



Roj: **STS 1180/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1180**

Id Cendoj: **28079140012008100108**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2008**

Nº de Recurso: **1310/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a M^a Almudena Bueno Fernández, en nombre y representación de D. José Y OTROS, contra la sentencia dictada el 12 de febrero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 5207/06, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Madrid de fecha 5 de julio de 2006, recaída en los autos núm. 615/05, seguidos a instancia de D. José, Milagros, Camila, Paloma, Juan Luis, Constanza, Sara, Eugenio, Pedro, Jesús María, Casimiro, Gloria, María Inmaculada, Luisa, Narciso, Luis Pablo, Carolina, Marí Trini, Juana, Germán, Beatriz, Rosario, Leticia, Aurora, y Jesus Miguel contra IBERPHONE SAU, ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SA y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre CESIÓN ILEGAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de julio de 2006, el Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Iberphone S.A.U. y desestimando la demanda formulada por D. José, Milagros, Camila, Paloma, Juan Luis, Constanza, Sara, Eugenio, Jesús María, Casimiro, Gloria, Luisa, Narciso, Luis Pablo, Carolina, Marí Trini, Juana, Germán, Beatriz, Rosario, Leticia, Aurora, y Jesus Miguel en materia de Cesión ilegal de trabajadores contra la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL E IBERPHONE S.A.U. DEBO DE ABSOLVER Y ABSUELVO a los referidos demandados de los pedimentos en su contra deducidos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º.-D. José; Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 23-9-02 y categoría de teleoperador, posteriormente a partir de 29-9-03 teleoperador especialista y a partir de 12-9-04 Gestor Telefónico. El día 22-10-2004 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que él presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25-10-04, celebra nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 992,76 Euros.

Paloma; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado el día 5-5-04 con categoría de teleoperador. El día 22-10-2004 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 22-10-1004, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador. Este contrato con IBERPHONE S.A.U. se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es



nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo completo de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 982,33 Euros. Sara ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25-3- 2003 con categoría de teleoperador. Dicho contrato se convierte en contrato a tiempo completo el 6- 10-2003 y a partir de 25-3-2004 se consolida la categoría de teleoperador-especialista. El día 22- 10-2004 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U., el 25-10-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo completo de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 1032,48 Euros.

Rosario ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinada el día 5-5-04 con categoría de teleoperador. El día 22-10-2004 la actora es dada de baja en esta en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25-10-2004, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U. se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 512,33 Euros.

Juana ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado el día 5-4-04 con categoría de teleoperador. El día 22-10-04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25-10-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo completo de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 999,04 Euros. Carolina ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25- 3-03 con categoría de teleoperador, a partir de 6-10-2003 su contrato se convierte a tiempo completo y a partir de 10-4-2004 adquiere la categoría de teleoperador-especialista. El día 22-10-04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHOE S.A.U., con quien el 25-10-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo completo de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con de pagas extraordinarias de 1032,48 Euros.

Luisa ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 23-9-02 con categoría de teleoperador. El día 22-10- 04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U. con quien el 25-10-2004, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U. se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 860,39 Euros.

Constanza ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial eventual por circunstancias de producción el día 24-9-01 con categoría de teleoperador. Ha celebrado con ATENTO TELESERVICIOS S.A otros contratos de duración determinada a tiempo parcial por obra y servicio: uno el día 1-10-01 (contrato que desde el 5-12-01 al 30-8-02 se convierte en contrato a tiempo completo) con categoría de teleoperadora y otro el día 2-9-02 (contrato que desde el 11-9-02 al 20-9-02 se convierte en contrato a tiempo completo). A partir de 1-10-03 adquiere la categoría de Teleoperador-especialista. El día 22-10-04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U. con quien el 25-10-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra servicio determinado y categoría de teleoperador



especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 926,58 Euros.

Beatriz ; Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 5-5-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 529,47 Euros.

Marí Trini .- Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25-3-03 con categoría de teleoperador. A partir de 25-3-04 adquiere la categoría de Teleoperador especialista. E1 día 22-10-04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25-10-04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinada y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 926.58 Euros.

Camila .- Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial de interinidad el 26/03/03 causando baja el mismo día para volver a cursar alta con contrato de duración determinada de interinidad el 31/03/03 hasta el 6/04/03 en todos ellos con la categoría de teleoperador. Posteriormente, celebra contrato por obra o servicios determinado a tiempo parcial el día 08/04/03 con categoría de teleoperador hasta el 8/04/02004 que pasa a la categoría de teleoperador-especialista hasta el 05/09/2004 que pasa a la categoría de Gestor- telefónico. E1 día 22/10/04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U., con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de Gestor Telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 ENERO DE 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELSERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 992.76 euros.

Jesús María .- Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo completo por obra o servicios determinado el día 23/09/02 con categoría de teleoperador (dicho contrato el día 24/03/03 se convierte a tiempo a parcial). El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 DE ENERO DE 2005, es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 717.98 euros.

Juan Luis .- Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25/03/03 con categoría de teleoperador, ascendiendo a la categoría de teleoperador-especialista el 25/03/04. E1 día 22/10/04 el actor es dado de baja en este empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día de 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 DE ENERO DE 2005, es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 661.84 euros.

Germán .- Comienza su prestación de servicio contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 08/09/03 con categoría de teleoperador hasta el 09/09/04 que adquiere la categoría de gestor. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que el presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de Gestor. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 ENERO DE 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de



gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 926.58 euros.

Eugenio .- Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25/03/03 con. Categoría de teleoperador y a partir de septiembre de 2004 gestor Telefónico. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que él presta a IBERPHONE S.A.U con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U, se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 794,21 euros.

Leticia . Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 25/3/03 con categoría de teleoperador y a partir de septiembre de 2004 categoría de Gestor telefónico. El día 22/10/04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de Gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 926.58 euros.

Aurora . Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 19/12/01 con categoría de teleoperador. Celebró con esta empresa nuevo contrato de duración determinada el día 02/09/2002 con la misma categoría hasta que en septiembre de 2004 adquiere la categoría de Gestor Telefónico. El día 22/10/04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U, con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 794.21 euros.

Milagros . Comienza su prestación de servicios contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 22/01/02 con categoría de teleoperador. Celebró con esta empresa nuevo contrato duración determinada el día 02/09/2003 pasa a la categoría de Teleoperador-especialista y desde 11/09/04 categoría de Gestor telefónico. El día 22/10/04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U con quien el 25/10/04 celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de gestor. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente 21 de enero de 2005 es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 962.92 euros.

Jesus Miguel ; Comienza su prestación contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 19/12/01 con categoría de teleoperador. Celebró con esta empresa nuevo contrato duración determinada el día 2/09/02 con la misma categoría hasta que el 02/09/03 pasa a la categoría de teleoperador-especialista. El día 01/06/03 se le nombra coordinador del servicio y el 07/06/04 adquiere la categoría de coordinador. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que el presta a IBERPHONE S.A.U. con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio y categoría de coordinador. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente. 21 de enero de 2005, es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS SA. con categoría de coordinador y contrato de duración determinada a tiempo parial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 960.19 euros.

Gloria comienza su prestación contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 19/12/01 con categoría de teleoperador. Celebró con esta empresa nuevo contrato duración determinada el día 2/09/02 con la misma categoría hasta que en septiembre de 2004 adquiere la categoría de Gestor telefónico. El día 22/10/04 la actora es dada de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que ella presta a IBERPHONE S.A.U con quien el 02/11/04, celebra un nuevo contrato e duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado



y categoría de gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es nuevamente contratada por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 780.16 euros.

Casimiro . Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinado a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 12/3/03 con categoría de teleoperador hasta que en septiembre de 2004 adquiere la categoría de Gestor Telefónico. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que él presta a IBERPHONE S.A.U con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 794.21 euros.

Narciso .- Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicios determinado el día 12/11/01 con categoría de teleoperador. Celebró con esta empresa nuevo contrato duración determinada el día 23/09/02 con la misma categoría hasta que en septiembre de 2003 adquiere la categoría de teleoperador-especialista. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que él presta a IBERPHONE S.A.U., con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de teleoperador especialista. Este contrato con IBERPHONE S.A.U. se termina el 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005, es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS, S.A., con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 860,39 euros.

Luis Pablo .- Comienza su prestación de servicios contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con un contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado el día 08/09/03 con categoría de teleoperador hasta que el día 08/09/2004 adquiere la categoría de gestor telefónico. El día 22/10/04 el actor es dado de baja en esta empresa por haber sido adjudicado el servicio que él presta a IBERPHONE S.A.U. con quien el 25/10/04, celebra un nuevo contrato de duración determinada a tiempo parcial por obra o servicio determinado y categoría de Gestor telefónico. Este contrato con IBERPHONE S.A.U. se termina el día 20 de enero de 2005 y al día siguiente, 21 de enero de 2005 es nuevamente contratado por ATENTO TELESERVICIOS S.A. con categoría de gestor telefónico y contrato de duración determinada a tiempo parcial de obra o servicio. En la actualidad cuenta con un salario con prorrateo de pagas extraordinarias de 926,58 euros.

2º.- Los trabajadores han venido prestando sus servicios desde las fechas que se indican en el área de Gestión y atención telefónica de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en las dependencias de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL c/ Manuel Ferrero nº 19 ubicados en la planta baja del edificio, en un compartimiento de una sala diáfana separados de los funcionarios de la Tesorería General de la Seguridad Social.

3º.- El 20 de enero de 2005, se suscribe entre ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. y T.G.S.S. contrato para "emisión y recepción de llamadas para los diferentes servicios de Atención de la Tesorería General de la Seguridad Social. Tramitación de altas, bajas, vidas laborales, etc." (documento 145 del ramo de prueba de ATENTO), duración enero 2005 a enero 2007. Se señala como horario de prestación de servicios: "De lunes a viernes de 8:00 a 21:30 y sábados de 9:00 a 14:00 en el centro de Ilustración, De lunes a viernes de 9:00 a 20:00 horas en la plataforma del cliente, c/ Manuel Ferrero, 19 - Madrid", y 99 teleoperadores en Ilustración y 25 teleoperadores en plataforma del cliente. El precio de la campaña es fijo.

4º.- Los servicios se desarrollan en Centro de Ilustración que es la plataforma interna propiedad de ATENTO TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. y en Agustín de Foxá y Torrejón que son plataforma externa propiedad del cliente.

5º.- La demandada ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. es una empresa perteneciente al sector de telemarketing que se constituyó en el año 1988, con la denominación social de Estrategias Telefónicas, S.A., siendo su objeto social "el marketing o mercadotecnia y la comunicación en prestaciones de servicio para el asesoramiento en promoción, comercialización, estudios de mercado y relaciones públicas en todo tipo de líneas de servicio dirigidos a cualesquiera entidades, tanto públicas como privadas". En enero de 2002 la sociedad pasó a denominarse Atento Telecomunicaciones S.A. y en julio de 2002 pasó a denominarse Atento Teleservicios España, S.A., ampliando su objeto social en los siguientes términos: "La prestación de toda clase de servicios de telemarketing, incluyendo televenta, líneas de atención telecobranza y otros servicios



de marketing y mercadotecnia, en especial aquellos que puedan ser articulados en centros de teleatención o en plataformas tecnológicas asistidas, ya sea para clientes propios o de terceros, a través de agentes de atención o de cualquier otro medio técnico actual que pudiera desarrollarse en el futuro, sea propio o de terceros. El establecimiento, gestión y explotación de centros de prestación de servicios propios o de terceros a través de plataforma multicanal, La prestación de servicios de gerencia, consultoría y asesoría al cliente, referidos a todos los centros de contacto para la atención al público. La gestión, creación, administración, actualización, desarrollo, análisis y segmentación de base de datos propios o de terceros. La realización y comercialización de estudios de mercado, encuestas, tomas de datos y sondeos de opinión relativos a todo tipo de productos, servicios y situaciones". Atento pertenece al Grupo Telefónica y forma parte de un holding internacional (ATENTO HOLDING) con presencia en varios países de distintos continentes. Tiene un capital social de 1.322.000 euros y un total de fondos propios en diciembre de 2004 de 25.878.000 euros. Los gastos por salarios de su personal en el mismo ejercicio ascendieron a más de 115 millones de euros. Las relaciones de trabajo en el empresa se rigen por el Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Telemarketing. 6º.- Se suscribe acuerdo, el 16.2.2005, entre ATENTO TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. y su Comité de empresa por el que la empresa abona 3,5 euros por día de trabajo con presentación del comprobante de comedor a los empleados de turno partido que prestan servicios en T.G.S.S. de e/ Agustín de Foxá, y se relaciona a los trabajadores que percibieron esta compensación. ATENTO TELECOMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. paga esta cantidad. Y se suscribe acuerdo, el 1 de abril de 2005, sobre nuevo horario fuera de banda, documento 160 obrante el ramo de prueba de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.

7º.- Los actores vienen desarrollando los servicios propios de su categoría profesional, resolviendo consultas de conducta general y atendiendo llamadas de carácter informativo de Madrid y si existe, exceso de llamadas, las mismas son revertidas a funcionarios de la Tesorería General de la Seguridad Social; para el desempeño de sus cometidos tienen un Código de usuario de personal externo y tienen acceso a los datos y páginas que la Tesorería General de la Seguridad Social decide, en función de la necesidad para la resolución de las consultas; los actores no pueden modificar ni incorporar a la red, pudiendo consultas sobre altas sin poder dar altas y cuentan con un correo electrónico interno diferente de de los funcionarios.

8º.- Atento Teleservicios España S.A. tiene un coordinador D. Jesus Miguel y una supervisora Doña Elena que además de hablar con el coordinador cuando acudía al centro de trabajo de la Tesorería General de la Seguridad Social, está en contacto directo con un funcionario de la Tesorería General de la Seguridad Social para solventar cualquier problemática o incidencia de naturaleza técnica que se presente en el desarrollo del servicio y para tener acceso a las novedades legislativas.

9º.- Atento Teleservicios España S.A., a través de Doña Elena y D. Jesus Miguel reparte y agrupa el trabajo de los actores, fija sus vacaciones, gestiona las bajas laborales, establece el horario de los actores y controla la ejecución del trabajo de los mismos, teniendo instaladas unas hojas de firmas para los actores.

10º.- La Tesorería General de la Seguridad Social marca el tramo horario en el que atienden las llamadas y controla la función final de que el servicio se realice bien.

11º.- Se han celebrado elecciones sindicales en la empresa Atento Telecomunicaciones España S.A.

12º.- Atento imparte los cursos de formación a los actores y les comunica si quieren o no someterse a reconocimiento médico.

13º.- Los medios materiales de los actores son proporcionados por Atento Telecomunicaciones España S.A., siendo propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social los ordenadores utilizados.

14º.- Atento Telecomunicaciones España S.A. toma las medidas correspondientes para evitar que los excesos de llamadas reviertan a los funcionarios de la Tesorería General de la Seguridad Social.

15º.- Don Luis Pedro y Doña Begoña han sido tenidos por desistidos de la demanda formulada. 16º.- Con fecha de 12 de mayo de 2005 los actores presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid celebrándose el acto el 25 de mayo de 2005, que resultó intentado sin efecto."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. José y OTROS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 2007, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. José, Milagros, Camila, Paloma, Juan Luis, Constanza, Sara, Eugenio, Jesús María, Casimiro, Gloria, Luisa, Narciso, Luis Pablo, Carolina, Marí Trini, Juana, Germán, Beatriz, Rosario, Leticia, Aurora, y Jesus Miguel, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de MADRID, de fecha CINCO DE JULIO DE DOS MIL SEIS en virtud de demanda formulada por DON José y 22 más, contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.



y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e IBERPHONE S.A.U., en reclamación de CESIÓN ILEGAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia".

CUARTO.- Por la Letrada D^a M^a Almudena Bueno Fernández, en nombre y representación de D. José Y OTROS, mediante escrito de 27 de abril de 2007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de junio de 2003.

QUINTO.- por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión que se ejercita en las presentes actuaciones va dirigida a que se declare la existencia de cesión ilegal de los trabajadores accionantes entre la empresa «Atento Teleservicios España, S.A.» [ATESA] y la «Tesorería General de la Seguridad Social» [TGSS]. Pretensión a la que dieron respuesta desestimatoria tanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Madrid en fecha 05/07/06 [procedimiento 615/05], como la pronunciada por el STSJ de Madrid en 12/02/07 [recurso de suplicación nº 5207/06], que es objeto de este recurso para la unificación de doctrina, en el que se señala como decisión de contraste la STS 16/06/03 [recurso nº 3054/01] y se denuncia la infracción del art. 43 ET [motivo primero] y del art. 24.1 CE [motivo segundo], alegando -en este último supuesto- que la sentencia incurre en defecto de motivación que genera indefensión a la parte, sin alegar contradicción alguna y sin solicitar -en el suplico- la nulidad de la resolución.

SEGUNDO.- Por simple razón de método ha de rechazarse primeramente el segundo de los motivos del recurso. Rechazarse, porque «para viabilizar el recurso de casación unificada, aunque los motivos de impugnación se centren exclusivamente en infracciones procesales, la parte ha de acreditar la disparidad que justifica su existencia. En otro caso, la protección solicitada podría tener lugar por medio del incidente de la nulidad de actuaciones, del art. 240 LOPJ de acuerdo con la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/1999 [14/Mayo]; del error judicial de los arts. 293 y siguientes de la misma LOPJ; e incluso por medio del Recurso de Amparo, pero no por medio de un recurso cuya finalidad no es declarar nulidades procesales (SSTS 28/02/01 -rcud 1902/00-; 26/03/01 -rcud 4352/99-; 28/06/02 -rcud 2460/01-; 16/07/04 -rcud 4126/03-; 06/06/06 -rcud 1234/05-; 19/09/06 -rcud 123/05-; 02/10/06 -rcud 1212/05-; 07/12/06 -rcud 3771/05-; 03/05/07 -rcud 4027/05-; 25/07/07 -rcud 2704/06-; 25/09/07 -rcud 2184/05-; 13/11/07 -rcud 81/07-; y 27/11/07 -rcud 4684/06-). Y ello es así, «salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción» como signo definidor de la naturaleza especial del recurso de casación para la unidad de la doctrina (SSTS 21/11/00 -rcud 2856/99-; 21/11/00 -rcud 234/00-; 29/11/05 -rcud 4198/04-; 11/04/06 -rcud 5118/04-; 30/05/06 -rcud 979/05-; 06/03/06 -rcud 3955/04-; 08/05/06 -rcud 1591/05-; 04/07/06 -rcud 4699/04-; 15/11/06 -rcud 277/05-; 25/01/07 -rcud 55/05-; 20/03/07 -rcud 747/06-; y 30/04/07 -rcud 5458/05-), «... porque en este recurso extraordinario el Tribunal Supremo no asume la resolución en interés de las partes -ius litigatoris-, sino la defensa del interés superior que significa la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico -ius constitutionis- [STS 27/04/06 -rcud 4210/04-]. En efecto, la exigencia de contradicción está así vinculada en el art. 217 LPL a la propia función del recurso, cuando se señala que éste tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de la contradicción de sentencias y la misma conclusión se deriva de lo dispuesto en los arts. 222 y 226 de la Ley, cuando mencionan el quebranto en la formación de la jurisprudencia en relación con la fundamentación del recurso y su decisión. De ahí que el interés casacional del recurso se relacione directamente con su función uniformadora, de forma que la finalidad de defensa de la legalidad será siempre una consecuencia de esa función, que, a su vez, se instrumenta y se garantiza a través del presupuesto de la contradicción [STS 24/05/05 -rcud 1728/04-]» (STS 20/03/07 -rcud 747/06-).

Con independencia de ello ha de destacarse la gratuidad de la afirmación que el motivo hace, pues la decisión recurrida hace una completísima exposición de la doctrina jurisprudencial en torno a la figura de la cesión ilegal (tres folios y medio), para acto continuo justificar la aplicación de la misma al caso de autos, con detallada exposición de datos y argumentos (caso dos folios), de los que la parte puede o no disentir, pero a los que no puede atribuir el defecto de «carecer de fundamentación». Aparte de que el deber de motivación de la sentencia «no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [STC 14/1991, de



28/Enero]; es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla [SSTC 28/1994 , de 27/Enero; 153/1995, de 24/Octubre]» [SSTC 66/1996, de 16/Abril, FJ 5; 115/1996, de 25/Junio, FJ 2] (STC 184/1998, de 28/Septiembre, FJ 2), hasta el punto de que la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo (STC 154/1995, de 24/Octubre; y STS 30/09/03 -rco 88/02 -), ciertamente inexistente en la sentencia recurrida, sin que sea necesaria la exhaustiva descripción del proceso intelectual ni la pormenorizada respuesta a las alegaciones de las partes (STC 36/1989, de 14/Febrero; y SSTS 30/09/03 -rco 88/02-; 05/05/05 -rec. 18/25-; y 07/12/06 -rec. 122/05 -).

TERCERO.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCUd- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, sin -por ello- requerirse identidad absoluta (entre las recientes, SSTS 10/12/07 -rcud 4986/06-; 11/12/07 -rcud 3370/06-; 12/12/07 -rcud 2673/06-; 13/12/07 -rcud 5002/06-; y 21/12/07 -rcud 4226/06 -), «de forma que es la existencia de fallos contradictorios [«se hubiere llegado a pronunciamiento distintos», sostiene el art. 217 LPL] y no la diversidad de ratio decidendi el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina» (por todas, SSTS 27/04/06 -rcud 4210/04-; 04/07/06 -rcud 1077/05-; 12/07/06 -rcud 45/05-; y 18/07/06 -rcud 2622/05 -).

Y este presupuesto de admisibilidad impone que con carácter previo al examen de contradicción se exponga la doctrina de la Sala acerca de la materia de que tratamos, la cesión ilegal de trabajadores, en la que se presenta escasamente probable la existencia de supuestos idénticos (así, en las SSTS 19/10/99 -rcud 3969/98-; 25/10/99 -rcud 1792/98-; 20/09/03 -rcud 1741/02-; 29/01/04 -rcud 537/03-; 19/05/04 -rcud 2618/03-; 25/05/04 -rcud 566/03-; 29/04/05 -rcud 455/04-; 15/12/05 -rcud 465/05-; 16/12/05 -rcud 3380/04-; 16/12/05 -rcud 4200/04-; 19/12/05 -rcud 5205/04-; 19/12/05 -rcud 5223/04-; 20/12/05 -rcud 5214/04-; 20/12/05 -rcud 5300/04-; 22/12/05 -rcud 5196/04-; 14/03/06 -rcud 5235/04-; 21/03/06 -rcud 449/05-; 23/05/06 -rcud 5199/04-; 18/04/07 -rcud 42/06-; 24/04/07 -rcud 36/06-; 21/09/07 -rcud 763/06-; 25/10/07 -rcud 1379/06-; y 04/12/07 -rcud 1377/06 -).

CUARTO.- 1.- Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva [así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET] lo que supone -con carácter general- que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores [STS 27/10/94 -rec. 3724/1993-]; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas (STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, Pero en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control- el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación se inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores.

2.- En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Y que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del art. 43 ET , precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio (SSTs 21/03/97 -rec. 3211/1996-; 14/09/01 -rcud 2142/00-; 17/12/01 -rec. 244/2001-; 17/01/02 -rcud 3863/00-; 17/12/01 -rcud 244/2001-; 30/11/05 -rcud 3630/04-; 14/03/06 -rcud 66/05-; y 17/04/07 -rcud 504/06 -).



3.- De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones que como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial» (SSTS 03/10/05 -rcud 3911/04-; 30/11/05 -rec. 3630/04-; 17/04/07 -rcud 504/06-; y 20/07/07 -rco 76/06 -); y que «...pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio» (STS 20/07/07 -rco 76/06 -).

4.- Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar -en el argumento sobre la falta de contradicción- que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante -a efectos de la cesión- consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (SSTS 17/07/93 -rcud 712/92-; 19/01/94 -rcud 3400/92-; 12/12/97 -rec. 3153/96-; 03/02/00 -rec. 1430/99-; 14/09/01 -rcud 2142/00-; 27/12/02 -rec. 1259/02-; 16/06/03 -rcud 3054/01-; 11/11/03 -rec. 3898/02-; 20/09/03 -rcud 1741/02-; 03/10/05 -rcud 3911/04-; 30/11/05 -rcud 3630/04-; 14/03/06 -rcud 66/05-; 24/04/07 -rcud 36/06-; 21/09/07 -rcud 763/06-; 26/09/07 -rcud 664/06-; y 04/12/07 -rcud 1377/06 -).

En este último aspecto se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (con numerosas citas, las SSTS 14/09/01 -rcud 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rcud 3054/01-; y 14/03/06 -rcud 66/05 -), de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio (SSTS 12/12/97 -rec. 3153/1996-; y 24/04/07 -rcud 36/06 -).

5.- Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque -excepcionalmente- el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTS 14/09/01 -rec. 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rcud 3054/01-; y 14/03/06 -rcud 66/05 -).

QUINTO.- 1.- De todas formas, cuando la contrata consiste 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 un 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: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [STS 07/03/88]; el ejercicio de los poderes empresariales [SSTS 12/09/88, 16/02/89, 17/01/91 -rcud 990/90- y 19/01/94 -rcud 3400/92-] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... [SSTS 17/01/91 -rcud 990/90- y 11/10/93 -rco 1023/92-] (SSTS 14/09/01 -rcud 2142/00-; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rcud 3054/01-; y 14/03/06 -rcud 66/05 -).

2.- Y en otras ocasiones se ha dicho que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo [STS 11/07/86; 17/07/93 -rcud 1712/92-; 11/10/93



-rcd 1023/92-; 18/03/94 -rcud 558/93-; y 12/12/97 -rcud 3153/96-], debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita [STS 12/09/88; y 19/01/94 -rcud 3400/92-]. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del ET, mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (STS 30/05/02 -rec. 1945/2001-).

SEXTO.- 1.- Sentados los precedentes criterios jurisprudenciales en torno a la materia objeto de debate, es el momento de acometer el requisito de contradicción, cuya inexistencia proclaman la impugnación del recurso y el Ministerio Fiscal.

2.- Los hechos que son objeto de enjuiciamiento pueden resumirse en los siguientes términos: a) ATESA es empresa del sector de telemarketing y presta toda clase de servicios de este tipo, como televenta, telecobranza, marketing y mercadotecnia, en especial aquellos que puedan ser articulados en centros de teleatención o plataformas tecnológicas asistidas [ordinal sexto]; b) los trabajadores prestan servicios para ATESA a virtud de contratos por obra o servicio determinado, determinados por el negocio jurídico que aquélla había suscrito con la TGSS, para la «emisión y recepción de llamadas para los diferentes servicios de Atención de la Tesorería de la Seguridad Social. Tramitación de altas, bajas, vidas laborales, etc.», de Enero/20005 a Enero/2007, fijándose que «el precio de la campaña es fijo» [ordinal tercero]; c) los servicios se prestan en tres plataformas, una interna propiedad de ATESA y otras dos externas propiedad de la TGSS [ordinal cuarto]; d) los trabajadores reclamantes atienden consultas de carácter general y llamadas de carácter informativo, cuyo exceso revierten al personal propio de la TGSS, teniendo código de usuario de personal externo y correo electrónico interno diferente a los funcionarios [ordinal séptimo]; e) en la prestación de tales servicios, ATESA tiene un coordinador y una supervisora que está en contacto directo con un funcionario de la TGSS, para solventar cualquier incidencia que pueda surgir [ordinal octavo]; f) el coordinador y la supervisora controlan el horario de los actores con hojas de firma, les distribuyen el trabajo, fijan sus vacaciones y gestionan sus bajas, si bien la TGSS marca el tramo horario de atención a las llamadas y controla la función final de que el servicio se realice correctamente [ordinales noveno y décimo]; y g) los cursos de formación son impartidos por ATESA, que les proporciona los medios materiales, a excepción de los ordenadores utilizados que son propiedad de la TGSS [ordinales duodécimo y decimotercero].

3.- En la decisión de contraste [STS 16/06/03 -rcud 3054/01-], aunque la acción que se ejercitaba era la de despido, la actividad desarrollada por la empresa demandada -«Difusión Telemarketing Grup, S.A.»- era la misma que en autos, realizada a virtud de contrato para «Airtel Móvil, S.A.», a cuyo término se comunicó a los trabajadores demandantes la extinción de su contrato, por finalización del servicio para el que habían sido contratados. Y en tal sentencia de la Sala, son hechos declarados probados: a) el objeto del contrato consistía en campañas de emisión y recepción de llamadas, actividades de información y captación de clientes, con el correspondiente trabajo administrativo; b) DGT, SA seleccionaba el personal y se encargaba de su formación, amonestando e imponiendo sanciones a los trabajadores que prestaban servicios en la campaña Airtel, contaba con material propio [«aunque no se precisa cuál pueda ser éste»], controlaba las hojas de entrada y salida del personal y «establece las normas a seguir para las peticiones por los trabajadores de vacaciones»; c) el control de trabajo se hacía por medio de monitorizaciones, en la que se otorgan puntuaciones tanto por Airtel como por DGT, S.A.; d) los servicios se llevaban a cabo en el edificio de Airtel, que proporciona el equipo informático y telefónico empleado; e) «la arrendadora facilita también, según consta en el contrato, los manuales y la información necesaria para la ejecución del servicio ... que operan en la práctica como instrucciones de trabajo»; y f) la forma de retribución de la contrata consistía en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo [trabajo diurno, nocturno y festivos]. Datos todos ellos que llevaron a la sentencia de contraste a entender que «prevalece el suministro de trabajadores sobre el desarrollo de una actividad empresarial propia por parte de la contratista dotada de la necesaria autonomía», porque en el marco descrito «no resulta decisivo el que el contratista retenga algunas facultades empresariales... porque esa disociación o retención de facultades empresariales ... es compatible en determinados casos con la cesión».

4.- La comparación entre los hechos que han servido de base a las sentencias objeto de contraste pone de manifiesto que las diferencias entre ellas prácticamente se limitan a dos: a) el lugar de prestación de servicios, que en la enjuiciada se desarrollaba en dos plataformas, una propiedad de la contratista y otra de la principal,



en tanto que en la decisión de contraste el local de exclusiva utilización pertenecía a la comitente; y b) la forma de retribución de la contrata, que era fija por campaña en la recurrida y por unidad de tiempo en la referencial.

La primera de las diferencias no es intrascendente, pues aunque la prestación de servicios en locales de la principal consta en ambas sentencias, en el caso de la recurrida también se desarrolla parte del trabajo en un centro de la contratista, lo que pone de manifiesto la clara existencia de soporte empresarial. Y la segunda desigualdad tiene una relevancia aún mayor, puesto que representa un claro indicio -en la decisión de contraste- de que la aportación de la contratista se limitaba a la mano de obra, desde el punto y hora en que evidenciaba que «la única aportación relevante del empresario interpuesto es la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos»; lo que no ocurre en el caso ahora examinado, puesto que la existencia de un precio fijo por campaña -junto con el desarrollo de la actividad en plataforma propia de la contratista y la utilización de medios telefónicos también de su propiedad- evidencia la realidad empresarial del contratista y la «puesta en juego» de la organización empresarial.

Diversidad de datos que nos llevan a afirmar, de acuerdo con el razonado informe del Ministerio Fiscal, que el recurso formulado no cumple con la exigencia -contradicción- de que tratamos y que bien pudiera haber sido inadmitido conforme a las prevenciones del art. 223.2 LPL ; motivo de inadmisión que se transforma en causa de desestimación en el presente momento procesal, sin imposición de costas a la parte recurrente (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don José ... frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 12/02/2007 [recurso de Suplicación nº 5207/06], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 05/07/2006 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Madrid [autos 615/05].

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.