran la condición formal de "sentencias o resoluciones judiciales o administrativas" firmes; exigiéndose, además, que la sentencia o resolución administrativa en cuestión hubiera sido dictada o notificada en fecha posterior al juicio oral; y, finalmente, que resultaran decisivas para la solución de la cuestión planteada. Por consiguiente, si no se trataba de documentos de tales características, habrían de ser rechazados y devueltos a la parte que los aportó, sin posibilidad de ser tenidos en cuenta.

En el texto del vigente art. 233 LRJS se hace mención tanto a las sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes, como a "documentos decisivos para la resolución del recurso". No obstante esta ampliación respecto de la norma legal anterior, se sigue condicionando la admisibilidad de todos ellos al requisito de que no hubieran podido aportarse anteriormente por causas no imputables a la parte que ahora los pretende incorporar y, además, a la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) que el documento pudiera servir para dar lugar a ulterior recurso de revisión; o b) que fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental." Y más adelante concluye que: "Nada de todo ello se aprecia en el documento propuesto por la empresa recurrente, pues se trata de un documento privado elaborado con posterioridad a la fecha de la sentencia recurrida EDJ2012/60905; el cual, además, lo que plasma es un acuerdo posterior a la misma, es decir, un hecho acontecido después de dictarse sentencia en la instancia."

En el supuesto de autos el documento que aporta la recurrente con el recurso no puede admitirse pues disponía del mismo en el momento del acto del juicio y nada le impedía haberlo aportado en ese momento.

TERCERO.- Mediante el primer motivo del recurso formulado al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción del artículo 87.6 de la Ley de Procedimiento Laboral - entendemos que quiere decir de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- y el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Sostiene en síntesis la recurrente que se le ha ocasionado indefensión, pues al haber hecho el juez de instancia uso de la facultad que le atribuye el artículo 86.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social concediendo a las partes la posibilidad de efectuar sucintas conclusiones complementarias, dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, se le ha causado indefensión porque la empresa hace diversas alegaciones respecto a la grabación de un dvd que aportó la actora afirmando que fue modificada e impidiendo a la recurrente aportar el original de la grabación, añadiendo que las conclusiones de los demandados fueron comunicadas a la actora el 10 de octubre de 2014 con posterioridad a que se dictara sentencia, por lo que no habría podido hacer uso del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Lo primero que debe resaltarse es que el juez de instancia hizo uso de la facultad que le atribuye el artículo 87.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que se efectuaran sucintas conclusiones complementarias respecto a la ingente prueba documental aportada, no para que se hicieran respecto a la grabación reseñada, por lo que en su caso las que hubiera podido hacer las demandadas al respecto se tendrían por no puestas. Por otra parte, el juez de instancia en ningún momento habría hecho suya la alegación que el recurrente dice que hizo la empresa conforme la grabación habría sido modificada, sino que literalmente recoge que "...tanto los correos electrónicos como la grabación de la conversación que presenta como pruebas no vienen a aportar ningún indicio que permita apreciar una cesión ilegal, más allá de la interpretación subjetiva que el actor da a la valoración de aquellos medios de prueba...", por lo que resultarían irrelevantes las manifestaciones que pudiera haber hecho al respecto, no debiendo olvidar tampoco que las grabaciones de audio y vídeo, aportadas al acto de juicio, no tienen el carácter de prueba documental , a efectos de la revisión de los hechos declarados probados de conformidad con lo reseñado en las sentencias del Tribunal Supremo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, recurso 786/2012 , que han seguido la dictada por esta misma Sala el 20 de febrero de 2012, recurso 3982/2011 y 20 de enero de 2014, recurso 1664/2013 , por lo que tampoco podrían ser tenidas en cuenta por esta Sala y además difícilmente se puede haber infringido por el Juzgado el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que se refiere a la grabación, dado que esta no es un documento como ya se ha dicho y ese precepto se refiere a los documentos privados. Por todo lo dicho es irrelevante que a la recurrente se diera traslado de las conclusiones complementarias realizadas por las demandadas y consecuentemente se desestima este motivo del recurso.



CUARTO.- Mediante los siguientes tres motivos del recurso -dos segundos-, formulados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesa la recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente la modificación de los ordinales, cuarto, segundo y la supresión del séptimo.

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- 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 a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior se examinarán cada uno de los hechos que se pretende modificar.

Por lo que se refiere a la primera revisión que interesa, la del epígrafe A) ordinal cuarto, pretende que se redacte en los siguientes términos: "A.- Que el actor interpuesto papeleta de conciliación ante el SMAC, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha de 9-10-2013, señalándose en el hecho décimo octavo de la citada papeleta que: "El trabajador opta por su integración en la empresa INDRA". Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente.", lo que basa en los documentos que obran a los folios 2210, 3726 y 3819 de autos.

No se accede a esa modificación, pues aunque fuera cierto es absolutamente irrelevante como se verá más adelante.

En cuanto a la modificación del ordinal segundo, pretende el recurrente que se intercale un párrafo entre los dos primeros que se ajuste al siguiente tenor literal: "El 22 de octubre de 2013 la empresa INDRA comunica a NOVA NOTIO SL la finalización del servicio que venía prestando en ella Darío ", lo que basa en los documentos que obran a los folios 2742 y 2743 de autos.

No se accede a esta modificación, pues es irrelevante y se puede deducir del propio ordinal segundo del relato fáctico.

Finalmente, y por lo que se refiere a la supresión del ordinal séptimo, no se puede acceder a esta pretensión, pues tal y como se ha anticipado las grabaciones de audio y vídeo no tienen el carácter de prueba documental, a efectos de la revisión de los hechos declarados probados de conformidad con lo reseñado en las sentencias del Tribunal Supremo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, recurso 786/2012, que han seguido las dictadas por esta misma Sala el 20 de febrero de 2012, recurso 3982/2011 y 20 de enero de 2014, recurso 1664/2013.

QUINTO.- El motivo tercero -el segundo- del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción del artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por entender que se infringe la garantía de indemnidad aunque no precisa porque se entienden infringidos los referidos preceptos y el sexto motivo denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que el motivo de dar por concluido el servicio la empresa INDRA SISTEMAS SA fue la papeleta de conciliación que había presentado el demandante contra las empresas demandadas para que se declarara que existía un cesión ilegal por parte de NOVA NOTIO SL a INDRA SISTEMAS SA y que por ello el cese constituiría un despido nulo, lo que viene a reiterar en el último motivo en el que denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.



El Tribunal Constitucional en las sentencias 114/89 , 266/93 y 144/99, que el Tribunal Supremo sigue en las suyas de 24 de septiembre de 1986 y 14 de julio de 1992 , señala que en las causas en que se alegue que un determinado comportamiento o decisión empresarial es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, es al empleador a quien incumbe la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable tal determinación permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción contraria a la legitimidad deducible claramente de las circunstancias, pero es lo cierto que también el mismo Tribunal Constitucional argumenta en sentencia 136 de 18 de junio de 2001 reiterando las de 14 de febrero de 1992 , 22 de julio de 1999 y 31 de enero de 2000, que para imponer al empresario la carga probatoria descrita no basta la mera alegación del demandante ya que no está beneficiada de presunción alguna de veracidad sino que es menester que tal alegación se refleje en hechos o circunstancias de los que resulte la apariencia de la violación denunciada o haga verosímil su imputación, debiendo rechazarse y vedar la posibilidad de estimación a cualesquiera afirmaciones fácticas o instrumentalmente dirigidas a obtener la favorable posición procesal de atribuir el deber de probar al contrario, a no ser que estén apoyadas en la coherencia y solidez de generar una razonable sospecha o presunción a favor de las afirmaciones del trabajador porque, como sustenta ahora el Tribunal Supremo en las suyas de 11 de abril de 1990, 13 de marzo y 30 de noviembre de 1991, la especial naturaleza del atentado a los derechos fundamentales y libertades sindicales constituye una figura excepcional y extrema cuya declaración de existencia exige la concurrencia de elevadas dosis de arbitrariedad y capricho en la actuación del empresario sin que sea suficiente que la misma sea ilícita o contraria a la Ley, sino que esa ilegalidad ha de ser intensa y superlativa resultando con ella vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico-laboral.

En el supuesto de autos el trabajador ha presentado indicios de los que resulta la apariencia de la violación de sus derechos fundamentales, concretamente la garantía de la indemnidad, pues su despido tiene lugar a los pocos días de que presentara una papeleta de conciliación en la que alega que ha sido objeto de una cesión ilegal, pero en el relato facticio también consta que el actor estaba adscrito a "Servicio TGP-RG37.3 con objeto: "Pruebas de Certificación de los sistemas de comunicación por voz FAT (pruebas en fábrica) y SAT (pruebas en el centro de control aéreo) y "Optimización de radares en emplazamiento" y el ordinal séptimo del relato fáctico recoge expresamente que "1.- Que en fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Compras de Indra Sistemas, decidió que la petición de servicios SSL-MAR-12 de Novanotio, quedase finalizada a lo largo del mes de octubre de 2013. La prórroga de tal petición de servicios sólo alcanzaba hasta el 31 de octubre de 2013.

2.- Que en fecha 1 de octubre de 2013, Doña Almudena , del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Santos , responsable de Novanotio, que en el día anterior, 30 de septiembre, el departamento de compras le había indicado que a lo largo de octubre se iba a finalizar esta petición de servicios y que seguramente, aunque aún no se sabía la fecha, la finalización se produjese en la segunda quincena del mes.

3.- Que ese mismo día 1 de octubre, el Sr. Santos acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Miguel Ángel , en la cual estuvieron hablando de la extinción de la petición de servicios, se marchó a hablar con el actor para informarle que se terminaba el contrato con Indra donde prestaba servicios.", por lo que resulta claro que en el supuesto de autos el actor presenta la papeleta de conciliación con posterioridad a la fecha en que es informado de que en el mes de octubre va a finalizar el contrato de arrendamiento de servicios entre las empresas, o lo que es lo mismo la presentación de la papeleta de conciliación en la que manifiesta que ha sido objeto de una cesión ilegal responde a que conoce que se va a producir una extinción del servicio y no a la inversa y consecuentemente entendemos que ha quedado eliminada cualquier sospecha o presunción contraria a la legitimidad de la decisión de extinguir el servicio y posterior cese del demandante."

TERCERO. - Por lo que se refiere al motivo cuarto del recurso formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que denuncia la infracción del artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , obviamente se está a lo resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo ya reseñada en el fundamento jurídico primero de esta resolución.

CUARTO. - El quinto motivo del recurso formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que cita al desarrollar el motivo.

Sostiene en síntesis la recurrente que en el supuesto de autos existe cesión ilegal de trabajadores habida cuenta que la propia sentencia de instancia admite que el actor desarrolla su labor profesional en el centro de trabajo de Indra, con sus medios materiales y con las órdenes e instrucciones técnicas impartidas por el personal de INDRA.

El artículo 43 del Estatuto de los recoge que para que se pueda apreciar que existe cesión ilegal es preciso "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".

Por su parte la jurisprudencia (sentencias del TS de 11-7-12 recurso 1591/2011 y 5-11-12 4282/2011, entre las más recientes) afirman que *"Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndolo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET- y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismo - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente."*

En el supuesto de autos tal y como refleja el ordinal octavo del relato fáctico *"El actor estaba asignado a tareas auxiliares del departamento, tales como encargarse de la remisión y recepción de las piezas objeto del servicio. Realizaba los envíos hacia bases aéreas o del Ministerio de Defensa o incluso a bases en el extranjero. Dichos envíos eran confidenciales, restringidos y de alta seguridad por lo que el responsable de Indra comunicaba al actor lo que debía de hacer y este lo llevaba a efecto. Lo mismo ocurría con las recepciones en las que el actor seguía el método específico que le era conocido. El actor utilizaba un ordenador de Indra, con aplicaciones informáticas específicas de dicha empresa."*, y en el ordinal noveno figura que *"1.- Que el actor en sus correos simplemente informa de su vacaciones a Indra. Igualmente de los permisos que disfrutaba.*

2.- Que el actor, efectivamente, tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones de Indra, pero consta acreditado que existen dos tipos de tarjetas a tal fin, la del propio personal de Indra y la de personal externo (de color blanco y verde respectivamente).

3.- El actor no tiene el mismo acceso a internet, ni el mismo correo electrónico, ni el mismo acceso a la Indraweb y las aplicaciones que el personal de plantilla de Indra.", por lo que entendemos que existe efectivamente una cesión ilegal de trabajadores dado que el actor realizaba sus funciones bajo la supervisión directa de INDRA SISTEMAS SA, sin que existiera si quiera un coordinador la empresa NOVA NOTIO SL, no siendo argumento válido para justificar la dependencia directa respecto de INDRA SISTEMAS SA que la naturaleza de la actividad lo exigiera así, pues una cosa es que se utilice el material proporcionado por NOVA NOTIO SL -ordenador, correo electrónico...- para desempeñar las tareas, al ser preciso el control de la actividad al estar relacionadas las materias con la defensa nacional y otra muy distinta que por ese motivo no tuviera que recibir las órdenes de la empresa NOVA NOTIO SL, porque ello lo que acreditaría es que la actividad que realizaba el actor no podía ser objeto de una contrata y que debía desempeñarse directamente por INDRA, no siendo elementos que permitan afirmar que no existe cesión el hecho de que la tarjeta de acceso del actor a las instalaciones de Indra sea distinta que la del personal de Indra o que también lo sea el acceso a internet, el correo electrónico o el acceso a la Indraweb, por lo que debemos concluir que en el supuesto de autos sí que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores y por ello al existir un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, en que el verdadero empresario es NOVA NOTIO SL no puede operar la causa extintiva del artículo 52.c) Estatuto de los Trabajadores, por lo que el cese es constitutivo de un despido improcedente, rechazando la nulidad del despido que se interesaba, por los argumentos recogidos en el fundamento jurídico tercero, pues en el supuesto de autos el actor presenta la papeleta de conciliación con posterioridad a la fecha en que es informado de que en el mes de octubre va a finalizar el contrato de arrendamiento de servicios entre las empresas, o lo que es lo mismo la presentación de la papeleta de conciliación en la que manifiesta que ha sido objeto de una cesión ilegal responde a que conoce que se va a producir una extinción del servicio y no a la inversa y consecuentemente entendemos que ha quedado eliminada cualquier sospecha o presunción contraria a la legitimidad de la decisión de extinguir el servicio y posterior cese del demandante, lo que lleva consigo que estimemos en parte el recurso formulado, teniendo en cuenta que el actor ya ha reseñado que su opción es no mantener la relación con NOVA NOTIO SL, sino con INDRA SISTEMAS SA.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,



FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por don Darío contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid de fecha 6 de octubre de 2014 seguidos a instancia del recurrente contra NOVA NOTIO SL, INDRA SISTEMAS SA, FOGASA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia y declaramos la improcedencia del despido y condenamos a las empresas demandadas a estar y pasar por la precedente declaración, y al haber optado el trabajador por incorporarse a la plantilla de INDRA SISTEMAS SA, puede esta optar entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a abonarle una indemnización legal de 24.122,88 euros.

En el caso de que la empresa opte por la readmisión del actor, debemos condenarla a abonarle la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 62,82 euros. Sin costas.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0107-15 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 2828- 0000-00-0107-15.

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 13/02/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.