



Roj: **STSJ AND 8735/2003 - ECLI: ES:TSJAND:2003:8735**

Id Cendoj: **41091340012003101932**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2003**

Nº de Recurso: **3707/2002**

Nº de Resolución: **1961/2003**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº.- 3707/02 -JJ.

Autos nº.- 416/01.- CADIZ-2

LDO. JUNTA DE ANDALUCIA POR CONSEJERIA DE EMPLEO Y DESARROLLO TECNOLOGICO

LDO.-D.EMILIO ALVAREZ TIRADO POR "AZAFATAS, IMAGEN Y ORGANIZACION DE EVENTOS

ANA'S S.L."

ILTMOS. SRES.

D. MIGUEL CORONADO DE BENITO

D. MAXIMILIANO DOMINGUEZ ROMERO

Dª. Mª ELENA DIAZ ALONSO; PONENTE

En Sevilla, a 10 de junio de 2003.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NUM. 1961 /2.003

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de "AZAFATAS, IMAGEN Y ORGANIZACION DE EVENTOS ANA'S, S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Cádiz, Autos nº 416/01; ha sido Ponente la lltma. Sra. Dª. Mª ELENA DIAZ ALONSO, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por la CONSEJERIA DE EMPLEO Y DESARROLLO TECNOLOGICO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA contra "AZAFATAS, IMAGEN Y ORGANIZACION DE EVENTOS ANA'S, S.L.", se celebró el juicio y se dictó sentencia, por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

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

"1º.- Que tras visita de inspección realizada a la empresa demandada el 25-8-2000 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social levanta acta de infracción nº 155/01 de fecha 15-2-01 relativa a la empresa



demandada, que se da por reproducida, en la cual se proponía imponer a la citada empresa la sanción de 2.000.001 ptas. por falta muy grave del artículo 93 del Real Decreto legislativo 1/95 de 24 de marzo, artículo 43.1 del E.T. en relación con el artículo 1 de la Ley 14/94 de 1 de junio la cual ha sido recurrida por la parte demandada.

2º.- Que Azafatas, Imagen y Organización de Eventos Ana's S.L fue constituida el 24-8-99 siendo su objeto social el servicio de azafatas en diferentes eventos (congresos o exposiciones etc.) y de camareras para empresas catering y hostelería.

3º.- Que la empresa demandada contrata a las azafatas y camareras con contratos temporales coincidentes con los servicios que le han sido contratados y pone a disposición de sus empleadas un uniforme y un sacacorchos, prestando estas sus servicios bajo las ordenes de la empresa contratante.

4º.- Que la empresa demandada no realiza contratos mercantiles con sus clientes a los que cobra en función de las horas ejecutadas, abonando estas a veces los gastos de desplazamiento. A las trabajadoras la empresa demandada les abono conforme al salario mínimo interprofesional.

5º.- Que el 16-11-2000 y 5-4-2001 la empresa demandada presentó sendos escritos ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, que se dan por reproducidos."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, en el expediente sancionador derivado del acta de infracción nº 155/01 dirigido contra la empresa "Azafatas, imagen y organización de eventos ANAS S.L.", por la comisión de una falta muy grave, inició de oficio un procedimiento para que la jurisdicción social se pronunciara sobre la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en la actuación de la empresa "Azafatas, imagen y organización de eventos ANAS S.L.", cuyo objeto social es proporcionar el servicio de azafatas en diferentes eventos (congresos, exposiciones, etc..) y de camareras para empresas de catering y hostelería, y que en la práctica se limitaba a contratar temporalmente azafatas y camareras, con contratos de duración coincidente con la de los servicios contratados por las empresas usuarias, sin que existiera ningún contrato mercantil entre ambas y que desempeñaban sus funciones bajo las órdenes de la empresa contratante, que en ocasiones incluso abonaban los gastos de desplazamiento.

La sentencia de instancia ha estimado la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, que justifica la continuación del procedimiento sancionador, por lo que ha sido recurrida en suplicación por la empresa "Azafatas, imagen y organización de eventos ANAS S.L.", al amparo del art. 191 a) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando en primer término la inadecuación del procedimiento, por considerar que la autoridad laboral es competente para continuar el procedimiento sancionador sin necesidad de instar un pronunciamiento del orden jurisdiccional social sobre la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, excepción procesal que la Sala no puede estimar, ya que como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1.996, siguiendo las sentencias de 5 de mayo y 4 de octubre de 1.994: "el procedimiento de oficio del apartado c) del art. 145 (hoy art. 146) Ley de Procedimiento Laboral, persigue establecer una declaración a partir de la cual pueda imponerse la sanción, estableciendo así el presupuesto de procedencia de la imposición de la sanción propuesta en el acta de infracción impugnada por la empresa".

El artículo 146 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque bajo el epígrafe genérico de procedimiento de oficio, según la sentencia citada, contempla tres tipos de acciones que es necesario diferenciar en el plano sustantivo y en el procesal: "1º) la reclamación de oficio de perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores por infracciones sancionadas por resoluciones administrativas firmes (apartado a); 2º) la denuncia de determinados vicios en los acuerdos previstos en los artículos 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores (apartado b); y 3º) las pretensiones de un pronunciamiento previo del orden social sobre determinadas calificaciones que operan como presupuestos jurídicos de decisión para la actividad sancionadora de la Administración Laboral (apartado c)."

El proceso regulado en los arts. 146 c) y 149 de la Ley de Procedimiento Laboral, tramitado en estos autos, no tiene como finalidad la confirmación de una sanción administrativa, sino la de determinar la existencia de una conducta infractora de la empresa por ser su actividad constitutiva de una cesión ilegal de trabajadores, lo que justificaría la imposición de la sanción propuesta por la Inspección Provincial de Trabajo, conducta empresarial cuya calificación corresponde al orden jurisdiccional social único competente para determinar si la actuación de la empresa es contraria al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores o se trata de una contrata de obras o servicios, forma de contratación legítima y exenta de sanción, limitándose el pronunciamiento judicial



a establecer este presupuesto necesario para la procedencia de la imposición de la sanción propuesta en el acta de infracción.

Además, la imposición de sanciones administrativas es una potestad que corresponde a la Administración en defensa de un interés público, por lo que es también la Administración, en su condición de titular de esa potestad la parte legitimada para instar judicialmente la declaración en que justifica su posterior actividad sancionatoria, por ello el procedimiento utilizado por la Dirección General de Trabajo para que la jurisdicción social se pronuncie sobre la existencia de un hecho sancionable, como la cesión ilegal de trabajadores, es el procedimiento adecuado por estar previsto así en el art. 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que determina la denegación de la nulidad de actuaciones solicitada.

SEGUNDO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia se denuncia en el recurso la infracción del art. 43.1 en relación con el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, por estimar la empresa que su actividad era constitutiva de una subcontrata y no de una cesión ilegal de trabajadores.

Es doctrina consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en su sentencia 30 mayo 2002 que "la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo; de acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresario o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores prohibida y regulada por el 43 del Estatuto de los Trabajadores", es decir, que "nos encontremos ante un empresario ficticio y 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." (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1.997).

La cesión ilegal de trabajadores únicamente exige que exista un acuerdo fraudulento entre empresas realizado para vulnerar los derechos de los trabajadores, sin que sea necesario que la empresa sea ficticia y no esté constituida formalmente, al admitir el Tribunal Supremo desde su sentencia de 19 enero 1994 "que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio."

TERCERO.- La empresa recurrente se opone a la existencia de una cesión ilegal de trabajadores por estimar que las contrataciones efectuadas eran subcontratas realizadas al amparo del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, al proporcionar trabajadores a las empresas hosteleras para realizar su misma actividad y suplir las carencias de personal ocasionadas por eventos extraordinarios como bodas, bautizos, banquetes, etc., por lo que nos encontraríamos ante una contratación lícita, al ser el único límite para la validez de la subcontrata que la actividad contratada no se circunscriba a una mera cesión de trabajadores.

Para diferenciar la contrata de la cesión ilegal de trabajadores, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 septiembre 1988, 16 febrero 1989, 17 enero 1991 y 19 enero 1994); y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc...).

En el presente caso, es claro que los contratos de servicios entre la empresa recurrente y sus clientes, son acuerdos tendentes a suministrar mano de obra a estas empresas, por carecer la contrata de autonomía técnica, al prestar servicios las trabajadoras dentro del proceso productivo normal de la empresa principal, utilizando sus medios materiales y bajo la dirección de los responsables de dicha empresa; sin que se pueda considerar que el hecho de que la empresa recurrente les suministre los uniformes y un sacacorchos, sea una aportación equiparable a la puesta a disposición del empresario contratante de una organización autónoma, constituida por elementos materiales y personales, ya que la actividad empresarial estaba guiada por un ánimo defraudatorio, al no suscribir contratos mercantiles con las empresas contratistas y realizar una facturación por horas y no por trabajadores, por lo que el objeto de la contratación entre las empresas era suministrar trabajadores que ejecutaban sus funciones en iguales condiciones que los demás trabajadores de la empresa contratante, pero percibiendo el salario mínimo interprofesional, retribución inferior a la prevista en el convenio



colectivo de la hostelería de Cádiz y a la que les correspondería si fueran trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal.

Por lo expuesto, nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores en los términos del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, por tratarse de trabajadores contratados exclusivamente para cederlos temporalmente a otra empresa, sustituyendo en sus contratos de trabajo el empresario real -para el que se presta el trabajo y que ejerce el poder de dirección- por un empresario formal; con lo que concurren todos los requisitos que exige la jurisprudencia para apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, a saber: "1º) 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; 2º) 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." (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2.001).

En consecuencia -como declara esta sentencia- siendo la finalidad que persigue el art. 43 Estatuto de los Trabajadores "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.", fue acertada la calificación de la Inspección de Trabajo y de la sentencia de instancia de la actividad empresarial como una cesión ilegal de trabajadores, por lo que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia impugnada, sin que suponga oposición a lo resuelto por la Sala en la sentencia nº 3323/99, de fecha 5-10-99, que resolvió en sentido contrario, por tratarse de supuestos de hecho distintos.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por "AZAFATAS, IMAGEN Y ORGANIZACION DE EVENTOS ANA'S, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cádiz de fecha 28 de mayo de 2002, recaída en los autos del mismo formados para conocer de la demanda formulada por la CONSEJERIA DE EMPLEO Y DESARROLLO TECNOLOGICO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA contra la expresada recurrente, sobre demanda de oficio, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

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