



Roj: **STS 2300/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2300**

Id Cendoj: **28079149912019100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **16/05/2019**

Nº de Recurso: **4082/2016**

Nº de Resolución: **375/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9150/2016,**
STS 2300/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4082/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 375/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

D.^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la Procuradora D.^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de Zozaya Gas, S.L., y por la letrada D.^a María Alicia Gómez Benítez. en representación de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , contra la sentencia dictada el fecha



9 de septiembre de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 471/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 2015, recaída en autos núm. 1225/2012, seguidos a instancia de D. Bartolomé, D. Benedicto y D. Benjamín frente a Zozaya Gas S.L., Zozaya Cisternas S.A., Carbueros Metálicos S.A. y Transportes Ham, S.A., en reclamación por despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Carbueros Metálicos, S.A. representada por la letrada D^a Noelia Lago Tinoco.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Los actores han venido prestando servicios para la empresa codemandada ZOZAYA GAS SL, con la antigüedad, categoría profesional y retribución salarial diaria, que para cada uno de ellos se indica a continuación:

- D. Bartolomé : 15/07/2008; conductor mecánico; 82,15 €/día.
- D. Benjamín : 10/05/2011; conductor mecánico; 74,61 €/día.
- D. Benedicto : 07/04/2008; conductor mecánico; 77,86 €/día.

(Hechos no controvertidos).

SEGUNDO.- Con fecha 16/08/2012 la empresa ZOZAYA GAS SL comunicó a la Dirección General de Trabajo el inicio de expediente de regulación de empleo; solicitando de la misma autorización para la extinción de 43 contratos de trabajo, siendo la plantilla de la empresa de 44 trabajadores, y alegando como hechos que fundamentaban tal petición causas económicas, organizativas, técnicas y de producción, justificadas por la finalización, en fecha 30/09/2012, del contrato de servicios suscrito con la empresa CARBUEROS METALICOS SA, lo que a su entender ocasionaba la desaparición de la demanda de trabajo existente y la necesidad de extinción de los contratos de trabajo para adecuar la oferta actual a la demanda que se reduciría a cero en tal fecha. (Expediente Adm ERE NUM000 : folios 287 a 448 Tomo II).

TERCERO.- El inicio del referido ERE fue comunicado por la empresa ZOZAYA GAS SL a los representantes de los trabajadores mediante escrito de fecha 13/08/2012, en el que se señalaba como fecha para el inicio del periodo de consultas el día 28 de agosto. (Folios 436 a 446 Tomo II).

CUARTO.- Iniciado el periodo de consultas el día 28/08/2012, y tras la celebración de dos reuniones más que tuvieron lugar los días 3 y 12 de septiembre de 2012, dicho periodo finalizó sin acuerdo; extendiéndose el oportuno Acta Final sin acuerdo en tal fecha y siendo comunicado por la empresa a la Autoridad Laboral mediante escrito presentado en fecha 19/09/2012.- En la reunión celebrada al inicio del periodo de consultas, el día 28/08/2012, por la representación de los trabajadores se manifestó la necesaria presencia de la empresa CARBUEROS METALICOS SA al entender que era ésta la verdadera empleadora de los trabajadores, por más que formalmente constara como tal la mercantil ZOZAYA GAS SL.- En la reunión celebrada, dentro del periodo de consultas, el día 03/09/2012, por la empresa se manifestó que trasladada las anteriores manifestaciones de los trabajadores a la mercantil CARBUEROS METALICOS SA, así como la posibilidad de una recolocación de los trabajadores en la nueva empresa que realiza la actividad, por su parte no se había obtenido respuesta alguna. Por su parte, la representación de los trabajadores, además de reiterar sus argumentaciones anteriores, requirió a la empresa ZOZAYA GAS SL la entrega de diversa documentación entre la que se incluía las cuentas de la mercantil ZOZAYA CISTERNAS SA, al ser la misma la propietaria del 100% del capital de aquella; habiendo dado cumplimiento la mercantil ZOZAYA GAS SL a tal requerimiento mediante escrito de fecha 04/09/2012, el cual fue recibido por la representación de los trabajadores en fecha 12/09/2012.- (Informe de Inspección de Trabajo sobre ERE NUM000 : Folios 1 a 13 Tomo II - Expediente Adm. ERE NUM000 : folios 217 a 278 Tomo II - Documento 5 de la parte actora).

QUINTO.- Finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa ZOZAYA GAS SL comunicó a la Autoridad Laboral, en fecha 19/09/2012, el resultado del mismo así como su decisión de afectar a 34 trabajadores, a los que procedería a despedir por causas objetivas con efectos del 30/09/2012 y una indemnización de 20 días por año trabajo con el límite máximo de una anualidad; adjuntando a tal comunicación una relación de los trabajadores afectados entre los que se encontraban incluidos los demandantes. (Expediente Adm ERE NUM000 : folios 217 a 2224).



SEXTO.- Mediante cartas de fecha 14/09/2012, las cuales obrando en autos damos por reproducidas, la empresa ZOZAYA GAS SL comunicó a los trabajadores demandantes la extinción de sus contratos de trabajo con efectos de 30/09/2012, alegando como justificación de tal decisión extintiva causas económicas, técnicas, de producción y organizativas, al amparo de los artículos 51 y 52 del ET , así como la imposibilidad de haber alcanzado un acuerdo en el expediente de regulación de empleo tramitado previamente; especificándose como causa concreta de la amortización de sus puestos de trabajo la finalización el día 30/09/2012 de la contrata que la empresa tenía suscrita con la mercantil CARBUROS METALICOS SA, así como que tal decisión afectaba al funcionamiento futuro de la empresa en sus aspectos técnicos, organizativos, de producción y económicos, ya que a partir de tal fecha se carecería de ingreso alguno. En la referida comunicación extintiva, la empresa reconocía a cada uno de los actores su derecho a la indemnización legal correspondiente, si bien manifestaba no poder ponerla en ese momento a su disposición debido a la falta de liquidez de la empresa. (Documento 3 de la parte actora).

SÉPTIMO.- La empresa ZOZAYA GAS SL procedió a abonar a los actores la indemnización por despido, mediante transferencia, en fecha 18/12/2012; abonándoles los siguientes importes:

A D. Benjamín : 1.887,63 €

A D. Bartolomé : 6.966,32 €

A D. Benedicto : 6.991,83 €

(Documentos 68 a 70 de la demandada ZOZAYA GAS).

OCTAVO.- La sociedad ZOZAYA GAS SL inició sus operaciones en fecha 21/02/2005, si bien bajo la denominación de "VOS ZOZAYABULK LOGISTICS BARCELONA, SL"; siendo su objeto social "el transporte de mercancías por carretera, nacional e internacional, incluyendo entre otros el transporte de productos químicos y gases licuados. Operador de transporte (agencia de transportes, almacenista, distribuidor y transitario). El arrendamiento no financiero de vehículo sin conductor. El comercio al mayor y menor de vehículos. El arrendamiento no financiero de vehículos semi remolques. Dichas actividades podrán ser realizadas por la sociedad ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades de objeto idéntico o análogo".

Dicha mercantil es una sociedad limitada unipersonal, siendo su socio único la empresa ZOZAYA CISTERNAS SL, titular del 100% de las participaciones sociales. Su domicilio social radica en la Avenida La Ferreira 70 Pol . Ind La Ferreira de la localidad de Montcada y Reixac, y su órgano social está actualmente constituido por un Consejo de Administración, del que forma parte, entre otros Consejeros, D. Genaro .

El cambio de denominación social de la mercantil "VOS ZOZAYA BULK LOGISTICS BARCELONA, SL" por el de ZOZAYAGAS SL, bajo el cual opera actualmente, se produjo en virtud de escritura pública de 29/05/2008.

(Documentos 9 a 11 de ZOZAYA GAS).

NOVENO.- Según obra en la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa ZOZAYA GAS SL figura en situación de alta por reinicio en fecha 18/06/2008; constando como fecha de alta inicial el día 26/08/2005 y figurando otras cuentas de cotización de la empresa en alta desde el 01/07/2008 (Documento 1 de ZOZAYA GAS).

DÉCIMO.- Por la empresa ZOZAYA GAS SL y la mercantil CARBUROS METALICOS SA se suscribió un contrato de servicio y transporte de mercancías, cuya duración estaba expresamente prevista desde el 01/10/2008 al 30/09/2012 (cláusula 18.1), y en virtud del cual la empresa de transportes (ZOZAYA GAS) se comprometía a prestar para CARBUROS METALICOS (CM) los siguientes servicios (cláusula 2.2): Transporte de gases industriales con la flota y semirremolque.- Disponibilidad del número acordado de tractores, conductores y personal administrativo necesario para la prestación de los servicios de transporte.- Emisión de documentos de embarque (albaranes, conocimientos de embarque, informes de viaje etc) a solicitud de CM.- El conductor realizará la carga y descarga de los semirremolques siempre que las leyes lo permitan.- Obtención y provisión de prendas protectoras para los conductores de acuerdo con las especificaciones de CM.- Limpieza de los tractores y semirremolques una vez al mes o cuando sea necesario para mantener un nivel de limpieza aceptable.- Revisiones de seguridad en los tractores y semirremolques de acuerdo con la ley y especificaciones de CM antes del inicio de cada viaje.- Representación de los intereses de CM hacia los clientes, incluyendo sin limitación dicha representación por parte de los conductores contratados para los servicios.- Emisión de informes de defectos, siempre que sea necesario en el transcurso de los servicios.- Cumplimiento de las instrucciones de CM y emisiones de informes de accidentes, siempre que sea necesario en el transcurso de los servicios.- Servicio telefónico (recepción de llamadas de los clientes de CM, atención al cliente y llamadas



telefónicas internas) en el transcurso de los servicios.- Asiento de albaranes cuando sea necesario y por acuerdo previo.- (Documento 16 de ZOZAYA GAS).

UNDECIMO.- Mediante comunicación de fecha 27/03/2012, la empresa CARBUROS METALICOS SA comunicaba que, una vez finalizado el proceso de evaluación para proveedor en las actividades de distribución de líquidos en España y Portugal, la oferta de la mercantil ZOZAYA había sido desestimada. (Documento 17 de ZOZAYA GAS).

DUODECIMO.- Por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, Don Ildelfonso y D. Inocencio se interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores afectados por el conflicto y se declare el derecho de estos a integrarse en la plantilla de CARBUROS METÁLICOS S.A; habiéndose dictado por la referida Sala de la Audiencia Nacional, tras la tramitación del correspondiente procedimiento, sentencia de fecha 15 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva dice: " **FALLAMOS** : *Que estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de Zozaya Cisternas y, estimando de oficio la excepción de falta de acción, desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS; Mariano (DEL. PERSONAL CENTRO TRABAJO MADRID EMPRESA ZOZAYA GAS SL); Melchor (DEL. PERSONAL CENTRO TRABAJO EMPRESA ZOZAYA GAS SL) y en consecuencia absolvemos a ZOZAYA GAS SL; ZOZAYA CISTERNAS SL; CARBUROS METALICOS SA de los pedimentos de la demanda, que quedan imprejuzgados*.- Dicha sentencia ha sido confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 30/09/2014 recaída en el recurso de casación (nº 193/2013), interpuesto contra aquella.- (Documental obrante en autos: folios 108 a 115 Tomo I).

DECIMOTERCERO.- En la referida Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 15/11/2012 , se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO .- La empresa Zozaya Gas S.L. está participada al 100% por Zozaya Cisternas S.L., sociedad dominante con la que no consolida cuentas. La empresa Carburos Metálicos, S.A. está integrada en el grupo multinacional Air Products.- SEGUNDO.- En 1988 Zozaya Cisternas inició relaciones comerciales con Carburos Metálicos, de forma que la primera, mediante la colaboración con transportistas autónomos y utilizando los semirremolques cisterna propiedad de Carburos Metálicos, efectuase la entrega de los productos fabricados (gases) por esta última en sus diferentes clientes.- TERCERO.- El 29-5-2008 se cambió la razón social a una empresa de la que disponía Zozaya sin actividad, denominándola Zozaya Gas S.L., que inició sus operaciones el 1-10-2008 con personal propio, proviniendo algunos de sus empleados de Zozaya Cisternas. Su actividad es la de transportes de mercancías por carretera. El 1-10-2008 Zozaya Gas suscribió un nuevo contrato con Carburos Metálicos, con vencimiento el 30-9-2012, en el que se modificó la forma de retribuir el transporte, pasándose de pagar una cantidad fija por kilómetro y por operación de carga y descarga, a otra modalidad denominada "open books" o libros abiertos, por la que todos los gastos en los que incurriera Zozaya Gas en la prestación del servicio, excepto el coste del gasoil y el de las autopistas, eran subrogados por Carburos Metálicos y sobre dicho importe resultante se aumentaba un margen fijo del 3,5% y con la posibilidad de un incremento variable del 4,5% si se cumplían los objetivos anuales fijados en los anexos del contrato.- CUARTO.- Carburos Metálicos tenía contratado desde 2008 el servicio de transporte tanto con Zozaya Gas como con HAM SA.- QUINTO.- El conflicto afecta a los 48 trabajadores de Zozaya Gas que prestaban servicios de transporte para Carburos Metálicos, de los que 44 ostentaban la categoría profesional de conductor, y 4 de administrativos.- SEXTO .- Los trabajadores de Zozaya Gas prestaban sus servicios en los centros de trabajo de Carburos Metálicos. Zozaya Cisternas tiene un centro de trabajo en Barcelona, donde prestaba servicios el Jefe de administrativos de Zozaya Gas.- SÉPTIMO .- Los trabajadores de Zozaya Gas accedían a los centros de trabajo de Carburos Metálicos mediante tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." como a "Grupo Air Products". En las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carburos Metálicos, de color verde, aparecen referencias a "Carburos Metálicos" y a "Grupo Air Products".- OCTAVO.- Carburos Metálicos entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, cómo frenar y controlar la velocidad, entre otras cuestiones) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos, conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones).- NOVENO.- Los conductores recibían instrucciones sobre rutas de la siguiente manera: en el centro logístico que Carburos Metálicos posee en Cornellá, se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, haciéndose la correspondiente planificación de horarios y rutas. Se volcaba todo informáticamente y de pasaban a terminales situadas en los centros de trabajo de la empresa, a donde se dirigían los conductores de Zozaya GAS para conectar las PDAs que previamente Carburos Metálicos les había suministrado. La planificación de rutas que debían realizar se cargaba directamente en sus PDAs, sin pasar por los administrativos de Zozaya



Gas.- DÉCIMO.- Los trabajadores de Zozaya Gas con funciones de administrativo disponían para realizar su trabajo de un portátil suministrado por Carbueros Metálicos y otro ordenador suministrado por Zozaya Gas.- UNDÉCIMO.- El 13-7-2009 Zozaya Gas emitió comunicado con el siguiente contenido: "Ningún conductor puede ni debe llamar a Cornella (Scheduler) para que le modifiquen el trip, esta acción se tiene que hacer siempre a través del Haulier Supervisor." El 14-7-2009 emitió otro comunicado, del siguiente tenor: "Cuando se termine de realizar las maniobras de carga // descarga se debe comprobar el estado de todas las válvulas y darle con agua a las que queden congeladas. En el caso que cuando se llegue a un cliente y la boca de descarga del tanque este dura y sea necesario golpear con el martillo, se procederá a llamar a su responsable más inmediato y este le explicara la manera de proceder." El 28-7-2009 emitió el siguiente comunicado: "Procedimiento a seguir con las llamadas entrantes y salientes de teléfono: Llamada entrante: *La utilización durante la conducción no se puede realizar. *Se para en un lugar seguro, como parking, área de servicio, etc, etc. Nunca se atenderá una llamada cuando se conduce. Llamada saliente: *Siempre se realizaran con el vehículo parado y en un lugar seguro. El no cumplimiento de estas normas de seguridad son sancionables."- DUODÉCIMO .- El contrato entre Zazoya Gas y Carbueros Metálicos indicaba que la primera debía responsabilizarse "de proporcionar el mantenimiento de los tractores que forman parte de la FLOTA y se asegurará de que estos trabajos son realizados por talleres debidamente cualificados." Para ello, tenía suscritos con Mercedes Benz y con Michelin sendos contratos de servicio, implicando a veinticuatro cabezas tractoras.. DECIMOTERCERO .- Las cabezas tractoras con las que Zozaya Gas realizaba los transportes para Carbueros Metálicos fueron adquiridas por aquélla en la modalidad de arrendamiento financiero por cuatro años, aunque el pago del mismo se realizaba por Carbueros Metálicos al ser un gasto más del servicio. Mercedes-Benz se comprometió a volver a adquirir las cabezas tractoras.- DECIMOCUARTO.- Los albaranes y cartas de porte eran emitidos por Carbueros Metálicos.- DECIMOQUINTO .- En diciembre de 2011 se inició un concurso, tras comunicar Carbueros Metálicos a Zozaya Gas y a HAM SA que pasaría a tener un único transportista en la península Ibérica. El 27-3-2012 Carbueros Metálicos comunicó a Zazoya Gas que con fecha 30-9-2012 finalizaría su relación comercial, al no haber resultado adjudicataria del servicio. Carbueros Metálicos era el único cliente de ZozayaGas.- DECIMOSEXTO .- El 13 de agosto de 2012 Zozaya Gas remitió a los delegados de personal y a los trabajadores de los centros sin representación, documentación en orden a iniciar el período de consultas para un despido colectivo, suscribiéndose acta de inicio formal del mismo el 28-8-2012. El 16 de agosto de 2012 tuvo entrada en el registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social comunicación de Zozaya Gas de apertura de Expediente de Regulación de Empleo para la extinción de los contratos de trabajo de 44 trabajadores. Algunos trabajadores causaron baja voluntaria en Zozaya Gas una vez iniciado el expediente y alta en HAM SA, pero en cualquier caso todos los contratos de trabajo de los empleados de Zozaya Gas fueron extinguidos.- DECIMOSÉPTIMO .- Constan interpuestas demandas individuales por despido, en las que se alega la existencia de un grupo a efectos laborales.- DECIMOCTAVO. El 24 de septiembre de 2012 se celebró acto de mediación ante la Fundación SIMA con resultado de falta de acuerdo."- (Antecedente de Hecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30/09/2014 : Folios 108 a 115 Tomo I).

DECIMOCUARTO.- En fecha 27/11/2012, la empresa CARBUROS METALICOS SA y la mercantil TRANSPORTES HAM SL suscribieron un contrato de servicio y transporte, en virtud del cual el contratista prestaría los servicios que incluirían el suministro de conductores cualificados y formados y tractores debidamente mantenidos para ejecutar el trabajo de entrega directa y otras tareas que las partes acordasen. (Documento 2 de HAM).

DECIMOQUINTO.- La empresa ZOZAYA CISTERNAS SL, inició sus operaciones en fecha 24/01/1991, si bien bajo la denominación de "KIEV UNO, SOCIEDAD LIMITADA"; siendo su objeto social, tras ampliación realizada, "el transporte de mercancías por carretera mediante camiones cisterna y portacontenedores, transporte combinado (ferrocarril-carretera), lavado y vaporizado de vehículos industriales y Operador de transporte". Su domicilio social radica en la calle Central s/n. Pol. Ind. La Ferreira de la localidad de Montcada y Reixac, y su órgano social está actualmente constituido por un Consejo de Administración, del que forma parte, entre otros Consejeros, D. Genaro . (Documentos 6 y 7 ZOZAYA CISTERNAS).

DECIMOSEXTO.- Por la parte demandante se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, a fin de intentar el acto de conciliación previa".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "QUE DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA INTERPUESTA POR D. Bartolomé , D. Benjamín Y D. Benedicto FRENTE A LAS EMPRESAS " ZOZAYA GAS SL", "ZOZAYA CISTERNAS SA", "CARBUROS METALICOS SA" Y "TRANSPORTES HAM SA", EN MATERIA DE RECLAMACIÓN POR DESPIDO; DECLARANDO IMPROCEDENTE EL DESPIDO DE QUE FUERON OBJETO LOS ACTORES, COMUNICADO POR LA EMPRESA " ZOZAYA GAS SL" CON EFECTOS DE 30/09/2012, Y CONDENANDO A LA EMPRESA CODEMANDADA "ZOZAYA GAS SL" A READMITIR A LOS ACTORES EN SU PUESTO DE TRABAJO, EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE TENÍAN ANTES DE PRODUCIRSE EL DESPIDO, A NO SER QUE EN EL PLAZO DE CINCO DÍAS, A CONTAR DESDE LA NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIA Y SIN NECESIDAD DE ESPERAR A LA FIRMEZA DE LA MISMA, OPTE ANTE ESTE JUZGADO POR ABONARLES, EN



CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN, LAS SIGUIENTES CANTIDADES, DE LAS CUALES DEBERÁ DESCONTARSE LA CANTIDAD QUE YA LES FUE ABONADA POR LA EMPRESA EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN:

- PARA D. Bartolomé : 15.021,94 € (S.E.U.O).

- PARA D. Benjamín : 4.177,42 € (S.E.U.O).

- PARA D. Benedicto : 15.190,49 € (S.E.U.O).

ASÍ MISMO, PARA EL CASO DE QUE LA CITADA EMPRESA CONDENADA OPTE POR LA READMISIÓN DE LOS ACTORES, DEBO CONDENARLA A ABONAR A LOS DEMANDANTES LA SUMA DE LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR DESDE LA FECHA DEL DESPIDO HASTA LA FECHA DE NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA, A RAZÓN DEL SALARIO DIARIO INDICADO PARA CADA UNO DE ELLOS; SIN PERJUICIO DE LOS DESCUENTOS QUE, EN SU CASO, CORRESPONDA POR EL SALARIO PERCIBIDO POR LA ACTORA EN EMPLEOS POSTERIORES AL DESPIDO O PERIODOS DE IT, SI LOS HUBIERA.- DEBO ABSOLVER A LAS MERCANTILES CODEMANDADAS " ZOZAYA CISTERNAS SA", "CARBUROS METALICOS SA" Y "TRANSPORTES HAM SA" DE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS EN SU CONTRA POR LOS ACTORES".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de Zozaya Gas S.L. y de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando los recursos interpuestos por ZOZAYA GAS S.L. y por D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid de 30 de diciembre de 2015 la CONFIRMAMOS íntegramente con imposición de las costas del recurso seguido a instancias de ZOZAYAGAS S.L. a esta parte fijando los honorarios del letrado de la parte recurrida en quinientos euros".

TERCERO.- Por la representación de Zozaya Gas, S.A., y por D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , se formalizan recursos de casación para la unificación de doctrina. Se invocan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1998 (Rec. 3310/1997), Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de mayo de 2016 (R. 574/16): Segundo motivo y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de mayo de 2016 (R. 574/16).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2017, se admiten a trámite los recursos de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación de todos los recurso interpuestos.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de febrero de 2019 y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó suspender el señalamiento para debate del asunto por el Pleno de la Sala el día 24 de abril de 2019, fecha en que tuvo lugar. En dicho acto la Excm. Sra. Magistrada Ponente Sra. D^a Maria Luz Garcia Paredes señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. Magistrada D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si ha existido grupo de empresas -respecto de Zozaya Gas. SL y Zozaya Cisternas SL, y si concurre cesión ilegal de trabajadores entre las empresas Zozaya Gas, SL y Carburos Metálicos, SA.

A tal fin, se han formulado recursos por la parte actora y por la mercantil Zozaya Gas, SL.

El recurso de los demandantes señala aquellos dos puntos de contradicción, invocando como sentencia de contraste, a los efectos del grupo de empresa, la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal, de 18 de mayo de 1998, R. 3310/1997 , y denunciando como precepto normativo infringido el art. 1.2 del ET y la jurisprudencia que identifica en la sentencia de 25 de mayo de 2000 . Para el segundo punto de contradicción, relativo a la existencia de cesión ilegal, se alega como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2016, R. 574/2016 , e invocando como precepto legal infringido el art. 43.3 y 4 del ET .



El recurso de la demandada Zozaya Gas, SL, en relación con el único punto de contradicción que formula, relativo a la existencia de cesión ilegal, señala como sentencia de contraste la misma que la invocada en el recurso de la parte actora.

2.- Impugnación de los recursos.

La mercantil Zozaya Gas, SL ha impugnado el recurso de la parte actora en el extremo relativo a la existencia de grupo de empresas poniendo de manifiesto la ausencia de contradicción entre los pronunciamientos de las respectivas sentencias contrastadas. En otro caso, niega que exista un grupo de empresas entre ella y Zozaya Cisternas por cuanto que la relación existente entre ellas es la de grupo mercantil, en la que la ahora impugnante fue creada como consecuencia del contrato suscrito en 2008 entre la matriz y Carbueros Metálicos, para lo cual contaba con su propio personal, medios materiales, centros de trabajo, etc. Tan solo destaca que la ahora impugnante cargaba a la matriz los gastos generales por los servicios de administración y gestión, sin que concurran las notas para entender que existe grupo laboral, con cita de la STS de 27 de mayo de 2013 . A su juicio, considera que invocar grupo de empresas y cesión ilegal, tal y como realizan los demandantes recurrentes es un contrasentido.

La parte actora, respecto del recurso de la empresa Zozaya Gas, SL, se muestra conforme con lo que en él se expone, al versar sobre la misma cuestión e invocar como sentencia de contraste la misma que ampara su recurso, en ese extremo.

Finalmente, por Carbueros Metálicos, SA se impugnan los dos recursos en lo que a la cesión ilegal se refiere. Tras exponer las singularidades que, a su juicio, presenta el recurso de la codemandada Zozaya Gas, en orden a que se sostenga una cesión ilegal que, de apreciarse, implicaría una solidaria responsabilidad o que se defienda que no hay grupo de empresas para luego, y respecto de la cesión ilegal, negar que tuviera infraestructura propia e independiente de la empresa principal que es Carbueros Metálicos, hace una primera petición de acumulación de recursos, respecto del formulado ante esta Sala contra la STSJ de Madrid, dictada en el recurso de suplicación 209/2016 . En cualquier caso, niega que haya incurrido en la conducta que se le imputa por cuanto que para prestar el servicio de transporte especial se requiere de una habilitación administrativa y una dotación de medios que solo pueden ser de quien realiza dicho traslado, junto a otras especificaciones que están regulados administrativamente y revelan, claramente, que la impugnante es ajena al servicio que ha contratado y que desarrolla Zozaya Gas, SL. Al hilo de ello, expone que las empresas del Grupo Zozaya, aquí codemandadas, no solo son un grupo mercantil sino laboral, con lo cual no sería posible considerarla como empresa aparente.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que ambos recursos deben ser desestimados. El recurso de los demandantes, a su juicio, incurre en falta de contradicción en el primer punto de contradicción, relativo al grupo de empresas, y respecto del relativo a la cesión ilegal, considera que la sentencia recurrida contiene la doctrina correcta al ser clara empleadora de los trabajadores la empresa de transporte respecto de la que Carbueros Metálicos tan solo lleva el control de que los productos transportados lleguen en tiempo y condiciones a sus destinatarios. Respecto del recurso de la empresa Zozaya Gas. SL, le niega legitimación para recurrir al no haber suscitado en suplicación el debate que ahora formula ante esta Sala. Además, entiende que el planteamiento que realiza en el recurso implica reconocer que ha actuado ilegalmente, como empresa aparente y, en todo caso, se remite a lo alegado en el recurso de los demandantes, en relación con la citada cuestión.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida .

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por un grupo de trabajadores, al impugnar la extinción del contrato de trabajo, por causas objetivas, en el marco de un ERE que finalizó sin acuerdo.

Según los hechos probados y respecto de los trabajadores demandantes debemos destacar los siguientes: Los actores han venido prestando servicios para la empresa codemandada ZOZAYA GAS SL como conductores mecánicos. Esta empresa, el 14 de septiembre de 2012, comunicó a los trabajadores demandantes la extinción de sus contratos de trabajo con efectos de 30/09/2012, alegando como justificación de tal decisión extintiva causas económicas, técnicas, de producción y organizativas, al amparo de los artículos 51 y 52 del ET , así como la imposibilidad de haber alcanzado un acuerdo en el expediente de regulación de empleo tramitado previamente; especificándose como causa concreta de la amortización de sus puestos de trabajo la finalización el día 30/09/2012 de la contrata que la empresa tenía suscrita con la mercantil Carbueros Metálicos SA, así como que tal decisión afectaba al funcionamiento futuro de la empresa en sus aspectos técnicos, organizativos, de producción y económicos, ya que a partir de tal fecha se carecería de ingreso alguno.



La empresa Zozaya Gas emitía comunicados dirigidos a sus trabajadores sobre recomendaciones o instrucciones para el desempeño del servicio, como el procedimiento de enganche/desenganche firmado por los demandantes. Igualmente, aquella mercantil era la encargada de la formación e información sobre prevención de riesgos laborales a sus trabajadores y la que planificaba las vacaciones.

Los trabajadores de Zozaya eran identificados con una tarjeta de color azul en las que aparecía el nombre de "Zozaya GAS, SL, y los trabajadores de Carbueros Metálicos se identificaban con una tarjeta verde en la que se hacía referencia a esta empresa.

Expediente de regulación de empleo: Con fecha 16/08/2012 la empresa ZOZAYA GAS SL comunicó a la Dirección General de Trabajo el inicio de expediente de regulación de empleo; solicitando de la misma autorización para la extinción de 43 contratos de trabajo, siendo la plantilla de la empresa de 44 trabajadores, y alegando como hechos que fundamentaban tal petición causas económicas, organizativas, técnicas y de producción, justificadas por la finalización, en fecha 30/09/2012, del contrato de servicios suscrito con la empresa CARBUROS METALICOS SA. Iniciado el periodo de consultas el día 28/08/2012, y tras la celebración de reuniones, la última el 12 de septiembre de 2012, dicho periodo finalizó sin acuerdo; extendiéndose el oportuno Acta Final sin acuerdo en tal fecha y siendo comunicado por la empresa a la Autoridad Laboral mediante escrito presentado en fecha 19/09/2012.

Respecto de las mercantiles codemandadas se deben destacar los hechos siguientes:

La empresa ZOZAYA CISTERNAS SL, inició sus operaciones en fecha 24/01/1991, si bien bajo la denominación de "KIEV UNO, SOCIEDAD LIMITADA"; siendo su objeto social, tras ampliación realizada, "el transporte de mercancías por carretera mediante camiones cisterna y portacontenedores, transporte combinado (ferrocarril-carretera), lavado y vaporizado de vehículos industriales y Operador de transporte". Su domicilio social radica en la calle Central s/n. Pol. Ind. La Ferreira de la localidad de Montcada y Reixac, y su órgano social está actualmente constituido por un Consejo de Administración, del que forma parte, entre otros Consejeros, D. Juan Manuel

La sociedad ZOZAYA GAS SL inició sus operaciones en fecha 21/02/2005, si bien bajo otra denominación; siendo su objeto social "el transporte de mercancías por carretera, nacional e internacional, incluyendo entre otros el transporte de productos químicos y gases licuados. Operador de transporte (agencia de transportes, almacenista, distribuidor y transitario). El arrendamiento no financiero de vehículo sin conductor. El comercio al mayor y menor de vehículos. El arrendamiento no financiero de vehículos semi remolques. Dichas actividades podrán ser realizadas por la sociedad ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades de objeto idéntico o análogo". Dicha mercantil es una sociedad limitada unipersonal, siendo su socio único la empresa ZOZAYA CISTERNAS SL, titular del 100% de las participaciones sociales. Su domicilio social radica en la Avenida La Ferreira 70 Pol. Ind La Ferreira de la localidad de Montcada y Reixac, y su órgano social está actualmente constituido por un Consejo de Administración, del que forma parte, entre otros Consejeros, D. Juan Manuel. El cambio de denominación social por el de ZOZAYA GAS SL, bajo el cual opera actualmente, se produjo en virtud de escritura pública de 29/05/2008.

Carbueros Metálicos SA se dedica a la fabricación y comercialización de gases industriales que son entregados a los clientes en forma líquida o gaseosa por carretera, usando principalmente semirremolques especiales de gran volumen.

Por la empresa ZOZAYA GAS SL y la mercantil CARBUROS METALICOS SA se suscribió un contrato de servicio y transporte de mercancías, cuya duración estaba expresamente prevista desde el 01/10/2008 al 30/09/2012 (cláusula 18.1), y en virtud del cual la empresa de transportes (Zozaya Gas) se comprometía a prestar para Carbueros Metálicos los servicios que se describen en el h.p. 10. Mediante comunicación de fecha 27/03/2012, la empresa Carbueros Metálicos comunicaba que, una vez finalizado el proceso de evaluación para proveedor en las actividades de distribución de líquidos en España y Portugal, la oferta de la mercantil Zozaya Gas había sido desestimada.

En fecha 27/11/2012, la empresa Carbueros Metálicos y la mercantil TRANSPORTES HAM SL suscribieron un contrato de servicio y transporte, en virtud del cual el contratista prestaría los servicios que incluirían el suministro de conductores cualificados y formados y tractores debidamente mantenidos para ejecutar el trabajo de entrega directa y otras tareas que las partes acordasen

Procesos judiciales: Por la Federación de CCOO se presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la AN para que se declarase la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores afectados por el conflicto, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores afectados por el conflicto y se declare el derecho de estos a integrarse en la plantilla de



CARBUROS METALICOS S.A. La demanda fue desestimada por falta de acción, previa apreciación de la falta de legitimación pasiva de Zozaya Cisternas, siendo confirmada por esta Sala, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, R, 193/2013 .

Con base en los anteriores hechos probados, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 2015 , dictada en los autos 1225/2012, estimó parcialmente la demanda, declarando la improcedencia de los despidos de los demandantes, condenando a Zozaya Gas, SL a las consecuencias de tal declaración, absolviendo a Zozaya Cisternas SA, Carbueros Metálicos SA y Transportes Ham, SA.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la parte actora y la mercantil condenada.

2.- Debate en la suplicación.

La parte actora interpone recurso de suplicación en el que, en lo que aquí interesa, insiste en la existencia de grupo de empresas y cesión ilegal de trabajadores.

El recurso de la empresa Zozaya Gas, SL se centraba, además de la revisión fáctica que no prosperó, en la denuncia del art. 53 ET , en relación con la falta de puesta a disposición de los trabajadores de la indemnización legal.

La Sala de lo Social del TSJ desestima ambos recursos y confirma la sentencia de instancia porque, en lo que ahora se está cuestionando y respecto del recurso de la parte actora, advierte que no hay cesión ilegal porque, según expone en el fundamento de derecho quinto " la mera presencia de trabajadores de ZOZAYA GAS en los centros de trabajo de CARBUROS METÁLICOS S.L. que ya se establecía en la SAN de 15-11-2012 (hecho 7º) sin que conste que se recibieran otra cosa que información sobre las rutas a seguir (ordinal 9º de la SAN citada) no constituye indicio de que CARBUROS METÁLICOS fuese la verdadera empleadora impartiendo órdenes en el ámbito laboral y la subrogación de trabajadores entre empresas del mismo grupo mercantil existiendo perfecta identificación de la empleadora en cada momento no constituye confusión de plantillas"; fundamento jurídico sexto: "el que CARBUROS METÁLICOS tendría derecho a rechazar a un empleado de la empresa de transporte contratada, a lo que no se accede, por resultar irrelevante a los efectos del fallo ya que esa previsión es sólo una garantía ante la eventual responsabilidad como contratista dado el carácter peligroso del transporte de gas, y en el mismo sentido, la entrega de un manual sobre prevención de riesgos y seguridad en la conducción se justifica por igual razón al no constituir ninguna orden o instrucción impartida como empleadora sino recomendaciones genéricas para una conclusión segura." Y noveno "además de cuanto se ha indicado al examinar las modificaciones de hecho que se proponen, no constan otras órdenes concretas de carácter laboral que las impartidas por ZOZAYA GAS S.L. (hecho 11º de la SAN de 15-11-2012), ni consta que otra empresa ejerciese facultades disciplinarias sobre los trabajadores, y a mayor abundamiento era ZOZAYA GAS S.L. la encargada de formar a los trabajadores sobre prevención de riesgos laborales y planificar las vacaciones (fundamento 5º antepenúltimo párrafo con valor de hecho probado). Por consiguiente, no se ha acreditado que ZOZAYA GAS S.L. no fuese la verdadera empleadora de los demandantes".

TERCERO. -Acumulación de recursos.

1.- Lo primero que debemos responder, antes de entrar a resolver los recursos planteados, es la petición de acumulación de recursos que interesó la recurrida Carbueros Metálicos SA en su escrito de impugnación.

Como se indicó anteriormente, se solicitaba que el presente recurso se acumulara con el que se encuentra pendiente ante esta Sala, bajo el número 3861/2016, frente a la sentencia que dictó la Sección 4ª del mismo Tribunal que dictó la ahora recurrida.

El art. 33 de la LRJS dispone que "La acumulación de recursos de suplicación y casación se regirá por lo dispuesto en el artículo 234"

Por su parte, el art. 234 señala que la acumulación se acordará antes del señalamiento para votación y fallo y cuando entre los recursos exista identidad de objeto y de alguna de las partes. No obstante, también indica el precepto que podrá dejarse sin efecto la acumulación en todo o en parte si se evidenciaren posteriormente causas que justifiquen su tramitación separada.

La acumulación de procesos se califica de necesaria dada la finalidad que persigue, de obtener una respuesta jurídica uniforme, contribuyendo con ello a la economía procesal. Como señala la doctrina constitucional, en relación con la unidad de objeto, como elemento necesario para proceder a la acumulación, "la indudable flexibilidad de la fórmula legal empleada -que la conexión objetiva justifique la unidad de tramitación y decisión de los asuntos- nos ha llevado a concretar, como razones que justifican una tramitación y decisión unitaria de los procesos acumulables, tanto la economía procesal -cuando la acumulación evite la reiteración innecesaria de trámites- como el más relevante fin de eludir el riesgo de que recaigan resoluciones contradictorias en asuntos que deban tener una misma respuesta" [ATC 261/2007, de 24 de mayo].



La parte que interesa la acumulación no indica nada en relación con el objeto que se debate en uno y otro recurso, a fin de poder justificar lo que pide. No hay que olvidar que, en materia de acumulación de recursos de naturaleza extraordinaria, se viene aplicando con más rigidez la identidad objetiva que el legislador ha impuesto para poder acceder a la misma, máxime cuando estamos ante el recurso de casación para la unificación de doctrina, en donde deben respetarse los hechos probados de la sentencia recurrida, lo que exigiría analizar la existencia de identidad sustancial en los hechos declarados probados y lo decidido por las respectivas sentencias sobre las que se quiere articular la acumulación, así como en los motivos de los recursos y sus impugnaciones ya que las consecuencias jurídicas que a ellos se puedan anudar pueden variar de existir diferencias en uno y otro recurso. Pues bien, dado que nada de ello se justifica en la petición que aquí se ha presentado no sería posible estimar esa solicitud.

Es más, aunque se pudiera entender que existe conexión objetiva entre los dos recursos que penden ante esta Sala, es lo cierto que en el momento en el que nos encontramos, - estando ambos procedimientos con fecha de señalamiento para deliberación, votación y fallo- procesalmente no sería posible acceder a la petición formulada.

Y tampoco lo hubiera sido en el momento en el que se interesó por la parte impugnante dicha acumulación, por cuanto que ningún beneficio de carácter procesal se hubiera obtenido cuando los recursos se encontraban ya en una fase en el que todas las partes habían presentado sus respectivos escritos, a falta del informe del Ministerio Fiscal, por lo que la única consecuencia que ahora se obtendría sería la de dictarse una sola sentencia lo que, como ya ha admitido la doctrina constitucional, por sí solo no justifica la acumulación de procesos. Es por ello por lo que, aunque existiera la identidad de objeto, no procede la acumulación cuando lo que resta de trámite es la deliberación, votación y fallo.

CUARTO. - Recurso de la empresa Zozaya Gas, SL.

1.- Legitimación para recurrir.

El Ministerio Fiscal ha invocado la falta de legitimación para recurrir de la empresa Zozaya Gas, SL, al no haber planteado en suplicación el debate que ahora trae en su recurso.

Dicha excepción debe rechazarse porque, en orden a la legitimación para recurrir la sentencia que ha condenado a la parte recurrente, es evidente que concurre en este caso, a tenor de lo que dispone el art. 17.5 de la LRJS al decir que " Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores".

Esto es, la parte esta procesalmente legitimada para interponer el recurso, cuestión distinta es el análisis que deba hacerse del planteamiento que haya traído ante esta Sala.

Lo que está denunciando el Ministerio Fiscal hace referencia a otra cuestión procesal que pasamos seguidamente a analizar.

2.- Cuestión nueva en unificación de doctrina.

Si lo que el Ministerio Fiscal ha querido indicar es que la parte ha planteado una cuestión que no impugnó en vía de suplicación, desde la consideración de cuestión nueva, tampoco podríamos aceptar que la cesión ilegal en la que se centra su recurso tenga tal condición porque la sentencia de suplicación dio respuesta a ese planteamiento que, ciertamente, no fue suscitado por la empresa recurrente sino por la parte demandante pero, en definitiva, se ha pronunciado con lo cual no nos encontraríamos ante algo que no ha analizado la sentencia objeto del recurso.

Como viene reiterando esta Sala " "constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina, hemos sostenido que (STS 5-11-1993; R. 3090/92 ; 7-5-1996, R. 3544/96 ; 17-2- 1998, R. 812/97 ; 14-6-2001, R. 1992/00 ; 31-1-2004, R. 243/03 ; 13-2- 2008, R. 4348/06 ; 13-5- 2008, R. 1087/06 ; y 26-10-2009 , R. 2945, entre otras muchas) todo motivo formulado en este recurso, que no coincida con el recurso de suplicación, constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 217 LPL , se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación (TS 31-1-2004 , R. 243/03)" [STS 423/2018, de 19 de abril, y las que en ella se citan] [STS 728/2018, de 10 de julio].



Ahora bien, si lo que realmente está exponiendo el Ministerio Fiscal es que no es posible entrar a conocer de dicho recurso porque la mercantil recurrente, como parte condenada en la sentencia, se ha aquietado con uno de sus pronunciamientos, en este caso el relativo a la inexistencia de cesión ilegal denegada en la instancia, entonces si que esa situación procesal impediría tomar en consideración su recurso. Esto es, la parte demandada, ahora recurrente, no puede aprovecharse del recurso que sobre aquel extremo formuló la parte actora para, en una instancia superior, plantear lo que a ésta le ha sido denegado en suplicación. Lo que nos lleva al siguiente análisis.

3.- Ampliación del recurso de suplicación en fase de recurso de casación para la unificación de doctrina.

El recurso de suplicación, al igual que el de casación, en sus diferentes modalidades, está condicionado por los motivos que las partes formulen, cuyos planteamientos deben ser claros, precisos, sin que en las distintas instancias procesales a las que se acuda se puedan formular pretensiones modificativas en sus planteamientos, de forma que el Tribunal que los resuelva solo dará respuesta a los motivos que cada parte y respecto de ella se hayan planteado. Si la parte que recurre ha centrado su recurso de suplicación, en un determinado extremo de la sentencia recurrida que le resultaba perjudicial y no en otro, que también podría perjudicarle, debemos entender que en ese momento ha precluido todo su derecho para combatir la sentencia en aquello con lo que se aquieto, de forma que no puede alterar en un momento posterior lo que dejó sin impugnar y pudo serle favorable.

Y ello, aunque una de las partes, y en su propio beneficio, haya recurrido el mismo planteamiento, del que no puede aprovecharse la parte contraria. En ese sentido, esta Sala ya vino a decir que "no puede una vez transcurrido el plazo preclusivo para recurrir aprovechar la oportunidad del recurso interpuesto adecuadamente por otra parte para efectuar el suyo propio, tanto más cuanto los pronunciamientos de la sentencia impugnada independientes de los oportunamente recurridos habrían devenido firmes (arg. ex art. 240 LPL) y no sería competente el tribunal que conociera del recurso para revisar tales extremos, que, además, resultarían inmodificables por la mera aplicación de la prohibición de la "reformatio in peius" (en esta línea STS/IV 24-VI-1997 -recurso 2620/1996)" [STS de 13 de abril de 1998, R. 2985/1997 ,] cuya doctrina entendemos que es aplicable al caso, aunque aquí quien ahora recurre lo haya sido también en vía de suplicación, pero por otros motivos.

Además, debemos recordar que la vía de impugnación del recurso de suplicación, que en este caso es irrelevante porque la empresa recurrente no cumplió ese trámite, no le hubiera tan siquiera servido para adherirse al recurso de suplicación de los demandantes en el tema de la cesión ilegal porque en la actual LRJS se establecen los cauces adecuados para que las partes puedan hacer valer su conformidad o disconformidad con la sentencia recurrida, en todos aquellos extremos de la sentencia recurrida que no les sean favorables (art. 197.1 de la LRJS) de forma que, una adhesión al recurso no sería admisible, como venían diciendo reiteradamente esta Sala, incluso antes de la vigente Ley procesal, señalando que tal figura no es admitida en el proceso laboral [SSTS 30 de abril de 1976 , 14 de diciembre de 1988 , 7 de febrero de 1989 , 22 de diciembre de 2000, R. 4069/1999 , 27 de diciembre de 2010, R. 229/2010]

En consecuencia, debemos concluir inadmitiendo el recurso de la mercantil recurrente por pretender en este momento ampliar los motivos del recurso de suplicación que en su día planteó, incurriendo en este momento procesal en causa de desestimación.

QUINTO. - Recurso de los demandantes. Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2.- Punto de contradicción en relación con la existencia de grupo de empresas.

a) Sentencia de contraste.



La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal, de 18 de mayo de 1998, R. 3310/1997, con auto de aclaración de 8 de julio de 1998, estima el recurso apreciando la existencia de grupo de empresas.

En dicha sentencia, se indica que el examen de los hechos probados de la sentencia de instancia, no modificados por la Sala de suplicación, patentiza la realidad de unidad de actividades, de trasvase de fondos y de cesiones inmobiliarias, porque en dicho relato se lee: "El demandante ha venido prestando sus servicios sucesivamente para las empresas codemandadas P, S.A. y O, S.A. En el probado 5º se identifican a los respectivos titulares como fundadores y/o accionistas de las diversas empresas, con coincidencias constantes entre ellos, y con la interposición ocasional de compañías mercantiles de las que son también accionistas y administradores para entrar en la titularidad de otras empresas de las que asumen la gestión, Y en el hecho 7º probado se narra que Durante el año 1994 y del 1-1-95 al 15-3-95 se han ido efectuando diversos ingresos desde la cuenta corriente de O... en la entidad Caja Caminos, por talones compensados a las cuentas corrientes de otras empresas del grupo, que el relato judicial identifica y que son codemandadas en el procedimiento, y continúa el mismo hecho probado narrando las compraventas de inmuebles entre estas mismas empresas, figurando como tal el piso donde el actor tenía su puesto de trabajo, como empleado de O., que es también el domicilio social de otra de las empresas, y, sin traslado del lugar de trabajo, el propio demandante pasó a prestar sus servicios al Grupo L... aunque manteniendo su condición de trabajador al servicio de O... Esta situación, económica y de actividad, es diferente de la llamada Unión Temporal de Empresas, también ocasionalmente formada por algunas de las demandadas, que es una lícita situación, no asimilable a la que precisa de la investigación y del levantamiento del velo, como es la aquí enjuiciada".

b) Inexistencia de contradicción

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas no existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS

En efecto, y como señala la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, no existe identidad en los hechos sobre los que se emiten los respectivos pronunciamientos, lo que justifica las diferentes consecuencias jurídicas alcanzadas por las dos resoluciones. En el caso de la sentencia de contraste se deja constancia de que el trabajador prestó servicios para varias de las codemandadas, y, además, otros extremos tenidos en cuenta por la sentencia para resolver, tales como, unidad de actividades, de trasvase de fondos y de cesiones inmobiliarias, circunstancias estas que no se relatan en supuesto de hecho de la sentencia recurrida en la que no se deja constancia de funcionamiento unitario de las empresas, dirección unitaria ni confusión patrimonial o caja única, como tampoco prestación indiferenciada de servicios de los demandantes.

La parte actora recurrente, al realizar el análisis en la identidad de los hechos se centra en la existencia de sucesión en la prestación de servicios entre las empresas pertenecientes al mismo grupo y en el traspaso de cantidades de unas a otras, sin operaciones que lo justifiquen, mencionando a los accionistas y a los órganos de dirección. Pues bien, respecto de que los servicios prestados para Carburantes Metálicos hayan sido consecuencia de una sucesión entre las empresas Zozaya Cisternas y Zozaya Gas, no es un extremo que figure en este relato fáctico. Tampoco se dice nada en relación con que los trabajadores estuvieran prestando servicios para una y otra de las referidas mercantiles. Tan solo nos quedaríamos con la existencia de una participación de acciones de una sobre la otra y una coincidencia en alguno de los Consejeros que, a los efectos de poder apreciar la identidad sustancial entre los hechos de una y otra sentencias, no resulta suficiente.

Y ello, aunque esté pendiente ante esta Sala otro recurso (precisamente, el que se invocaba por la parte impugnante para la acumulación) en el que puedan figurar como declarados probados otros hechos que puedan llevar a otra conclusión sobre el requisito que aquí se está analizando.

3.- Punto de contradicción en relación con la existencia de cesión ilegal.

a) Sentencia de contraste

La sentencia de contraste que se invoca para este segundo punto de contradicción es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2016, R. 574/2016 que resuelve un recurso de suplicación que se interpuso por Zozaya Gas, SL y Carbuos Metálicos, SA, contra la sentencia de instancia que había declarado la improcedencia del despido del demandante, condenando solidariamente a sus consecuencias legales a las referidas mercantiles

La sentencia de la Sala de lo Social, tiene como hecho probados los mismos que se declararon con tal carácter en la SAN de 15 de noviembre de 2012, que fue confirmada por esta Sala, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, R. 193/2013, con exclusión de los que hacían referencia al conflicto colectivo allí planteado, que versaba sobre la existencia de cesión ilegal, siendo rechazada la pretensión por falta de acción.



En cuanto a la existencia de cesión ilegal la Sala de Cataluña confirma la sentencia de instancia porque considera que de aquellos hechos se obtiene que la empresa Zozaya Gas, SL tan solo puso a disposición de Carbuos Metálicos, SA mano de obra -conductores-, ya que es ésta la que planifica las rutas y los horarios, asumiendo el gasto de las cabezas tractoras, confeccionando albaranes y cartas de porte, no teniendo infraestructura productiva alguna ni patrimonio de los camiones.

b) Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS .

Nos encontramos ante un análisis de la contradicción muy singular por cuanto que en las dos sentencias contrastadas están implicadas las mismas partes demandadas, con base en la misma prestación del servicio de transporte de mercancías peligrosas -gases industriales, en forma líquida o gaseosa- lo que debiera llevar a entender que estamos ante supuestos similares sustancialmente. La identidad que se exige a estos efectos debe partir de la propia declaración de los hechos probados de cada caso para poder obtenerla, tal y como dispone el art. 219 LRJS . Así lo viene señalando esta Sala al decir "Tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2005, recurso 6082/03 : "... en esa discrepancia entre la verdad material y la procesal debe primar esta última a efectos de la contradicción, ya que no se comparan los hechos en sí mismos, sino los hechos tal como aparecen acreditados en las sentencias y si estas deciden sobre apreciaciones fácticas distintas, no habrá contradicción a efectos doctrinales, que es la que interesa en este recurso, aunque puede haberla respecto a la versión de los hechos, que quedan fuera de la finalidad unificadora" [STS de 11 de abril de 2011, rcud 1845/2010].

Ese alcance de la contradicción es el que esta Sala viene realizando en supuesto en los que se cuestiona similar debate, diciendo que "En suma, que las diferencias fácticas esenciales entre sentencias impiden la concurrencia del presupuesto de contradicción pues de tales diferencias pueden derivar conclusiones jurídicas distintas sobre la concurrencia del hecho de que las empresas contratistas, aun contando con organización e infraestructura propias, si en la ejecución de los servicios de la empresa principal han puesto o no realmente en juego esta organización y medios propios o si se ha limitado su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio" [STS de 25 de octubre de 1999, R, 1792/1998 . ATS de 8 de noviembre de 2016, R. 1549/2016 , entre otras].

Pues bien, si la sentencia recurrida denegó la existencia de cesión ilegal partiendo de los hechos que declaró probados, incluidos los que con tal valor se recogían en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia -así, señala que la empresa Zozaya Gas emitía comunicados dirigidos a sus trabajadores sobre recomendaciones o instrucciones para el desempeño del servicio, como el procedimiento de enganche/ desenganche firmado por los demandantes. Igualmente, que aquella mercantil era la encargada de la formación e información sobre prevención de riesgos laborales a sus trabajadores y la que planificaba las vacaciones-, tales circunstancias, junto al resto de las que figuran en el relato fáctico deben entenderse que concurren en el caso de la sentencia de contraste y, por tanto, debe apreciarse la contradicción, sin olvidar que todos ellos deben ser tomados en consideración a la hora de analizar, conjuntamente con el resto de elementos, si Zozaya Gas tenía o no poder de organización y dirección sobre los empleados.

SEXTO. -Recurso de los demandantes. Motivo de infracción de norma relativo a la existencia de cesión ilegal.

1.- Motivo relativo a la determinación de si existe cesión ilegal, citándose como precepto legal infringido el art. 43.3 y 4 del ET .

La parte actora formula este motivo con base en entender que Zozaya Gas, SL, y más específicamente Zozaya Cisternas, si bien cuentan con patrimonio y estructura propia y estable que atiende el servicio en los locales y dependencias de Carbuos Metálicos, es lo cierto que esta mercantil es el único cliente con el que cuenta y es ella la que afronta todos los gastos de la actividad por lo que la participación de Zozaya en la actividad es el mero suministro de mano de obra. Así, Carbuos Metálicos se reserva la facultad de rechazar a un trabajador sin invocar las razones para ello, lo que implica una facultad de selección del personal. Es dicha mercantil la que abonó los salarios, aunque formalmente las nóminas las pague Zozaya, según el sistema remuneratorio del a Sección 6ª del contrato, en donde Carbuos asume todos los costes del transporte. El que Zozaya haya realizado cursos formativos a los trabajadores resulta que Carbuos Metálicos es el que facilita el Manual de Conductor, así como planifica los horarios y rutas. Además, los semirremolques y cisternas son propiedad de Carbuos Metálicos, siendo ésta la que asume el coste de las cabezas tractoras que aporta Zozaya Gas.

2.- Regulación legal y jurisprudencia en materia de cesión ilegal.



El art. 43 del Estatuto de los Trabajadores dispone lo siguiente: "1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca del alcance e interpretación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula la cesión ilegal. Así, entre otras, en la sentencia de 20 de octubre de 2014, recurso 3291/2013, en la que se examina la situación de la actora, con categoría de azafata, contratada por la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo que prestaba servicios en la sala de autoridades de AENA en el aeropuerto, concluyendo que ha existido cesión ilegal. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"La interpretación del precepto - artículo 43 ET - ha dado lugar a una muy abundante jurisprudencia de esta Sala, con arreglo a la que podemos decir como punto de partida que en nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTS 27/10/94 -rec. 3724/1993; y 17/12/01 -rec. 244/2001-). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94 -rcud 3400/92 -), pues "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (STS 12/12/97 -rcud 3153/96 -) y porque "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal" (STS 17/07/93 -rcud 1712/92 -) (STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -).

Con mucha frecuencia y en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular un acuerdo de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario en supuestos en los que la actividad que conlleva la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, como ocurre en el supuesto que resolvemos. En éstos casos la tarea de identificar los fenómenos interpositorios ilícitos se dificulta notablemente y exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva lícita (art. 42 ET) y una cesión ilegal de trabajadores del art. 42. ET .

Además, en esa tarea la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el "empresario efectivo": la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (entre las más modernas, SSTS de 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). En palabras de la STS 30/05/02 (-rcud 1945/2001 -), "para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, 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".

La sentencia concluye: "a pesar de esa existencia real de la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo, lo cierto es que esa existencia empresarial independiente en el caso de la contrata con Aena es irrelevante, puesto que la verdadera gestión y dirección empresarial se llevaba a cabo por Aena, desde el momento en que era ésta la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicios a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias, llevando a cabo incluso un control de idoneidad de esos trabajadores por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que fuesen dotados de determinados medios de comunicación



o transporte, de ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad Aena, y ninguna -de hecho estaba prohibido- con la empresa para la que se decía que prestaban sus servicios.

Resulta también relevante comprobar que diversos medios informáticos imprescindibles para llevar a cabo las funciones relacionadas con los viajes de las personas que acudían a la sala eran en algunos casos alquilados por Aena, que facturaba por tanto su utilización. También la descripción detallada de la manera en la que el servicio debía llevarse a cabo (punto sexto del pliego), en el que la intensidad de la contratista en la descripción y control de las directrices a las que debía sujetarse la actividad son destacables, como el hecho de que los trabajos y las funciones a realizar que se describen en ese punto sexto los son "sin perjuicio de los que en su momento establezca el Director del expediente.

Por eso tiene especial relevancia, como se razona en la sentencia recurrida, la realidad del puesto y de la actividad que llevaba a cabo la coordinadora del servicio de atención y protocolo en salas de autoridades y vip, que si bien es cierto que llevaba a cabo su trabajo en colaboración con la propia coordinadora del servicio que asignaba la empresa contratista -Servicios Pasarela Mediterráneo- esa función, formalmente independiente, estaba sujeta realmente a esa supervisión de la actividad, de las funciones y de la manera en que debían llevarse a cabo en las propias instalaciones de Aena y dirigidas, como se dijo al comienzo, a desarrollar funciones vinculadas con el tráfico aéreo de pasajeros".

La STS de 26 de octubre de 2016, recurso 2913/2014, concluyó que existía cesión ilegal en un supuesto en el que la actora, auxiliar de servicios, contratada por la empresa Navalservice SL, prestaba el servicio de reprografía en la Confederación Hidrográfica del Tajo, realizando fotocopias, encuadernación, composiciones para fotocopiar...La empresa Navalservice SL controlaba todos los aspectos relativos a vacaciones, bajas por enfermedad, permisos para ausencias al trabajo, poniendo un sustituto en caso de ausencia de la actora, controlándola por medio de tres inspectores. Tenía una bata naranja diferente a la que utilizaban los trabajadores de la Confederación. Los elementos de trabajo del servicio de reprografía pertenecían a la Confederación y en sus locales se desarrollaba el trabajo.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 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" (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

2. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación."

La sentencia concluye: "Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la



actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que -insistimos- todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. La contratista, aunque, según también ponen de relieve los hechos probados, ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados.

Ni siquiera contraría la anterior conclusión el hecho cierto de que "por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CHT) el puesto de trabajo de la actora, y ésta les entregaba los justificantes médicos" (h. p. 4º) porque, con no constar en qué pudiera haber consistido materialmente ese control y esa supervisión, lo que ya de por sí asemeja la función inspectora a la de la propia demandante, en realidad, esas mismas labores aparentemente inspectoras podrían haber incurrido igualmente en el fenómeno interpositorio al no respaldar una actividad empresarial propia y distinta de la cesión de mano de obra".

Recientemente, esta Sala ha dicho que "Para que exista cesión ilegal, en términos del art. 43 ET, ha de darse la coordinación de tres negocios: "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" (STS/4ª de 12 julio 2017 -rec. 278/2016 -). En su apartado 2 el art. 43 ET describe cuatro conductas de la empresa que comportan "consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario" (STS/4ª de 2 noviembre 2016 -rcud. 2779/2014 -)

Ahora bien, para la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica (STS/4ª/Pleno de 26 octubre 2016 -rcud. 2913/14 -) [STS 5/2019, de 8 de enero].

3.- Existencia de cesión ilegal

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala hemos de partir de los siguientes datos obtenidos de la sentencia recurrida:

- En el año 1998 se inician relaciones comerciales entre Zozaya Cisternas SL y CARBUROS METÁLICOS SA, la primera aportaba transportistas autónomos para efectuar la entrega de los productos fabricados por la segunda (gases) a sus clientes, utilizando semirremolques cisterna propiedad de la segunda..
- El 29/05/2008 Zozaya Cisternas SL modifica la denominación de una empresa inactiva que pasa a denominarse ZOZAYA GAS SL, a la que se adjudica el contrato de transporte de gas e inicia la actividad el 1/10/2008 con personal propio.
- Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL (conductores y administrativos) prestan sus servicios en el centro de trabajo de CARBUROS METÁLICOS SA, sin que conste que ZOZAYA GAS SL asuma gasto alguno por dicha utilización... El jefe administrativo de ZOZAYA GAS SL presta sus servicios en el centro de trabajo de Zozaya Cisternas SL sito en Barcelona..
- Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL accedían al centro de trabajo de CARBUROS METÁLICOS SA mediante tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." como al "Grupo Air Products". En las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carbueros Metálicos, de color verde, aparecen referencias a "Carbueros Metálicos, S.L." y al "Grupo Air Products".
- Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL recibían instrucciones sobre rutas de CARBUROS METÁLICOS SA. En el centro que esta empresa posee en Cornellá se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, se planificaban horarios y rutas, se volcaba informáticamente y se pasaban a terminales situadas en los centros de trabajo de dicha empresa donde se dirigían los trabajadores para conectar las PDAs, donde se habían cargado directamente las rutas sin pasar por los administrativos de ZOZAYA GAS SL.
- CARBUROS METÁLICOS SA. facilitaba a los conductores de ZOZAYA GAS SL. las PDAs. También facilitaba a los administrativos un portátil y ZOZAYA GAS SL les facilitaba otro ordenador..



- CARBUROS METÁLICOS SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, como frenar y controlar la velocidad...) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos, conducción y descanso, faltas y sanciones...).

-CARBUROS METÁLICOS SA se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador de ZOZAYA GAS SL designado para prestar el servicio, sin necesidad de justificación alguna (FD 6º, con valor de hecho probado).

Como elementos adicionales podemos señalar los siguientes:

-El único cliente de ZOZAYA GAS SL y del que procedían la mayor parte de sus ingresos es CARBUROS METÁLICOS SA. (FD 5º, con valor de hecho probado).

-En las condiciones de transporte se aplica el sistema "open books", a través del cual CARBUROS METÁLICOS SA asume todos los gastos del transporte, servicios, administración y cualquier otro que pueda ser cargado a ZOZAYA GAS SL., a excepción del gasoil y de las autopistas, y esta última empresa obtiene un margen de beneficios fijos del 3,5%.

-CARBUROS METÁLICOS SA es el propietario de los semirremolques y las cisternas y ZOZAYA GAS SL aporta las cabezas tractoras. Dichas cabezas tractoras fueron adquiridas en la modalidad de arrendamiento financiero por cuatro años, que era la duración del contrato suscrito con CARBUROS METÁLICOS SA.

Respecto a las facultades e intervención de ZOZAYA GAS SL, hemos de señalar lo siguiente:

-ZOZAYA GAS SL tiene personal propio, 48 trabajadores, de los cuales 44 son conductores y 4 administrativos.

-ZOZAYA GAS SL ha informado y formado a sus conductores en materia de prevención de riesgos laborales (FD 9º con valor de hecho probado)

-ZOZAYA GAS SL ha planificado los calendarios de vacaciones de sus trabajadores.(FD 9º con valor de hecho probado).

-ZOZAYA GAS SL es quien ejerce la facultad disciplinaria respecto de sus trabajadores.(FD 9º con valor de hecho probado).

-ZOZAYA GAS SL para la ejecución del trabajo emite documentos de embarque y aporta algún ordenador, así como las cabezas tractoras.

-El 13 de julio de 2009 ZOZAYA GAS SL emitió comunicado en el que hacía constar que ningún conductor puede llamar a Cornellá para que le modifiquen el trip. El 14 de julio de 2009 emitió otro comunicado en el que daba instrucciones sobre determinados aspectos de la carga y descarga. El 28 de julio de 2009 remite un nuevo comunicado respecto al procedimiento a seguir con las llamadas entrantes y salientes de teléfono.

2.- A la vista de las circunstancias concretas en las que se llevó a cabo la actividad de los demandantes en el supuesto que ahora resolvemos, hemos de llegar a la conclusión de que realmente existió esa interposición ilícita de trabajadores prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores .

Respecto a las facultades de dirección y organización de la empresa hay que señalar:

-Carburos Metálicos SA tiene una decisiva intervención respecto al personal contratados por Zozaya Gas SL ya que se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador sin necesidad de justificar el motivo.

-Carburos Metálicos SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, como frenar y controlar la velocidad, entre otras cuestiones) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos), conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones.

-Carburos Metálicos SA es quien planifica los horarios y rutas que eran entregadas a los conductores directamente, y sin intervención de los administrativos de Zozaya u otros intermediarios, a través de terminales situadas en los centros de trabajo de Carburos Metálicos, a donde se dirigían los conductores para conectar las PDAs que previamente Carburos Metálicos les había suministrado.

-No consta intervención alguna de Zozaya Gas SL en la organización y dirección de sus trabajadores -salvo los tres comunicados emitidos en el mes de julio de 2009- ya que no se ha acreditado que existiera algún responsable de esta empresa que ordenara, dirigiera o coordinara la actividad de los citados trabajadores,



constando únicamente que los conductores recibían las órdenes en los centros de trabajo de Carbueros Metálicos SA a los que acudían, a través de las terminales situadas en dichos centros, donde conectaban los Pdas que previamente les había facilitado Carbueros, no interviniendo en las órdenes los administrativos de Zozaya Gas SL, quienes también acudían al citado centro de trabajo.

Tales datos ponen de relieve que las facultades de organización y dirección empresarial las ejerce Carbueros Metálicos SA, sin que se oponga a tal conclusión el hecho de que Zozaya Gas SL concediera las vacaciones, ejerciera la facultad disciplinaria y les formara en materia de

prevención de riesgos laborales, ya que dichas facultades resultan muy escasas en comparación con las ejercidas por la mercantil Carbueros Metálicos SA, que afecta a la esencia del contrato de trabajo.

Hay que señalar que, aun cuando la empresa Zozaya Gas SL sea una empresa real y no ficticia, tal dato, por si solo, no impide que pueda apreciarse la existencia de cesión ilegal ya que, no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19 de enero de 1994; recurso 3400/92), pues "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner en contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (STS de 12 de diciembre de 1997; recurso 3153/96).

Respecto al lugar y medios materiales de prestación del servicio hay que poner de relieve:

-Las instalaciones a las que acuden los conductores, reciben instrucciones y donde trabajan los administrativos son de Carbueros Metálicos SA , sin que conste que Zozaya Gas SL abone gasto alguno.

-Los semirremolques y cisternas son propiedad de Carbueros Metálicos SA y las cabezas tractoras de Zozaya Gas SL, que se han arrendado durante cuatro años, que era la duración prevista del contrato suscrito con Carbueros Metálicos SA.

-Carbueros Metálicos SA facilita PDAS a los conductores y ordenadores al personal administrativo.

Las anteriores circunstancias revelan que los medios materiales imprescindibles para llevar a cabo la actividad de la empresa Zozaya Gas SL son propiedad de Carbueros Metálicos SA ya que Zozaya Gas SL únicamente aporta las cabezas tractoras, que han sido adquiridas mediante la modalidad de arrendamiento financiero, por un plazo de cuatro años - duración prevista del contrato entre ambas mercantiles- siendo las instalaciones, cisternas, ordenadores y PDAS propiedad de Carbueros Metálicos SA.

SÉPTIMO. - Por lo expuesto, procede desestimar el recurso planteado por la Procuradora D^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de Zozaya Gas, S.L. y estimar en parte el recurso interpuesto por la letrada D^a María Alicia Gómez Benítez. en representación de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , desestimando el primer motivo del recurso -existencia de grupo de empresas- y estimando el segundo motivo -existencia de cesión ilegal-, condenando en costas a la empresa .recurrente, en virtud de lo establecido en el artículo 235,1 LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de ZOZAYA GAS SL.

2. Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a María Alicia Gómez Benítez. en representación de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , en el extremo relativo a la existencia de cesión ilegal entre CARBUROS METÁLICOS SA. y ZOZAYA GAS SL.

3. Casar y anular en parte la sentencia recurrida de fecha 9 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 471/2016 , en el extremo relativo a que existe cesión ilegal entre CARBUROS METÁLICOS SA y ZOZAYA GAS SL, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Procuradora D^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de ZOZAYA GAS SL y estimar en parte el interpuesto por la letrada D^a María Alicia Gómez Benítez en representación de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 2015 , recaída en autos núm. 1225/2012, seguidos a instancia de D. Bartolomé , D. Benedicto y D. Benjamín , frente a ZOZAYA GAS SL, ZOZAYA CISTERNAS SL, CARBUROS METÁLICOS SA y TRANSPORTES HAM SA sobre DESPIDO. Declarar la existencia de cesión ilegal, manteniendo el resto de la sentencia impugnada tal y como se consignó.



4. Condenar en costas a la recurrente Zozaya Gas, SL., incluyendo en las mismas las minutas de honorarios de los Letrados de las recurridas que impugnaron el recurso, con el límite cuantitativo legalmente establecido. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D^a. Maria Luz Garcia Paredes

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a Maria Luz Garcia Paredes A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION N^o 4082/2016, al que se adhieren los/la Excmos./a Sr/Sra. D. Jesus Gullon Rodriguez, D. Angel Blasco Pellicer y D^a Concepcion Rosario Ureste Garcia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación de referencia para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a la solución alcanzada en uno de los extremos debatidos, al entender que el recurso de los trabajadores demandantes debió ser desestimado íntegramente por no existir la cesión ilegal que invocaban y que se ha apreciado en la sentencia mayoritaria.

Los razonamientos que contiene la sentencia de la que discrepo, en relación con los restantes extremos que en ella se resuelven, coincidente con la propuesta que presenté al Pleno, los comparto plenamente. Por tanto, el presente voto se centrará exclusivamente en justificar la razón por la que el recurso de los trabajadores, en el motivo en el que se impugnaba la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores que desestimó la sentencia de suplicación, debió ser desestimado al no concurrir los elementos que configuran dicha figura jurídica, ya que los elementos sobre los que se hace recaer la existencia de cesión ilegal no tienen el alcance otorgado, tanto en la sentencia de contraste como en la sentencia mayoritaria.

La postura que sostengo se fundamenta en las siguientes consideraciones:

UNICO. - Según la sentencia de contraste, la cesión ilegal deriva de que es Carburos Metálicos la que planifica las rutas y los horarios, asumiendo el gasto de las cabezas tractoras, confeccionando albaranes y cartas de porte, no teniendo infraestructura productiva alguna ni patrimonio de los camiones, siendo en esas circunstancias en las que se apoya la parte recurrente, junto a otras, para obtener la declaración de cesión ilegal. Sobre estos elementos se centra la sentencia mayoritaria de la que discrepamos.

Por su parte, la sentencia de esta Sala, tras recoger los hechos probados, señala que en orden a las facultades de dirección y organización de la empresa Carburos Metálicos tiene una decisiva intervención respecto del personal de Zozaya Gas SL por diversas circunstancias que, a nuestro entender no tienen el alcance dado por la Sala.

1. Respecto a que Carburos Metálicos se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador sin necesidad de justificar el motivo.

Este elemento no convierte a la empresa Carburos en empleador porque hay que valorarlo en atención al contenido del servicio que se va a prestar, en el que el conductor debe ostentar determinadas y específicas habilitaciones y formación lo que, en definitiva, se encuadra en las cláusulas pactadas, como la que consta en la Sección de empleados, cuando dice que "las partes acordarán el tratamiento de cualquier elemento de los contratos de trabajo que no esté cubierto por este acuerdo o los acuerdos laborales colectivos aplicables y que la empresa Zozaya proponga" lo que no significa que sea Carburos Metálicos la que impone las condiciones



laborales sino que con ello se controla por las partes contratantes la repercusión que sobre costes del contrato pueda tener cualquier circunstancia que surja durante la vigencia del contrato, y en atención a la modalidad contractual al que se ha sometido el servicio contratado. Esto es, no se puede decir que sea Carbueros Metálicos el que fija las condiciones laborales de quienes realizan el transporte de la mercancía.

2. En relación con que Carbueros Metálicos entrega a los conductores un Manual de conductor, en el que constan instrucciones en materia de seguridad en la conducción y tacógrafo, conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones.

Al respecto debemos decir que, según indica el art. 35 del RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, "los miembros de la tripulación se instruirán sobre las particularidades de la materia que van a transportar, debiendo conocer lo aplicable a las etiquetas asignadas a las materias transportadas en las instrucciones escritas y recabando del expedidor, cargador o intermediario cuantas aclaraciones precise, asegurándose de que tanto la carta de porte como las instrucciones escritas según el ADR se encuentran a bordo del vehículo al iniciar el transporte", y ello en relación con lo que dispone el art. 4, sobre la operación de transporte, al igual que el art. 20 de dicha norma en orden a la actuación que debe seguir la tripulación en caso de avería o accidente.

3.- Respecto de la emisión de la carta de porte.

Y lo mismo cabría señalar en relación con otro elemento que refiere la sentencia de contraste, aunque no se menciona en la sentencia mayoritaria. Nos referimos a la carta de porte. Por lo que se refiere a la confección de la misma, ésta debe ser emitida por el expedidor -persona física o jurídica por cuya orden y cuenta se realiza el envío de la mercancía peligrosa, para el cual se realiza el transporte (art. 3 d)- antes de iniciarse el transporte, tal y como dispone el art. 35.1 del citado RD, por lo que, esa circunstancia, derivada de la normativa que regula el transporte que es objeto del servicio, no permite entender que se desplace el poder de dirección y organización de quien realiza el transporte sobre el que ostenta la figura de expedidor.

4.- Respecto a la planificación de horarios y rutas y medios informáticos.

Igualmente, se centra la sentencia de la que discrepamos en que Carbueros Metálicos planifica los horarios y rutas que eran entregadas a los conductores directamente, sin intervención de Genaro, y lo hacía por medio de terminales sitas en el centro de trabajo a las que conectaban las PDA que Carbueros les había proporcionado. Tampoco esta forma de proceder es relevante.

En orden a la planificación de las rutas y horarios, ha de decirse que no es elemento significativo en este caso por cuanto que no debemos olvidar, una vez más, que estamos ante un transporte de mercancías peligrosas que, en orden a los itinerarios, deben ajustarse a las normas legalmente establecidas a tal efecto, tal y como se indica en el art. 5.2 del RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español. Del mismo modo, está justificado que horarios y rutas en el transporte de las mercancías sean dadas por Carbueros Metálicos al ser ésta la que ha concertado con los clientes las condiciones en la compra de la mercancía transportada, como la de fecha y lugar de entrega. Y ello al margen de las posibles restricciones que, en relación con la circulación, puedan afectar al transporte de la mercancía y que, incluso en algunos casos y según el material transportado, se deben hacer constar en la propia carta de porte. En relación con esto, tampoco es relevante que el instrumento por el que se daba aquella información haya sido unas tablets entregadas por la empresa Carbueros Metálicos porque tampoco se podría decir lo contrario por el mero hecho de que Zozaya fuera la que hubiera dado dicho material informático que, en todo caso, debería contener la información facilitada por Carbueros Metálicos. Además, esa puesta a disposición de esos instrumentos no se considera por la doctrina de esta Sala como decisivo a estos efectos [STS 08/01/2019, rcud 3784/2016]

5.- Organización y dirección de los trabajadores.

Sigue diciendo la sentencia mayoritaria que Genaro no tiene intervención alguna en la organización y dirección de sus trabajadores. Tal circunstancia negativa, como tal, no figura en el relato fáctico, sino que lo que en él se indica es lo contrario, cuando declara probado que los trabajadores recibían comunicados de Zozaya Gas en orden a las actividades y formas de atenderlas (h.p. 13º, al recoger el h.p.11 de la SAN), sin que el mayor o menor número de las que se han declarado probadas sea relevante cuando en el conjunto de las demás circunstancias que acompañan a las mismas existen otros datos que revelan que la organización y dirección que ostenta Zozaya Gas. Así es, se resta relevancia al hecho probado relativo a que la fijación de vacaciones y las facultades disciplinarias y la formación en prevención de riesgos laborales las desempeñaba Genaro en una comparación con las que pudiera tener Carbueros Metálicos, siendo que la intervención de ésta lo era respecto de circunstancias propias y específicas de su actividad y del control que le impone la normativa en el transporte de esas singulares mercancías que, en ningún caso, correspondería a Genaro.



6.- En relación con el centro de trabajo y tarjetas identificadoras.

Tampoco se comparte la interpretación que se ha dado al hecho de que la actividad se pueda desplegar, lógicamente en el inicio de la jornada, en la sede de Carbueros Metálicos cuando se trata de una actividad que, aunque se inicie en la sede por estar allí el producto a transportar y que suministra dicha entidad, el desarrollo de la misma se realiza fuera de esa ubicación. Además, según los hechos probados, los trabajadores de Zozaya Gas accedían a la sede de Carbueros Metálicos mediante tarjetas identificadoras en la que, expresamente, se identificaba a dicha mercantil como Zozaya Gas y eran de color diferente a las que portaban los propios trabajadores de Carbueros Metálicos. Esto es, no podría entender que existiera una confusión de plantillas de unos trabajadores y otros en el tiempo de permanencia en la sede de Carbueros Metálicos.

7. Medios de transporte. Semirremolques y cisternas y cabezas tractoras

Como tampoco se entiende relevante el que los semirremolques y cisternas sean propiedad de Carbueros Metálicos cuando el producto que distribuye a sus clientes es especial y requiere de continentes específicos que justifican que la propiedad de éstos no sea de la empresa que realiza el transporte que, por el contrario, sí que debe aportar el medio de transporte -cabezas tractoras- sin que el hecho de que las mismas estén en su posesión en virtud de un contrato de arrendamiento venga a alterar la realidad de que dispone de medios materiales para atender la actividad concertada.

En efecto, las cabezas tractoras fueron adquiridas por Zozaya Gas mediante un arrendamiento financiero, por cuatro años, tiempo de duración del servicio de transporte concertado con CM. Pues bien, las mismas deben ser consideradas como parte esencial de los medios materiales de que dispone la empresa transportadora, aunque resulte que el precio de dicho arrendamiento haya sido tomado en consideración a la hora de fijar el coste del servicio de transporte, lo que no priva que la posesión del bien mueble la tenga quien lo ha adquirido y el adquirente deba responder frente a quien lo ha puesto a su disposición en virtud del título jurídico en el que se ha plasmado dicho arrendamiento.

Es más, esta Sala llegó a decir que el pago que pudiera hacer un tercero no implica que la titularidad del bien no la ostente quien lo ha adquirido, al decir que "siendo admisible, además, el pago por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, conociéndolo, o no, el deudor conforme al art 1158 del CC, y pagar por cuenta de otro por el título o razón que fuere y con derecho, o no, en función de los mismos, a repetir del deudor u obligado". [STS de 30 de septiembre de 2014, R. 193/2013, que resolvió el recurso frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la AN que reflejan los hechos probados].

8. Clientela de la empresa Zozaya Gas.

Y a todo ello no se opone el hecho de que Zozaya tenga un solo cliente ya que, por sí sola esa circunstancia no convierte a ésta en empresa interpuesta cuando, además, los hechos probados -h.p.13º, en el apartado relativo al h.p.4º de la sentencia de la AN- ponen de manifiesto que el servicio de transporte no lo tenía asignado exclusivamente Carbueros Metálicos con la empresa Zozaya Gas sino que, desde 2008, también era atendido por otra mercantil que gira bajo el nombre Ham, SA, -quien luego asumió también el que atendía Zozaya Gas-, lo que permite sostener la conclusión anterior en orden a comprender que Carbueros Metálicos, en definitiva, tenía derivado el servicio de transporte de sus productos a otras mercantiles.

9.- Contrato open books

La cesión ilegal se ha dejado también descansar en el hecho de que los costes del servicio atienden a elementos materiales y personales que permiten entender que realmente es Carbueros Metálicos la que aporta la real infraestructura para atender el servicio. No sería posible aceptar tal conclusión

El contrato suscrito entre Zozaya y Carbueros Metálicos, bajo el sistema de "open books", es una modalidad contractual perfectamente válida. Esto es, el sistema de contratación entre Carbueros Metálicos y Zozaya Gas, denominado open books o libros abiertos, precisamente, es una opción de contratación en la que el precio viene determinado por los gastos de los servicios que se prestan más un porcentaje que, en este caso, se anudaban a unos objetivos anuales expresados en el contrato, lo que no implica que los medios materiales no sean titularidad del operador logístico ni que deba atribuirse la misma a Carbueros Metálicos por el simple hecho de que el precio del servicio de transporte, se haya calculado contemplando como costes lo que pueden venir determinados por los medios materiales que han de destinarse al mismo, como tampoco podría decirse que los salarios de la tripulación encargada de llevar a cabo el servicio sean abonados por Carbueros por el solo hecho de que, al señalar el precio del servicio de transporte bajo esa modalidad, se haya contemplado los costes del personal que se adscribe a él, sin que por ello se pueda cuestionar que es Zozaya Gas la que abona los salarios a sus trabajadores.



Además, a título meramente indicativo, debemos recordar que aquella modalidad de contratación viene asumida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 100).

En consecuencia, ni los trabajadores de Zozaya Gas se han integrado en la plantilla de Carburos Metálicos ni ésta ha puesto a disposición de ellos los medios esenciales para que lleven a cabo la actividad de transporte en general, haciéndose cargo Carburos Metálicos tan solo de controlar y supervisar en esa actividad todo aquello de lo que puede resultar responsable por razón del producto que gestiona.

En definitiva, no es posible apreciar en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de Carburos Metálicos sobre la plantilla de Zozaya Gas porque el objeto del contrato de servicios entre las empresas aquí implicadas no se ha limitado a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; tampoco puede concluirse que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable y no disponga de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad sino que, por el contrario, ha ejercido las funciones inherentes a la condición de empresario.

En Madrid a 16 de mayo de 2019

FONDO DOCUMENTAL CENDO