



Roj: **STSJ NA 220/2018 - ECLI: ES:TSJNA:2018:220**

Id Cendoj: **31201340012018100131**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **85/2018**

Nº de Resolución: **115/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL AZAGRA SOLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D^a CARMEN ARNEDE DIEZ

PRESIDENTA EN FUNCIONES

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a DIECISIETE DE ABRIL de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N^o 115/2018

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA MARTA HERNÁNDEZ GOÑI, en nombre y representación de DOÑA Vanesa , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N^o 2 de Pamplona/Iruña sobre Materias laborales individuales, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON MIGUEL AZAGRA SOLANO, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social n^o DOS de los de Navarra, se presentó demanda por DOÑA Vanesa , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare el derecho de la demandante a adquirir la condición de indefinida, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, condenando a dichas empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración, con los demás pronunciamientos inherentes.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Dña Vanesa frente a Quest Global Engineering España SL y Gamesa Innovation and Technology SL, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.- La parte actora desistió de su reclamación frente a Gamesa Corporación Tecnológica SA."

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- 1.- Dña Vanesa fue contratada por Quest Global Engineering España SL (en adelante, Quest) en fecha 14 de enero de 2013 con la categoría de ingeniera técnica (conformidad).- 2.- Presta servicios en las instalaciones de la codemandada Gamesa Innovation and Technology SL (en adelante, Gamesa) (conformidad).- 3.- Con efectos del 1 de abril de 2014



se le incrementó su salario un 31% (hasta bruto de 25.760 anual). Con efectos del 1 de abril de 2015 se le incrementó un 7% (hasta bruto de 27.700 anual). En 2016 se le comunicó que su salario no sufriría aumento (testifical de Dña Gracia y folios 808 a 812).- SEGUNDO.- 1.- Quest se constituyó el 9 de mayo de 2003 bajo la denominación de Interface Ingeniería Ibérica SL. Posteriormente pasó a adoptar la denominación actual tras fusión por absorción de Zenit Consultores de Nuevas Tecnologías SL (folios 467 a 496).- 2.- Tiene código cuenta cotización en Pamplona. Obra en autos informe de vida laboral, con altas y bajas, actualizado a 9 de febrero de 2017, que se tiene por reproducido. Tiene también c.c.c. en otras ciudades (Cartagena, Sevilla, Valladolid, Ferrol, Puerto Real, Zamudio, etc) (folios 497 a 509).- 3.- Obra en autos y se tiene por reproducido organigrama de Quest y declaración anual de operaciones con terceras personas (modelo 347 de la AET) de los años 2015, 2016 y 2017 (folios 510 a 578).- TERCERO.- 1.- Gamesa y Quest suscribieron acuerdo marco de prestación de servicios el 11 de julio de 2013, siendo su objeto el de asistencia técnica, que se tiene por reproducido. En anexo se relacionan los precios de facturación por horas de ingeniero superior en cuatro niveles: junior (0 a 3 años), senior (3-5 años), senior de más de cinco años y jefe de proyecto. El contrato fue renovado el 1 de enero de 2016 (folios 157 a 170, 579 a 615, 1039 a 1068 y 1125 a 1138).- 2.- Obra en autos facturas emitidas por Quest a Gamesa referidas a la prestación de servicios de asistencia técnica (folios 635 a 745 y 1147 a 1629).- CUARTO.- 1.- La actora fue contratada por Quest para prestar asistencia técnica a Gamesa en el marco del contrato entonces vigente entre las mercantiles. Inicialmente se le asignaron tareas relacionadas con el desarrollo del programa Scada (folios 746 a 763 y 794 a 807).- 2.- Con posterioridad, en septiembre de 2013, se integró a la demandante en tareas de desarrollo del paquete de informático adquirido a Iberdrola/Iberinco para integración y gestión remota de parques eólicos. Obra en autos y se tiene por reproducida la oferta comercial de Quest sobre tal proyecto. Su trabajo es muy específico y consiste en el desarrollo del sistema adquirido para integrar todos los parques en los que trabaja Gamesa con la finalidad de controlar en remoto la energía producida y volcarla en la Red Eléctrica Española. Se han integrado ya 220 parques y resta por hacerlo con unos 180 (testificales de D. Jose Luis , D. Amador y Dña Gracia y folios 203 a 206, 620 a 634 y 1069 a 1117).- QUINTO.- 1.- Se le asignó cuenta de correo y acceso a servidor de Gamesa (gamesacorp.com) (folios 175 a 178).- 2.- Para acceder a las aplicaciones y programas en los que trabaja debe hacerlo desde los equipos y servidor de Gamesa, siendo ello una exigencia de ciberseguridad para los centros delegados de Red Eléctrica Española (testifical de D. Jose Luis).- 3.- Dispone también de otra cuenta de correo, de Quest (dominio quest-global.com) (folios 302 a 306y testifical de Dña Amalia).- SEXTO.- 1.- Gamesa es centro delegado de Red Eléctrica Española y debe cumplir por ello determinados requisitos y exigencias técnicas y de seguridad que le son impuestos legalmente en aplicación de la normativa sobre producción eléctrica (testifical de D. Jose Luis y folios 1031 a 1038).- 2.- Obra en autos protocolo de ciberseguridad para la prestación de servicios en Gamesa por parte de las contratadas externas, que se tiene por reproducido (folios 1012 a 1014).- SÉPTIMO.- 1.- La actora está integrada en equipo de trabajo en el que prestan servicios personal de Gamesa y de Quest (testificales de D. Jose Luis y D. Ildefonso).- 2.- Es convocada a las reuniones de seguimiento del proyecto en el que trabaja y a las de coordinación (folios 207 a 281 y testificales de Jose Luis).- OCTAVO.- 1.- Quest impartió a la actora formación en materia de prevención de riesgos, seguridad y salud y código de conducta (folios 764 a 772 y 790 a 793).- 2.- Quest realizó a la actora, a través de la sociedad de prevención "Prevenout", los reconocimientos médicos periódicos de evaluación de salud laboral (folios 780 a 785).- 3.- Le realiza también evaluación anual del desempeño (folios 813 a 815).- 4.- Obrar en autos correos electrónicos entre la demandante y Quest, que se tienen por reproducidos, en materia de comunicación de baja médica, reconocimientos médicos, permisos, cuestiones retributivas, vacaciones, regularización de horas, etc (folios 839 a 978).- 5.- La demandante solicitaba las vacaciones de Quest a través de la aplicación a la que tiene acceso. Con carácter previo a la concesión debía acordar las ausencias con el coordinador de Gamesa para que no quedara desatendido en ningún momento el proyecto en el que trabaja, de manera que siempre quedara alguno de los trabajadores que participan en él (testificales de Dña Gracia , Dña Amalia y D. Jose Luis y folios 282, 816, 817, 848 y 849).- 6.- Obra en autos copia de correos electrónicos en los que la demandante es emisora o receptora. Para obtenerlos se procedió a clonación del disco duro del portátil que utilizaba, propiedad de Gamesa, así como al historial de navegación. Obra en autos pericial técnica, que se tiene por reproducida, siendo los correos aportados (sin índice ni referencias a hechos concretos de la demanda) casi en su totalidad de carácter técnico en relación al trabajo que desarrolla (folios 287 a 463 y pericial técnica de D. Torcuato).- NOVENO.- Con motivo de la referida copia de correos electrónicos e historial de navegación desde el equipo portátil que se le había asignado para su presentación en el acto del juicio oral de las presentes actuaciones, tras suspensión de la vista de junio de 2017, se abrió a la demandante expediente disciplinario por parte de Quest y se le retiró el portátil. Con posterioridad, se le facilitó otro equipo, propiedad de Quest, que no disponía inicialmente del software apropiado para el desarrollo de su tarea, que es propiedad de Gamesa y es la que decide en los equipos en los que se instala (folios 1015 a 1029 y testifical de Dña Amalia y grabación efectuada que obra en USB obrante en folio 286; hay transcripción de la grabación en folios 284 y 285).- DÉCIMO.- 1.- La actora mantuvo chat con el coordinador del proyecto en el que trabaja, D. Jose Luis , de Gamesa, el 10 de octubre de 2016, en el que reclamaba subida salarial. Se le contestó por parte de D. Jose Luis indicándole



que hablaría con "ventas" (quiso decir "compras") para gestionar su solicitud (folio 292, pericial técnica de D. Torcuato y testifical de D. Jose Luis).- 2.- D. Jose Luis quería indicarle que haría la gestión con su responsable para subir la tarifa que Gamesa paga a Quest (testifical de D. Jose Luis).- 3.- Es habitual que cuando se quiere retener a un ingeniero o profesional de contrata externa, se gestione desde compras una subida de la tarifa de facturación abonada por Gamesa la empleadora. En cualquier caso, es ésta la que acepta o no el incremento retributivo y, en su caso, el porcentaje de incremento, desconociendo siempre Gamesa estos aspectos (testifical de D. Bernardino y D. Jose Luis).- UNDÉCIMO.- La actora ha participado en las acciones formativas en las que Gamesa ha entendido que debía hacerlo para el desarrollo de su trabajo de integración de parques eólicos. Así, de manera especial, a la impartida por Iberdrola sobre con conocimiento y desarrollo del sistema que se le adquirió y en otros (redes, protocolos industriales, red eléctrica, etc). La asistencia de la demandante a tales acciones formativas se le facturaba posteriormente a Quest (testificales de Dña Gracia y D. Jose Luis folios 179 a 202, 991 a 1007, 1118 a 1124 y 1139 a 1146). E.- DUODÉCIMO.- Quest controla los tiempos de trabajo de la demandante a través de herramienta interna IPMS. Los datos obtenidos los utiliza para la facturación. A su vez, Gamesa revisa las horas facturadas en función de los datos de su propio control y las valida (testifical de D. Bernardino y folios 818 a 838).- DECIMOTERCERO.- Se intentó conciliación ante el Tribunal Laboral de Navarra el 28 de octubre de 2016, culminando el acto con el resultado de sin avenencia (folio 6)".

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan dos motivos, el primero al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para revisar los hechos declarados probados, y el segundo, amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación legal de las demandadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Social desestima la demanda promovida por D^a. Vanesa contra las empresas "Quest Global Engineering España, S.L." y "Gamesa Innovation and Technology, S.L.", y absuelve a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra. Las referidas pretensiones, como así recoge el párrafo primero del fundamento de derecho segundo de la decisión de instancia, quedaron circunscritas al intento de obtener un pronunciamiento en el que se declarara la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en la que "Gamesa", y no la empresa "Quest", debía ser considerada empleadora real de la trabajadora demandante, al ejercer aquella de forma efectiva el poder de dirección empresarial. En la petición, la demandante postulaba también que, como consecuencia de la declaración anterior, se reconociera su derecho a adquirir la condición de trabajadora indefinida, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria.

El pronunciamiento dictado en la instancia rechaza la solicitud en el convencimiento de que la mercantil "Quest Global Engineering España, S.L." no solo tiene una organización propia, estable y que cuenta con los medios precisos para ejercer su actividad, sino que -a su vez- y respecto de la demandante, ejerce de manera plena las funciones inherentes a su condición de empleador.

Pues bien, este pronunciamiento no se comparte por la representación letrada de la Sra. Vanesa, interponiendo -por esa razón- el presente recurso, que ampara en varias peticiones tendentes a obtener, tanto la revisión del relato fáctico de la resolución controvertida, como a cuestionar el derecho aplicado en ella.

SEGUNDO: El primer motivo del recurso se destina a pedir la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, efectuando a este respecto, diez solicitudes revisorias distintas que deben ser objeto de respuesta diferenciada.

1º.- Se solicita -en primer lugar- la adición, al hecho probado segundo, de un cuarto apartado con el siguiente tenor literal:

"Ambas empresas, Quest y Gamesa se dedican a la misma actividad, la de ejecución de proyectos de ingeniería y desarrollo e implantación de software necesario para el control de aerogeneradores. El objeto de prestación de servicios entre ambas empresas consiste en la ejecución por parte de Quest a Gamesa de servicios de ingeniería en la modalidad de asistencia técnica y/o paquete cerrado y el contrato de obra de la trabajadora recoge que el apoyo a la oficina técnica de servicios de Gamesa"

Este añadido se basa en los documentos obrantes a los folios 151-156; 156-170; y 171-174 de las actuaciones, y no puede ser admitido por lo siguiente: la parte que interpone el recurso intenta variar el relato del hecho segundo sobre la base del contenido de documentos valorados judicialmente, tal y como así se desprende



del fundamento de derecho primero de la resolución combatida y de la referencia explícita efectuada en el hecho tercero al Acuerdo Marco de Prestación de Servicios suscrito -en el año 2013- entre las empresas codemandadas.

La valoración que de estos documentos se hace en la instancia de ninguna forma resulta errónea, no quedando acreditado error valorativo alguno que precise de su corrección por esta Sala. Muy por el contrario, el texto que pretende adicionarse no se desprende, salvo si acudimos a conjeturas o hipótesis, de los documentos en los que se fundamenta. Así, del documento que consta en los folios 171 a 174 (Información General Mercantil) no se deduce ni acredita que las dos empresas codemandadas se dediquen a la misma actividad o tengan el mismo objeto social. Por el contrario, la prueba aportada por "Quest" a las actuaciones (doc. 1, 2 y 6) sirve para confirmar la diversidad de sus actividades. De lo expuesto en el motivo de suplicación lo que sí parece desprenderse es una confusión entre el contenido del Acuerdo de Prestación de Servicios (folios 157 a 170; 579 a 615), en donde se hace expresa referencia a servicios de ingeniería en su modalidad de servicios de asistencia técnica, y las adjudicaciones concretas de contratos derivadas de la puesta en funcionamiento del mencionado Acuerdo Marco, y a estas deberemos atender para dar respuesta a la cuestión ahora controvertida.

2º.- Se pide en segundo lugar la modificación del hecho probado cuarto en su apartado 1, postulando que al mismo se le dé el siguiente contenido:

"La actora fue contratada por Quest para prestar asistencia técnica a Gamesa en el marco del contrato entonces vigente en las mercantiles, consignándose en el contrato de trabajo de la actora que el objeto del mismo era "apoyo a la oficina técnica de servicios de Gamesa" sin incluir la obra concreta o proyecto al que se iba a dedicar la trabajadora. En el contrato de prestación de servicios entre ambas empresas se consigna como causa del mismo "la ejecución por parte de la ingeniería a Gamesa de servicios de ingeniería en la modalidad de asistencia técnica y/o paquete cerrado".

Inicialmente le fueron asignadas a la actora por parte de Gamesa tareas relacionadas con el programa Scada, desde agosto de 2013 al proyecto COGA para posteriormente ser asignada por Gamesa al proyecto Windcore +Windone (WOCs) en agosto de 2014. Dichas decisiones fueron unilateralmente tomadas por Gamesa, sin haber sido decididas ni conocidas por Quest".

La variación pretendida se basa en los documentos obrantes a los folios 151-156; 157-170; 354 y 1631 de lo actuado, y se dirige a intentar establecer que la empresa "Quest" no ha sido quien ha decidido el trabajo concreto desempeñado por la recurrente, y que ni siquiera conocía el proyecto al que aquella estaba asignada, afirmando también que era "Gamesa" quien decidía la asignación de proyectos y tareas a la trabajadora.

Como ocurriera con la anterior petición, la que ahora se analiza está igualmente llamada al fracaso, y ello no solo porque -como ya hemos expuesto anteriormente-, la prueba documental obrante en autos ha sido objeto de expresa valoración judicial y en esta no se aprecia error valorativo alguno, sino también por el hecho de que de la prueba en la se sustenta el pedimento no puede desprenderse la realidad del texto que se propone, salvo si se produce una interpretación particular y subjetiva de la misma, lo que sería tanto como admitir la validez probatoria de conclusiones personales amparadas en el poco riguroso mundo de las hipótesis.

De esta forma, el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la empresa "Quest", establece en sus cláusulas adicionales la descripción de la obra concreta para la que la trabajadora fue contratada ("apoyo a la Oficina Técnica de Servicios de GAMESA, asegurando los plazos y la conformidad de los datos requeridos para el concreto desarrollo del proyecto de actualización de los SCADAs de los campos eólicos controlados y centralizados en las instalaciones de GAMESA en Polígono Agustinos"), lo que hace que la afirmación contenida en el texto propuesto, relativa a la falta de inclusión en el contrato de la obra concreta a la que se iba a dedicar la recurrente, resulte contraria al contenido del propio acuerdo.

Por otro lado, el hecho probado cuarto de la sentencia describe con suficiencia las tareas en las que la recurrente fue integrada, la especificidad de su trabajo y la finalidad del mismo. De este modo, comenzó a trabajar en enero de 2013 en el desarrollo del programa SCADA, pasando luego a desempeñar funciones en el desarrollo del paquete informático adquirido a Iberdrola para su integración y gestión remota en parques eólicos. Como bien se dice en el escrito de impugnación del recurso, el hecho de que en determinadas facturas se recojan conceptos como COGA o WOCs no significa que se encuentren referidas a proyectos distintos de aquellos para los que la demandante fue contratada, a lo que hay que añadir que de ello tampoco se deduce que GAMESA haya encargado a la trabajadora la ejecución de actividades ajenas al contrato suscrito.

3º.- También se solicita que se incorpore en el punto 2 del hecho probado cuarto, el siguiente texto:

"2.- Con posterioridad, en septiembre de 2013, se integró a la demandante en tareas de desarrollo del paquete de informático adquirido a Iberdrola/Iberinco para integración y gestión remota de parques eólicos. Obra en autos y se tiene por reproducida la oferta comercial de Quest sobre tal proyecto. Su trabajo es muy específico y consiste



en el desarrollo del sistema adquirido para integrar todos los parques en los que trabaja Gamesa con la finalidad de controlar en remoto la energía producida y volcarla en la Red Eléctrica Española.

Se han integrado ya 220 parques y resta por hacerlo con unos 180 (testificales de D. Jose Luis , D. Amador y Dña Gracia y folios 203 a 206, 620 a 634 y 1069 a 1117).

El proyecto en el que Vanesa desempeña su trabajo es un proyecto de colaboración exclusiva entre Iberdrola y Gamesa, en la que Quest únicamente interviene proporcionando mano de obra a esta última.

Adicionalmente, la trabajadora participaba en las reuniones mantenidas entre Iberdrola y Gamesa, donde no participa Quest, donde tenía la consideración de trabajadora de Gamesa"

La adición pretendida se sostiene en los documentos que constan en los folios 203 a 206, 207 a 281, 620 a 634 y 1069 a 1117 de las actuaciones.

A través de este añadido quiere dejarse constancia de que el proyecto en el que trabajaba la demandante es un proyecto conjunto entre Iberdrola y Gamesa, pero no de "Quest".

Nuevamente la adición no puede acogerse. El hecho de que la demandante colabore en un proyecto de colaboración suscrito entre Iberdrola y Gamesa, carece de trascendencia a la hora de determinar un posible supuesto de cesión ilegal de trabajadores. La afirmación de que "Quest" solo interviene en el mismo proporcionando mano de obra, es algo que no se desprende directamente de los documentos que sirven de base a la petición, y el mero hecho de que la demandante participe en determinadas reuniones mantenidas entre Gamesa e Iberdrola, no puede convertirse en un indicio de cesión ilegal a la vista de la vinculación de Gamesa y la demandante a través de la contrata suscrita entre aquella y "Quest".

4º.- La siguiente solicitud de revisión se destina a variar la redacción del punto 2 del hecho probado Quinto, postulado la adición del siguiente párrafo:

"Para acceder a las aplicaciones y programas en los que trabaja debe hacerlo desde los equipos y servidor de Gamesa, siendo ello una exigencia de ciberseguridad para los centros delegados de Red Eléctrica Española (testifical de D. Jose Luis), si bien al menos dos de los trabajadores adscritos al proyecto Windone+Windcore, entre otros, Aurelio y Fermín , desempeñaban sus funciones en Madrid y Medina del Campo (Valladolid) respectivamente. El ordenador que viene empleando la propia trabajadora Doña Vanesa desde el pasado 3 de julio de 2017 es propiedad de Quest, quien desconocía qué tipo de programas necesitaba la trabajadora para desempeñar su trabajo y que fueron instalados por Gamesa en el ordenador portátil propiedad de Quest".

La petición tiene como base el contrato de trabajo de la demandante y el Acuerdo Marco de Prestación de Servicios de Ingeniería que obran a los folios 151 a 170 de las actuaciones, documentos estos que, además de haber sido considerados y valorados en la instancia, carecen de la posibilidad de provocar la revisión que se pide, pues de su contenido no se desprende de forma directa el texto que se propone. La modificación que a este respecto se propone solo conforma una interpretación interesada de la prueba en la que se sustenta que no se deduce de la misma.

5º.- Igualmente se pide adicionar al hecho probado quinto, un apartado 4 con el siguiente contenido:

"La totalidad de los elementos materiales empleados por la trabajadora para el desempeño de su puesto de trabajo son proporcionados por Gamesa; a saber, ordenador portátil desde enero de 2013 hasta julio de 2017, material ergonómico, licencias de software, impresoras y consumibles, teléfono, etc... a excepción del hardware del ordenador portátil que emplea la trabajadora desde el mes de julio de 2017 y hasta la actualidad. Cuando el 5 de abril de 2013, los trabajadores que prestaban sus servicios en la sede del Polígono de Agustinos de Gamesa pasan a prestarlos en Sarriguren 1, es la propia Gamesa quien avisa a la trabajadora del cambio, le da instrucciones para el mismo y realiza la mudanza de su equipo de trabajo".

La adición propuesta carece de trascendencia para influir en el resultado del litigio, y a su vez entra en contradicción con parte de la prueba practicada en juicio, no pudiendo servir de fundamento a la petición salvo si acudimos a conclusiones particulares que, como es sabido y hemos ya manifestado, no pueden ser admitidas.

Se dice en el motivo que el teléfono móvil de la demandante se lo proporciona GAMESA, y para ello cita los documentos obrantes a los folios 306 y 307, en donde solo consta que la demandante solicita la habilitación de un terminal, careciendo esto de trascendencia alguna para determinar una especial vinculación de trabajo con GAMESA más allá de la derivada de la contrata suscrita. Semejantes consideraciones deben efectuarse respecto de los portátiles a los que se refiere el motivo del recurso o al material ergonómico, impresora y licencias de software, máxime cuando la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo ya se hace eco de estas circunstancias dándoles el alcance jurídico correspondiente.



6º.- La parte recurrente solicita que se modifique el hecho probado séptimo en su apartado 1, proponiendo para el mismo la siguiente redacción:

"SÉPTIMO.- 1.- La actora está integrada en equipo de trabajo en el que prestan servicios personal de Gamesa y de Quest (testificales de D. Jose Luis y D. Ildfonso) y presta los mismos servicios que el propio personal de Gamesa bajo las mismas condiciones. Todas las instrucciones laborales son dadas por personal de Gamesa, en concreto por D. Jose Luis ."

La revisión que se pide se fundamenta en un correo electrónico remitido por D. Jose Luis del que, en modo alguno, pueden extraerse las consecuencias generales que quiere plasmarse en el relato fáctico de la sentencia. De dicho correo no se infiere ni que la demandante preste los mismos servicios que le personal de Gamesa, ni que lo haga en las mismas condiciones, ni mucho menos que todas las instrucciones de trabajo le sean impartidas por el Sr. Jose Luis , suponiendo la revisión solicitada la plasmación de una valoración de prueba parcial y subjetiva que carece de un adecuado refrendo probatorio.

7º.- La parte que recurre postula la modificación del hecho octavo en su primer párrafo, pidiendo que contenga lo siguiente:

"OCTAVO.- 1.- Quest impartió a la actora formación en materia de prevención de riesgos, seguridad y salud y código de conducta (folios 764 a 772 y 790 a 793). Gamesa igualmente también proporcionó a la trabajadora información en materia de prevención de riesgos, seguridad y salud".

La base del pedimento se sitúa por quien recurre en el los documentos que obran a los folios 372 y 374-378, en donde se dan determinadas instrucciones sobre el uso de elevadores, plan de igualdad etc....

Pues bien, es suficiente la lectura de dichos documentos para colegir que las instrucciones que allí se contienen no pasan de ser una mera información y un mero recordatorio en relación a un accidente luctuoso acaecido en la empresa, y que fue transmitido tanto a personal propio como a personal contratado, siendo lo único cierto que, como consta probado, fue "Quest2 quien impartió a la demandante la formación precisa en materia de prevención de riesgos, seguridad y salud etc...

8º.- Se pretende en el recurso dar una nueva redacción a los puntos 4 y 5 del hecho octavo, postulando su sustitución por el siguiente párrafo:

"Gamesa ha proporcionado los calendarios de trabajo a la trabajadora. La trabajadora comunica a su responsable en Gamesa el disfrute de permisos, vacaciones, etc... debiendo ponerse de acuerdo con sus compañeros de trabajo, contratados por Gamesa para el disfrute de las mismas. Una vez acordados los permisos y vacaciones con su responsable en Gamesa, Jose Luis , solicita la aprobación de los mismos a Quest a través del portal del empleado".

Esta solicitud se soporta en la siguiente prueba: en el correo electrónico obrante al folio 282 de los autos; en la transcripción de una conversación telefónica mantenida entre Amalia y Vanesa (folios 384-385); en los documentos que constan en los folios 298 a 300, 360, 365, 366, 419 a 422, 453, 911 y 971 de los autos.

La petición debe ser rechazada de plano pues, además de basarse en documentos que al menos parcialmente carecen de habilidad para provocar revisión alguna, no conforma sino un intento vano de sustituir el criterio judicial de valoración de prueba, objetivo e imparcial, por el parcial y necesariamente subjetivo que propone la parte recurrente. Los correos electrónicos entre la demandante y la empresa "Quest" en materia de permisos y vacaciones, se tienen por expresamente reproducidos en el hecho probado que ahora se quiere variar, y la manera en que la recurrente solicitaba sus vacaciones queda descrita de forma exhaustiva en el apartado 5 del hecho octavo, con referencia no solo a la prueba documental que allí consta, sino también en relación al contenido de la prueba testifical practicada en las personas de las Sras. Gracia y Amalia , y del Sr. Jose Luis . De esta manera, en el recurso se postula la variación del criterio de interpretación de prueba sostenido por el Juzgador de instancia, sobre la base de un análisis parcial e interesado de una parte tan solo de la prueba practicada, siendo lo cierto que de la globalidad de la prueba obrante en autos se desprende que es la demandante quien gestiona y solicita sus permisos y vacaciones con la empresa que le contrató, sin que el hecho de que de estas decisiones haya informado a los responsables de Gamesa impida aquella conclusión, pues tal información es completamente necesaria para la adecuada distribución y realización del trabajo cuando en este concurre el desarrollo de la actividad de una contrata.

9º.- Se pide también en el recurso que se cambie la redacción del hecho undécimo, pidiendo que al mismo se le dé el siguiente contenido:

"UNDÉCIMO.- La actora ha participado en las acciones formativas en las que Gamesa ha entendido que debía hacerlo para el desarrollo de su trabajo de integración de parques eólicos. Así, de manera especial, a la impartida por Iberdrola sobre el conocimiento y desarrollo del sistema que se le adquirió y en otros (redes, protocolos



industriales, red eléctrica, etc). Únicamente consta refacturada a Quest esta última formación impartida por Iberdrola".

El cambio propuesto se basa en los documentos que obran a los folios 345 y ss, 444-445 y 452 de los autos, así como en los folios 991 y 995 de lo actuado.

Nuevamente parece olvidar quien recurre que, como consta en el hecho que ahora se quiere revisar, el convencimiento judicial sobre la realidad de lo acontecido, no solo se sustenta en el contenido de determinados documentos, sino también en el resultado de la prueba testifical deducida en juicio y respecto de la cual la parte que recurre no puede influir. De este modo, el hecho de que la asistencia de la demandante a las actividades formativas era objeto de facturación posterior a la empresa "Quest" quedó acreditado por las testificales de la Sra. Gracia y el Sr. Jose Luis , a demás de por la abundante prueba documental que se cita en el propio hecho, sin que el examen parcial de la misma propuesta por la parte recurrente pueda obviar el examen completo que de la prueba se hace en la sentencia recurrida.

10.- Por último, se pide en el recurso que se añada al relato de hechos uno nuevo, el decimotercero, con el siguiente contenido:

"DÉCIMO TERCERO.- Gamesa solicita a las subcontratas con las que tiene relación mercantil perfiles concretos de profesionales, con descripción del curriculum concreto que resulta necesario incorporar a Gamesa".

La justificación de este añadido se centra en el documento nº 8 de los presentados por Gamesa, y no puede acogerse dada su absoluta falta de trascendencia para influir en el resultado del litigio. El hecho de que la empresa que contrata a otra la prestación de determinados servicios, exija un concreto perfil de aquellos que van a ocupar puestos en su desarrollo, no solo es habitual, sino que en ocasiones resulta del todo punto necesario, sin que ello suponga una trasmutación de la persona que, respecto de esta, ejerce el poder de dirección.

Todo lo expuesto nos lleva a rechazar las alegaciones de la parte que recurre en orden a revisar el relato de hechos probados de la decisión controvertida.

TERCERO: En vía de censura jurídica y con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la parte recurrente que la resolución recurrida infringe el contenido del artículo 43 de la norma estatutaria.

En síntesis resumida se afirma en el recurso que de la sentencia del Juzgado y de los hechos propuestos en el recurso (no acogidos en esta resolución), se desprende: que la recurrente depende funcionalmente única y exclusivamente de Gamesa; que está incluida en un grupo de trabajo compuesto por trabajadores de Gamesa y por personal de subcontrata; que está asignada a un proyecto de desarrollo conjunto entre Gamesa e Iberdrola; que depende totalmente del Sr. Jose Luis (de Gamesa); que los materiales empleados por la trabajadora son de propiedad exclusiva de Gamesa; y que el hecho de que la empresa "Quest" cuente con una organización propia no es obstáculo para proceder a declarar la cesión ilegal solicitada.

La respuesta a la cuestión controvertida pasa por recordar que el artículo 43 del ET prohíbe la contratación de trabajadores con la única finalidad de cederlos temporalmente a otra empresa (salvo que se trate de un contrato de puesta a disposición concertado con una empresa de trabajo temporal), lo que plantea el problema -no siempre fácilmente distinguible-, de determinar cuándo se está en presencia de una contrata y cuando ante una falsa contrata que encubre, bajo la apariencia de tal, una cesión ilícita de trabajadores o tráfico de mano de obra.

Efectivamente, el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del ET se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 de ese cuerpo legal.

En esta materia es adecuado destacar lo que al respecto declara el TS en Sentencia de 03/10/2005 (rcud. 3911/2004 ; RJ 2005/7333) en la que, tras recordar que la doctrina de la Sala sobre este precepto ya ha sido unificada por numerosas sentencias (entre las que pueden citarse las de 19 de enero de 1994 , 12/12/1997 , 14/09/2001 , 17/01/2002 y 16/06/2003), establece que cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las 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 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



(STS de 07/03/1988), el ejercicio de poderes empresariales (SSTS de 12/09/1988 , 16/02/1989 , 17/01/1991 y 19/01/ 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17/01/1991 , al apreciar la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11/10/1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

Puede afirmarse, que 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. Debe entonces acudirse, para efectuar con acierto la delimitación apuntada, a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal; a determinar si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17/01/1991 [RJ 1991, 58]) e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia; a establecer si el trabajador de una empresa se limita de hecho tan sólo a trabajar para la otra (STS 16/02/1989 [RJ 1989, 874]), 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 núm. 3400/1992 [RJ 1994, 352] y 12/12/1997, recurso núm. 3153/1996 [RJ 1997, 9315]).

Así, el hecho de que la inexistencia real de la contratista conforme un indicio de peso para apreciar un fenómeno de cesión prohibido, no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, 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 STS de 16/02/1989 , ya mencionada antes, 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 STS de 19/01/1994 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 STS de 12/12/1997 , también citada antes, y se recuerda en la STS 24/11/2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS 05/12/2006 (rcud 4927/2005) destaca que "con las sentencias de 14/09/2001 , 17/01/2002 , 16/02/2003 y 03/10/2002 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 este modo, 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, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contratas 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.

En definitiva, la finalidad que persigue el artículo 43 del 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, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del artículo 43 del ET (SSTS 21/03/97 (rec. 3211/1996); 30/11/05 (rcud. 3630/04); 14/03/06 (rcud. 66/05); y 17/04/07 (rcud. 504/06)).

Por lo tanto, podremos afirmar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado, se limite a suministrar a otra empresa mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, debiendo aseverarse 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 esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas SSTS 19/01/94 (rcud. 3400/92 [RJ 1994, 352]) y 12/12/97 (rcud. 3153/96) ha fijado como línea de distinción, no tanto el dato de que la empresa cedente existiera realmente, "sino si actuaba como verdadero empresario".

La dificultad en la valoración de criterios indiscutibles para la diferenciación entre las figuras de la cesión ilegal y de la lícita contrata ha determinado, como ya hemos apuntado anteriormente, que el TS haya recurrido (en orden a la identificación de la cesión ilegal) a la aplicación ponderada de muy diversos criterios de valoración que, como ya dijimos, no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo.

En el caso objeto de enjuiciamiento debemos partir nuevamente del inalterado relato de hechos probados de la sentencia recurrida y de las manifestaciones que con aquel carácter aparecen en su fundamentación, no pudiendo transformar aquellos en otros sobre la base de una nueva valoración de la prueba practicada, que es en definitiva lo que pretende la recurrente en el presente motivo de suplicación. La parte que plantea el recurso, pese a afirmar que la sentencia recurrida infringe el artículo 43 del ET , no efectúan ninguna consideración jurídica relevante al respecto, limitándose a transcribir determinada doctrina judicial y a disentir de la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez de instancia, pero sin referencia a vulneraciones o infracciones normativas o jurisprudenciales reales.

Lo que realmente pretenden la recurrente es sustituir el criterio de valoración del juez "a quo" por su propio criterio valorativo, olvidando que -como es sabido- tal valoración viene legalmente a tribuida al juzgador de instancia y que, si bien es cierto, que si se aprecian errores de valoración evidentes estos pueden ser corregidos, no lo es menos que tales correcciones deben efectuarse a través del cauce que establece el artículo 193.b) de la norma procesal laboral (y así se ha hecho aquí sin éxito) y no a través de un motivo de censura jurídica como el que ahora se plantea.

Pues bien dicho esto, podemos afirmar que del relato de hechos probados que recoge la resolución de instancia solo cabe aseverar la inexistencia de indicios suficientes para viabilizar la reclamación llevada a cabo por la demandante y que ahora pretende sostener en el recurso.

De esta forma, nadie discute que la empresa "Quest Global Engineering España, S.L." es una empresa real, que cuenta con una organización propia y estable y que además tiene medios materiales suficientes y necesarios para desarrollar la actividad establecida en su objeto social. A tales efectos, el inalterado hecho probado segundo de la sentencia recurrida establece como probado que la empresa "Quest" se constituyó en el año 2003, que tiene un código de cuenta de cotización en Pamplona con trabajadores a su cargo y que desarrolla operaciones mercantiles reales con reflejo en la prueba obrante en autos. Estos datos se corroboran en las manifestaciones que, con valor de hecho probado, se contienen en el fundamento de derecho segundo de la resolución que se recurre.

Del mismo modo, es un hecho no controvertido que "Gamesa" y "Quest" suscribieron un acuerdo marco de prestación de servicios el 11 de julio de 2013, siendo su objeto el de asistencia técnica, y que dicho contrato fue renovado en el año 2016 (hecho tercero), como también lo es que la demandante fue contratada por "Quest" para prestar asistencia técnica a "Gamesa" en el marco del contrato vigente entre esas mercantiles, asignándosele inicialmente tareas relacionadas con el desarrollo del programa Scada y después con el desarrollo del paquete informático adquirido a Iberdrola para la integración y gestión remota de parques eólicos (hecho cuarto).

Lo expuesto hasta ahora solo revela que dos empresas reales, con estructura y organización propia, mantienen relaciones sobre la base de la actualización de un acuerdo para la prestación de servicios también real, y que en ese ámbito la demandante fue contratada por "Quest" para prestar una determinada asistencia técnica a la empresa "Gamesa", asistencia de carácter tecnológico con las características inherentes al desarrollo de esa actividad. Así, y como consta en el hecho cuarto de la sentencia, el trabajo encomendado a la actora es muy específico con finalidades concretas, lo que permite apreciar la justificación de la contrata y su autonomía respecto del resto de la actividad empresarial.

Así las cosas, es necesario establecer si en el desarrollo de esa contrata, en principio establecida conforme a la legalidad, el ejercicio de las funciones inherentes a la condición de empleador se ha llevado a cabo por la empresa que contrató formalmente a la demandante o lo ha sido realmente por "Gamesa". A este respecto, son hechos probados que la empresa "Quest" es la que determina la jornada de trabajo de la recurrente; la que controla el cumplimiento de su horario; la encargada de controlar sus bajas médicas; la que le asigna las



vacaciones; la que lleva a cabo sus reconocimientos médicos; decide sus incrementos salariales y permisos; la que se encarga de su formación y de evaluar anualmente su desempeño.

Es cierto y nadie niega que la demandante, en el desempeño de la contrata en la que trabaja (de carácter tecnológico y consistente en el desarrollo de aplicaciones y sistemas), debe actuar profesionalmente en coordinación y bajo las instrucciones técnicas de las personas responsables del proyecto, pero esta circunstancia en modo alguno hace que se traslade el poder directivo empresarial a los profesionales adscritos a la empresa principal. El hecho de que la recurrente utilice las instalaciones, equipos y software de Gamesa no es sino una exigencia de ciberseguridad para los centros delegados de Red Eléctrica Española que debe respetarse, y el hecho de que la demandante trabaje integrada en un equipo o sea convocada a reuniones de seguimiento del programa, no elimina el poder directivo que sigue manteniéndose por la empresa que le contrató.

De este modo, la sentencia recurrida no infringe la norma que se cita en el recurso ni la doctrina jurisprudencial a la que el motivo se refiere, muy por el contrario la aplica, y si llega a una solución contraria a la existencia de una cesión ilegal de trabajadores es porque la prueba practicada al respecto, que incumbe a la demandante, no ha sido suficiente para demostrar lo contrario.

El motivo por lo expuesto, se rechaza.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA Vanesa frente a la sentencia nº 3/2018, dictada el 9 de enero de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra , correspondiente a los autos nº 943/2016 seguidos en materia de CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES por la recurrente frente a las empresas "QUEST GLOBAL ENGINEERING ESPAÑA, S.L.", "GAMESA CORPORACIÓN TECNOLÓGICA, S.A." y "GAMESA INNOVATION AND TECHNOLOGY, S.L.", CONFIRMANDO en su totalidad la sentencia recurrida, sin expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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