



Roj: STSJ PV 907/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:907

Id Cendoj: 48020340012016100557

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Bilbao

Sección: 1

Fecha: 15/03/2016

Nº de Recurso: 424/2016

Nº de Resolución: 516/2016

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO DE SUPLICACION Nº : 424/2016

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/002265

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0002265

SENTENCIA Nº: 516/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a quince de marzo de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

S E N T E N C I A

En el *Recurso de Suplicación* interpuesto por DON Benito , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Bilbao, de fecha 21 de Octubre de 2015 , dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO (DSP)** , y entablado por el - *hoy también recurrente* -, DON Benito , frente a las - *Empresas* - "**SUMENOR ELECTRIC, S.L.**", "**GRUPO ORMAZABAL, S.L.**" - **ORMAZABAL VELATIA-**, "**ORMAZABAL DISTRIBUCION PRIMARIA, S.L.**", "**ORMAZABAL Y COMPAÑIA, S.L.**" y "**ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMATION, S.L.**", "**SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE, S.L.**", "**SUMENOR SECURITY AND CONTROL SISTEM, S.L.**" y "**SUMENOR TECCHONOLGY SOLUTIONS, S.L.**", siendo - *parte interesada en el procedimiento* - el - *Organismo* - **FONDO DE GARANTIA SALARIAL ("FOGASA")** , respectivamente, es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR** , quien expresa el criterio de la - *SALA* -.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por *Demanda* y terminó por *Sentencia* , cuya relación de *Hechos Probados* , es la siguiente :

1º.-) "El actor D Benito mayor de edad con DNI Nº NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa SUMENOR ELECTRIC SL con antigüedad del 3-2-2003 categoría de ingeniero ocupando el puesto de Ingeniero-Director de planta y salario mensual de 3.597 euros mensuales con pp pagas extras.

2º.-) La mercantil SUMENOR ELECTRIC SL conformaba un grupo empresarial con las empresas SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL . Dichas mercantiles, promovieron procedimiento de concurso que se



tramitó ante el juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao, que, en fecha 10-10- 2014, dictó auto por el que se declaraba el concurso voluntario de dichas mercantiles y su conclusión por insuficiencia de masa acordándose la extinción de la personalidad jurídica. Todas las empresas citadas se encuentran en la actualidad cerradas y sin actividad .

Todas estas empresas estaban administradas por el Sr Benito (hermano del actor).

3º.-) Con fecha 23-7-2012, la empresa SUMENOR ELECTRIC SL (en adelante SE) instó ante la Autoridad Laboral el inicio de procedimiento de despido colectivo del art 51 del ET que finalizó sin acuerdo con la representación de los trabajadores.

4º.-) Por parte del representante de los trabajadores Sr Jenaro se presentó el 19-8-2014 demanda de conflicto colectivo en la que se denunciaba la existencia de una cesión ilegal de trabajadores con las empresas del grupo Ormazabal, demanda de la que se desistió posteriormente, el 20-2- 2015.

En reuniones previas, en las que participaron representantes de la empresa SE , del Grupo Ormazabal , y la representación de los trabajadores , se convino que los empleados de SE afectados por las extinciones de sus contratos podrían presentar sus currículos ante los representantes del Grupo Ormazabal a fin que por parte de este, se pudiera gestionar en lo posible, la recolocación del personal de SE , sin que ello condicionara un compromiso de asunción de dicha plantilla como personal propio, o se garantizara determinada antigüedad , o su contratación indefinida. Estas recolocaciones se han visto materializadas para un total aproximado de 7 trabajadores, tanto en empresas del grupo Ormazabal como en empresas suministradoras de las anteriores.

5º.-) Con fecha 8-8-2014, se entrega al demandante carta de extinción de la relación laboral por causas objetivas, con efectos del 22-8-2014 ,con el contenido que por su extensión se da por transcrito. Se reconoció al trabajador, una indemnización de 22.161,85 euros , advirtiéndosele que tal cantidad no se le podía poner a su disposición en el momento de la comunicación, por carecer de liquidez para su pago.

6º.-) El 10-3-2015 se presentó por el actor papeleta de conciliación previa frente a SUMENOR ELECTRIC SL GRUPO ORMAZABAL SL ORMAZABAL VELATIA , ORMAZABAL DISTRIBUCIÓN PRIMARIA SL y ORMAZABAL PROTECCION & AUTOMATION SL. Se celebró el acto de conciliación si avenencia respecto a ORMAZABAL DISTRIBUCION PRIMARIA SL y sin efecto respecto al resto, el 27-3-2015.

7º.-) Las empresas del Grupo Ormazabal , (entre las que se integraban entre otras ORMAZABAL Y CIA SL, ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMATION SL (OPA) y ORMAZABAL DISTRIBUCION PRIMARIA SL (ODP)) suscribieron con SE ,el 17-7-2008 por un periodo de vigencia de 10 años prorrogable, un acuerdo de confidencialidad y exclusividad . En el mismo, se manifestaba que dichas empresas del grupo Ormazabal dedicadas al desarrollo, industrialización distribución y comercialización de diversas soluciones para la distribución , transformación y control de energía eléctrica en el mercado de red eléctrica de media y baja tensión y la citada mercantil SE, dedicada al diseño de equipos electrónicos y software para mercados de subcontratación convenían el citado acuerdo, comprometiéndose entre otros aspectos, a mantener la confidencialidad de la información técnica, esquemas electrónicos , planos etc, proporcionados por las empresas del Grupo Ormazabal . SE comprometía a trabajar en condiciones de exclusividad para Ormazabal con relación a los productos desarrollados por la marca Ormazabal, no pudiendo diseñar fabricar y suministrar a terceros salvo aprobación previa y escrita de Ormazabal productos coincidentes con los desarrollados por Ormazabal para las soluciones en las distribución, transformación y control de energía en el mercado de la red eléctrica de media y baja tensión.

Se indicaba asimismo que, toda la documentación y todos los productos desarrollados y fabricados por SE por solicitud de Ormazabal llevarían la marca de Ormazabal y serían propiedad de Ormazabal siendo que, solo Ormazabal podría patentar cualquiera de esos productos así como los modelos industriales y todo aquello que se derivase de su investigación técnica. Ormazabal sería el interlocutor único ante sus propios clientes debiendo evitar SE el trato directo con los citados salvo en presencia de Ormazabal o con su consentimiento previo por escrito.

ODP tenía suscritos contratos de suministros para el montaje y construcción de productos eléctricos (2011) así como contrato de asistencia técnica (2013) con SE según contenido que por obrar en autos tales documentos se dan por reproducidos.

En particular se destacaría el garantía de responsabilidad y calidad del producto por parte del proveedor, la posibilidad de realización de auditorias por parte de la empresa ODP, fijándose los precios de ventas de los subconjuntos en cada uno de los casos según los criterios que se fijaban (costo del material compra (% gestión) + Costo materiales de fabricación propia + tiempo de montaje / tasa horaria). Dicho precio se establecería en el momento del cierre del proyecto.



También se plasmaba en estos contratos, que, el proveedor debería de disponer de los medios productivos que resultasen necesarios para la realización de los servicios contratados sin perjuicio que ODP debiera proporcionar medios y equipos que, dada su especificidad no se encontraran al alcance del proveedor.

También se establecían unas condiciones para los precios de los trabajos realizados en campo , fijándose asimismo, criterios en materia de logística (facturación) y transporte que sería por cuenta u riesgo del proveedor.

8º.-) Las empresas del Grupo Ormazabal tienen diferentes comités de empresa y convenios de empresa propios. No obstante, todas ellas, mantienen una estructura organizativa dependiente de personal adscrito a la empresas matriz de las sociedades del grupo (WIDEWALL INVESTMENTS SLU) localizada en la actualidad de Zamudio, Bizkaia (Parque tecnológico Edificio 104) existiendo así una dirección unificada en materia financiera, recursos humanos, etc ; Las empresas del grupo Ormazabal, tienen instalaciones propias y asimismo cuentan con empresas subcontratadas para la fabricación y montaje de determinados productos eléctricos. También cuentan con proveedores de material, que generalmente son los específicos que están homologados para productos de la marca Ormazabal o de particulares características que son solicitados especialmente por los clientes finales (Iberdrola , Endesa etc;) . Se negocia un precio mas ventajoso con estos proveedores de material en atención a la previsión de negocio por el volumen de actividad propia de las empresas del grupo Ormazabal y de las empresas de fabricación y montaje de equipos habitualmente subcontratadas por las empresas del grupo Ormazabal, que cuenta como se ha dicho, con un listado de proveedores homologados.

Ha venido existiendo un plan de Auditorias a Proveedores de Ormazabal, que incluía auditorias a las empresas subcontratadas o proveedoras, entre las que se encontraba SE.

En concreto, en el caso de las empresas ORMAZABAL DISTRIBUCION PRIMARIA SL (ODP) y ORMAZABAL & PROTECCION, han venido subcontratando aproximadamente desde el 2004/2005 con SE, la fabricación o el montaje de diversos productos eléctricos (cajones de control eléctrico y cables, fundamentalmente) Si bien, cada empresa estaba mas centrada en un determinado tipo de producto, la mecánica general de actuación ha venido a ser la siguiente:

Una vez solicitada la solución o producto por parte de los clientes de las empresas de Ormazabal , se verificaba una reunión entre personal de Ormazabal y SE (en la que participaba generalmente el actor y el encargado de SE Sr D Jose Pedro) en la que se explicarían los detalles del producto solicitado.

Posteriormente se vendría normalmente a verificar el traslado por vía informática de los esquemas desarrollados por el cliente (Iberdrola , Endesa , etc) , hoja de especificación del pedido, listado de materiales necesarios, hojas de estudio de ingeniería desarrollada por Ormazabal o en su caso por SE etc . Existe una aplicación informática (nube) en la que se cuelgan los documentos mas complejos o pesados y que permite una comunicación mas agil de documentación técnica entre el personal técnico de Ormazabal y el de SE.

En el caso que se considerase viable el proyecto y se diera el OK por los proveedores, el encargado de SE Sr Jose Pedro trataba con Benito (Director de Planta de SE) las cuestiones relativas a la asignación de personal , tiempo y pedido de material etc . En el caso de los cajones , si llegaba tiempo el material se montaban los cajones en las instalaciones de SE y si no se acababan de montar en las instalaciones de Ormazabal hasta donde se desplazaban los operarios de SE a fin de realizar las pruebas eléctricas que se realizaban bajo la supervisión del encargado de SE o de los propios empleados de SE habilitados . Los trabajadores de SE llevaban su propio instrumental para realizar dichas pruebas y vestían con un buzo propio de SE .En el caso que se superasen las pruebas electricas realizadas por los operarios de SE y los de Ormazabal, se recepcionaba definitivamente el producto bajo la marca de producto Ormazabal.

En el caso de ODP, además existía contratado un servicio post venta, que permitía a esta empresa solicitar el servicio de reparación de campo , para lo que SE tenia asignados a tres empleados.

Similar sistema se verificaba en el caso de ORMAZABAL Y CIA SL (dedicada al diseño y construcción de grupos eléctricos). Esta empresa encargaba a SE el montaje de cables de media tensión (colocación de conectores y en ocasiones pletinas) según planificación standarizada (con entregas diarias y planificación semestral sobre la que se realizaban los pedidos semanales). Últimamente, se venían encargando también a SUMENOR E. la fabricación de cajones eléctricos no estandarizados bajo proyectos del cliente .SUMENOR E. no le proporcionaba servicio post venta a dicha empresa. Se negociaban los precios con SE teniendo en cuenta diversos factores (tasas horarias, gestión de compra de material complejidad del producto etc) También SE, tenía que adquirir el material en los proveedores homologados de Ormazabal (salvo pequeños materiales electricos que podían ser decididos por SE)

También era cliente de SE la empresa ALFA DECO SUBCONJUNTOS, S.A..



9º.-) Las empresas del grupo SUMENOR, desarrollaban su actividad en unos inmuebles pertenecientes a uno de los socios o una comunidad de bienes participada por el socio Sixto . SE contaba con un camión con el que se verificaba el transporte de los productos terminados hasta las empresas del grupo Ormazabal donde se recepcionaban en las condiciones antedichas.

La actividad se desarrollaba empleando mesas de trabajo, material de laboratorio, software, utillaje y herramientas propiedad de SE o bien, de las empresas del Grupo Ormazabal.

10º.-) En el año 2012, la empresa CIRCUITOR SA (uno de los principales proveedores de las empresas del Grupo Ormazabal y de SE) se pone en contacto con el Sr Jacinto (Director financiero del Grupo) quejándose de la importante deuda que SE venía teniendo con ellos.

Entendiendo que un desabastecimiento de dicho proveedor de material resultaría muy gravoso, por parte de Ormazabal se decide asumir la deuda que SE tenía con CIRCUITOR SA ,con un plazo de amortización de 2 años y en previsión de recuperación en 4 años a cuenta de SE .A tal efecto, se llega a un acuerdo entre SE y OPA en virtud del cual OPA se comprometía a abonar el total de la deuda pendiente de SE con la empresa CIRCUITOR SA por importe de 2.004.525 euros. Por su parte el administrador de SE , Sr Sixto en su propio nombre y en representación de la sociedad GER ASESORÍA Y GESTON ESTRATÉGICA SLU proceden a otorgar aseguramiento de la citada obligación, mediante la concesión de opción de compra sobre las participaciones sociales de su titularidad y a conceder una hipoteca en favor de terceros, conviniéndose además, un aplazamiento de pago.

En el marco de dicha operación, se baraja por el grupo Ormazabal la compra de SE (por precio simbólico de 1 euro). Se verifican por parte de Ormazabal propuestas de quita o aplazamiento con acreedores de SE para el caso de que fructificasen las negociaciones en el sentido indicado y se promueve la resolución indemnizada (por SE) del contrato de un trabajador de dicha empresa. En este periodo por parte de Ormazabal se encarga la elaboración de un informe económico de SE y las empresas del grupo.

Finalmente Ormazabal decide no verificar tal operación de compra por considerarla altamente arriesgada dada la compleja situación deudora que SE tenía con Hacienda y la Seguridad Social.

El 30-5-2014 Ormazabal envía a las instalaciones de SE varios camiones en los que se cargan material , mesas de trabajo, utillaje y otros productos, procediendo a su retirada, aduciendo que eran de su propiedad.

En julio de 2014, OPA requiere a SE el pago de las obligaciones de reintegro dinerario pendientes así como los intereses moratorios.

Se ha presentado por parte de OPA, una demanda de ejecución dineraria hipotecaria frente a SE y GER ASESORÍA Y GESTIÓN ESTRATEGICA SLU, y asimismo, una demanda frente a D Sixto (declarativo ordinario) en solicitud de declaración de responsabilidad solidaria por la deuda contraída por SE frente a OPA.

Asimismo, como consecuencia de tal traslado de material, se interesó por el administrador de SE intervención judicial (Diligencias preliminares ante el Juzgado de 1ª instancia n 2 de Bilbao) en reclamación del mobiliario, productos, materiales, etc.. retirados de las instalaciones de la empresa SE el día 30/5/2014".

SEGUNDO .- La *Parte Dispositiva* de la Sentencia de Instancia, *dice* :

"Estimando parcialmente la demanda presentada por D. Benito frente a las empresas SUMENOR ELECTRIC SL ,SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL (declaradas en extinción por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao de) ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMOTION SLU, ORMAZABAL DISTRIBUCIÓN PRIMARIA SL, GRUPO ORMAZABAL SL- ORMAZABAL VELATIA, ORMAZABAL Y COMPAÑÍA SL y FOGASA en su petición subsidiaria declaro el despido impugnado como improcedente y ejercitada por el FGS la opción por la indemnización declaro extinguida la relación entre las partes condenando a las empresas SUMENOR ELECTRIC SL ,SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor la suma de 62.642,94 euros en concepto de indemnización, absolviendo a las empresas ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMOTION SLU, ORMAZABAL DISTRIBUCIÓN PRIMARIA SL, GRUPO ORMAZABAL SL- ORMAZABAL VELATIA, y ORMAZABAL Y COMPAÑÍA SL , apreciándose respecto a esta última ,la excepción de caducidad de la acción".

TERCERO .- Frente a dicha *Resolución* se interpuso el *Recurso de Suplicación* por la - *parte actora* -, DON Benito , que fue impugnado por las - *Mercantiles codemandadas* -, "ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMATION, S.L.U." y "ORMAZABAL DISTRIBUCION PRIMARIA, S.A.", respectivamente.



CUARTO.- Las presentes actuaciones tuvieron entrada en esta Sala el 1 de Marzo, deliberándose el Recurso el siguiente 15 de Marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado en parte la demanda presentada por D. Benito frente a las empresas SUMENOR ELECTRIC SL ,SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL (declaradas en extinción por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao de) ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMOTION SLU, ORMAZABAL DISTRIBUCIÓN PRIMARIA SL, GRUPO ORMAZABAL SL-ORMAZABAL VELATIA, ORMAZABAL Y COMPAÑÍA SL y FOGASA en su petición subsidiaria, declarando la improcedencia del despido impugnado y ejercitada por el FOGASA la opción por la indemnización, ha declarado extinguida la relación entre las partes condenando a las empresas SUMENOR ELECTRIC SL ,SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor la suma de 62.642,94 euros en concepto de indemnización, absolviendo a las empresas ORMAZABAL PROTECTION & AUTOMOTION SLU, ORMAZABAL DISTRIBUCIÓN PRIMARIA SL, GRUPO ORMAZABAL SL- ORMAZABAL VELATIA, y ORMAZABAL Y COMPAÑÍA SL , apreciándose respecto a esta última la excepción de caducidad de la acción.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación D. Benito .

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquella.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a .-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b .-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d .-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e. -) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "*concluyente poder de convicción*" o "*decisivo valor probatorio*" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.



En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los extremos y en los términos que a continuación se reseñarán. En los cuatro motivos de revisión fáctica la pretensión de la parte recurrente descansa, exclusivamente ¿ a excepción del primer motivo en que también se invocan unas fotografías ¿ en prueba consistente en correos electrónicos, que el demandante pretende sea considerada como prueba documental. A ello objetan las partes impugnantes del recurso invocando doctrina de nuestra Sala y de otras Salas de lo Social de otros TSJ del Estado.

Objeción que no va a estimarse, pues en el caso presente va a resultar irrelevante, pues los emails invocados van a carecer del valor revisorio que la parte recurrente pretende atribuirles, como se verá en el análisis individualizado de cada pretensión de revisión de los hechos probados.

Pues bien, pasamos a resolver las pretensiones de revisiones fácticas desplegadas por el recurrente, que son las siguientes:

a) la revisión del hecho probado octavo en su segundo párrafo, inciso final, para darle la siguiente redacción alternativa:

"... Los trabajadores de SE llevaban su propio instrumental para realizar dichas pruebas, si bien debían realizar el ensayo de frecuencia industrial en ODP y con los medios de ODP y vestían con un buzo propio de SE, si bien en ocasiones con ropa de trabajo de Ormazabal . En el caso que se superasen las pruebas eléctricas realizadas por los operarios de SE y los de Ormazabal, se recepcionaba definitivamente el producto bajo marca de producto Ormazabal".

Pretensión que basa en los documentos 17 y 19 de los aportados por la propia parte a las actuaciones, consistentes en correos electrónicos y fotografías, respectivamente. Pretensión que no va a estimarse, por las siguientes razones: de un lado, porque, en relación al instrumental que los trabajadores de SE utilizaban, la instancia ha razonado con base en la declaración testifical ¿ concretamente la del testigo Sr. Cayetano , tal como se recoge detalladamente en el Fundamento jurídico quinto, ¿ y que el correo de referencia es de fecha 18 de mayo de 2011, lo que no estaría expresando la situación a la fecha del despido sino una muy lejana en el tiempo; de otro lado, en relación a las fotografías en que algunos trabajadores de SE vestirían ropa de trabajo de ORMAZABAL, porque una sola secuencia no permite extraer las conclusiones generales que pretende la parte demandante, siendo así que la parte demandada en su escrito de impugnación del recurso da una concreta explicación para el hecho referido de vestir ropa de trabajo de la otra empresa; finalmente, porque ninguno de estos hechos guarda relación directa con el concreto modo de prestación de servicios del demandante para con las empresas demandadas.

b) la revisión del hecho probado octavo para añadir un nuevo párrafo tras lo consignado en su inicio, párrafo para el que propone el siguiente tenor:

"En junio de 2012, el demandante y Romeo , responsable de sistemas de ODP, trataron la posible concurrencia de un supuesto de cesión ilegal".

Pretensión que basa en el bloque G del documento nº 14 ¿ dictamen pericial -, conteniendo varios correos electrónicos cruzados en los días 4 a 5 de junio de 2012 entre por D. Romeo , de la empresa Ormazabal, y el demandante, en el que se indica cómo hay que proceder con las subcontratas, así como dudas sobre la situación de algunos trabajadores y si se podía estar incurriendo en cesión ilegal. Pretensión que no va a estimarse, dado que lo que tales correos recogen resulta del todo irrelevante para la resolución del recurso, pues el hecho de que en los mismos se esté hablando de una posible situación ilegal de algunos trabajadores y se indique cómo han de hacerse las cosas correctamente para no incurrir en cesión ilegal, en modo alguno acredita que esta situación se estuviera produciendo, a lo que ha de añadirse que se trata de una posible situación en junio de 2012, por lo tanto, muy lejana en el tiempo al momento del despido y que no guarda relación directa alguna con la concreta prestación de servicios del demandante.

c) la modificación del hecho probado octavo, para suprimir parte del último párrafo, de modo que quede redactado como sigue:

"También SE, tenía que adquirir el material a los proveedores homologados de Ormazabal. También era cliente de SE la empresa ALFA DECO SUBCONJUNTOS, S.A.".

Pretensión que consiste en suprimir la frase que dice "(salvo pequeños materiales electrónicos que podían ser decididos por SE)", lo que basa en un correo electrónico obrante en el documento nº 17, a la 15ª hoja. Pretensión que no se estima, dado que el correo de referencia versa sobre las tarifas de varios productos, entre ellos los "tornillos", lo que evidencia que no guarda relación con la frase que se quiere suprimir, puesto que la misma se refiere a "materiales electrónicos", condición que no tienen, desde luego, los "tornillos".



d) por último, la modificación del hecho probado noveno mediante la adición de un último párrafo del siguiente contenido:

"Las empresas del grupo Ormazábal participan en el proceso productivo de Sumenor: indican a Sumenor el precio al que debe adquirir los materiales; solicitan información a Sumenor sobre sus pedidos de material; solicitan la remisión de trabajadores de la plantilla de Sumenor; imparten órdenes e instrucciones directamente a trabajadores de Sumero; gestionan viajes de trabajadores de la plantilla de Sumenor".

Pretensión que basa en la prueba pericial ¿ documento nº 15 ¿ y documental de los documentos 16 y 17. La parte recurrente transcribe en su recurso, a estos efectos, un buen número de correos electrónicos de los que pretende deducir los extremos que pide adicionar, lo que no va a ser estimado. Pues bien, de la lectura de tales correos no se desprende de manera fehaciente lo que se pretende concluir, pues en ninguno de ellos consta que ninguna empresa del grupo ORMAZABAL indique con claridad a SUMENOR el precio al que debe adquirir los materiales o solicite remisión de trabajadores de SUMENOR o imparta órdenes a trabajadores de SUMENOR o gestionen sus viajes. Así, respecto a los precios de los materiales, los correos dicen que pasan una oferta, que adjuntan precios de un determinado proveedor esperando que esto ayude en el aprovisionamiento y elimine problemas de suministro¿, lo que no equivale a fijar o indicar el precio de adquisición de los materiales. En cuanto a solicitar remisión de trabajadores de SUMENOR, lo cierto es que constan estos datos en los correos indicados, pero también que ello no puede entenderse en el sentido que lo pretende la parte demandante, puesto que ha de tenerse en cuenta que GRUPO ORMAZABAL había subcontratado con SE la fabricación o el montaje de diversos productos eléctricos ¿ cajones de control eléctrico y cables, fundamentalmente -, por lo que el dato de que trabajadores de SE acudieran a los centros de GRUPO ORMAZABAL a realizar determinadas tareas no significa que éste solicite remisión de trabajadores, sino en el marco de la subcontrata, a falta de otros datos, pudiendo predicarse lo mismo respecto de la pretendida impartición de órdenes e instrucciones a trabajadores de SUMENOR. En cuanto a la gestión de viajes de trabajadores de SUMENOR, se trata de un dato irrelevante a los efectos del recurso, pues no es un elemento que caracterice la cesión ilegal, máxime cuando, en el marco de la subcontrata, la principal ha podido hacerse cargo de los viajes de los trabajadores de la contratista. Además, ninguno de estos correos ni datos en ellos contenidos versa sobre el demandante, sino sobre otros trabajadores, por lo que no guarda relación con las concretas circunstancias ni con la concreta pretensión ejercitada en el presente litigio.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia ", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas" , en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS , impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 43 ET , acerca de la cesión ilegal de trabajadores. Argumenta la parte recurrente que ha de diferenciarse entre la contrata y la cesión ilegal, con base en la jurisprudencia del TS, proporcionando las características de la externalización de obras y servicios frente a las de la cesión ilegal; que, en el caso, SUMENOR no es sino un mero centro de producción de ORMAZABAL y que tiene un compromiso de trabajo en exclusividad para esta empresa, si bien SUMENOR también tenía otros clientes pero cuya producción suponía sólo un 5%; que ORMAZABAL participa y organiza de manera directa e inmediata la actividad de SUMENOR, dando indicaciones constantes sobre el proceso productivo, no limitándose a instrucciones generales; que ORMAZABAL impone a SUMENOR los proveedores y negocia los precios de los materiales a emplear en el proceso productivo; que la actividad se desarrollaba empleando material y medios de ORMAZABAL y de SUMENOR indistintamente; que trabajadores de SUMENOR comunicaban a ORMAZABAL cuestiones tales como los días libres que les correspondían por exceso de horas y similares; que trabajadores de SUMENOR trabajan en instalaciones de ORMAZABAL bajo las órdenes



y directrices directas de personal de ésta; que ORMAZABAL se ha encargado de la gestión y pago de viajes de trabajadores de SUMENOR para visitar clientes de aquélla; que desde ORMAZABAL se deciden cuestiones relativas a trabajadores de SURMENOR y se solicitan trabajadores a esta empresa y no servicios; que SUMENOR facturaba a ORMAZABAL por horas y no por prestación de servicios; que ORMAZABAL decidió el despido de un trabajador de SURMENOR y envió a su representante legal la carta de despido ya redactada para su entrega al trabajador; que en junio de 2012 se planteó entre los dos grupos de empresas demandados la cuestión relativa a si su modus operando constituía una cesión ilícita de trabajadores, tras lo que se impartieron directrices; que ORMAZABAL también controlaba las finanzas de SUMENOR y ha negociado con proveedores de ésta quita de deuda y retraso en los pagos de las deudas; que el 30 de mayo de 2014 ORMAZABAL retiró todo el material de las instalaciones de SUMENOR, alegando ser de su propiedad; que, en consecuencia, se solicita la condena solidaria de las empresas del GRUPO ORMAZABAL.

Recordemos en primer lugar los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la Sentencia recurrida, tanto en su relato fáctico como en la fundamentación jurídica, con igual valor fáctico, dado que la Sala no ha estimado ninguna de las pretensiones de revisión solicitadas por el demandante en su recurso. Pues bien, la realidad enjuiciada es la siguiente: el demandante ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa SUMENOR ELECTRIC SL ¿ SE -desde el 3 de febrero de 2003 y con categoría de Ingeniero, ocupando el puesto de Ingeniero- Director de planta; SUMENOR ELECTRIC SL conformaba un grupo empresarial con las empresas SUMINISTROS Y MONTAJES ELECTRO MECANICOS DEL NORTE SL, SUMENOR SECURITY AND CONTROL SYSTEM SL y SUMENOR TECHNOLOGY SOLUTIONS SL, mercantiles que promovieron procedimiento de concurso ante el JM nº 2 de Bilbao que, el 10 de octubre de 2014, dictó Auto declarándolas en concurso voluntario y la conclusión del mismo por insuficiencia de masa acordándose la extinción de la personalidad jurídica, hallándose en la actualidad todas las empresas citadas cerradas y sin actividad; todas estas empresas estaban administradas por un hermano del demandante; el 23 de julio de 2012, SE instó procedimiento de despido colectivo que terminó sin acuerdo; por el representante de los trabajadores Don. Jenaro se presentó el 19 de agosto de 2014 demanda de conflicto colectivo sobre cesión ilegal de trabajadores con las empresas del GRUPO ORMAZABAL ¿ GO -, demanda de la que se desistió el 20 de febrero de 2015; en reuniones previas, en las que participaron representantes de la empresa SE , del GO y la representación de los trabajadores , se convino que los empleados de SE afectados por las extinciones de sus contratos podrían presentar sus currículos ante los

representantes del GO a fin de su posible recolocación, lo que se ha hecho para unos 7 trabajadores, tanto en empresas de GO como en empresas suministradoras; el 8 de agosto de 2014, se entregó al demandante carta de extinción por causas objetivas, con efectos del siguiente día 22, reconociéndosele indemnización de 22.161,85 euros y señalándose que la misma no se le podía poner a su disposición en el momento de la comunicación, por carecer de liquidez para su pago; las empresas del GO suscribieron con SE el 17 de julio de 2008, por un periodo de 10 años prorrogable, un acuerdo de confidencialidad y exclusividad en los siguientes términos: SE se comprometía a trabajar en condiciones de exclusividad para GO en relación a los productos desarrollados por la marca Ormazabal, no pudiendo diseñar fabricar y suministrar a terceros salvo aprobación previa y escrita de GO productos coincidentes para las soluciones en las distribución, transformación y control de energía en el mercado de la red eléctrica de media y baja tensión; toda la documentación y todos los productos desarrollados y fabricados por SE por solicitud de GO llevarían esta marca y serían propiedad de GO siendo que, solo GO podría patentar cualquiera de esos productos así como los modelos industriales y todo aquello que se derivase de su investigación; GO sería el interlocutor único ante sus propios clientes debiendo evitar SE el trato directo con los citados salvo en presencia de GO o con su consentimiento previo por escrito; ODP tenía suscritos contratos de suministros para el montaje y construcción de productos eléctricos (2011) y como contrato de asistencia técnica (2013) con SE, previéndose que el proveedor debería de disponer de los medios productivos que resultasen necesarios para la realización de los servicios contratados sin perjuicio que ODP debiera proporcionar medios y equipos que, dada su especificidad no se encontraran al alcance del proveedor, y se establecían también condiciones para los precios de los trabajos realizados en campo y criterios en materia de logística y transporte que sería por cuenta y riesgo del proveedor; las empresas del GO tienen diferentes comités de empresa y convenios de empresa propios, pero mantienen una estructura organizativa dependiente de personal adscrito a la empresas matriz de las sociedades del grupo (WIDEWALL INVESTMENTS SLU) localizada en la actualidad de Zamudio, Bizkaia, existiendo dirección unificada en materia financiera, recursos humanos, etc ¿; las empresas del GO, tienen instalaciones propias y asimismo cuentan con empresas subcontratadas para la fabricación y montaje de determinados productos eléctricos y proveedores específicos homologados para productos de la marca solicitados especialmente por los clientes finales (Iberdrola , Endesa etc¿), negociándose un precio mas ventajoso con estos proveedores de material en atención a la previsión de negocio por el volumen de actividad; ha existido un plan de Auditorias a Proveedores de GO, que incluía auditorias a empresas subcontratadas o proveedoras, entre las que se encontraba SE; ODP vino subcontratando desde 2004/2005 con SE la fabricación o el montaje de diversos



productos eléctricos (cajones de control eléctrico y cables, fundamentalmente), según una mecánica de actuación que era la siguiente: solicitada una solución o producto por clientes de GO, se hacía reunión entre personal de GO y SE (en la que participaba generalmente el actor y el encargado de SE D. Jose Pedro) para explicar los detalles del producto pedido; después de verificaba el traslado por vía informática de los esquemas desarrollados por el cliente, la hoja de especificación del pedido, listado de materiales necesarios, hojas de estudio de ingeniería desarrollada por GO o por SE, etc; si el proyecto se consideraba viable y se daba el OK por los proveedores, el encargado de SE trataba con el demandante las cuestiones relativas a la asignación de personal, tiempo y pedido de material etc; en el caso de los cajones, si llegaba tiempo el material se montaban en SE y, si no, en GO, hasta donde se desplazaban los operarios de SE para realizar pruebas eléctricas bajo la supervisión de personal de SE; los trabajadores de SE llevaban su propio instrumental para realizar dichas pruebas y vestían buzo de SE; superadas las pruebas realizadas por los operarios de SE y los de GO, se recepcionaba definitivamente el producto bajo la marca de producto O; en el caso de ODP, además existía contratado un servicio post venta, para lo que SE tenía asignados a tres empleados; similar sistema en ORMAZABAL Y CIA SL (dedicada al diseño y construcción de grupos eléctricos), empresa que encargaba a SE el montaje de cables de media tensión según planificación standarizada; últimamente, se venían encargando también a SE la fabricación de cajones eléctricos no estandarizados bajo proyectos del cliente servicio post venta a dicha empresa; los precios se negociaban con SE según factores (tasas horarias, gestión de compra de material complejidad del producto etc); SE tenía que adquirir el material en los proveedores homologados de GO (salvo pequeños materiales); SE tenía también otra empresa cliente; las empresas de GRUPO SUMENOR desarrollaban su actividad en inmuebles de uno de los socios o CB participada por hermano del actor; SE tenía camión para el transporte de los productos terminados hasta las empresas del GO; la actividad se desarrollaba empleando mesas de trabajo, material de laboratorio, software, utillaje y herramientas propiedad de SE o bien, de las empresas del GO; en 2012, tras una queja de un proveedor sobre la deuda de SE, GO decidió asumir esta deuda, con previsión de recuperación en 4 años a cuenta de SE; por parte de GO se han hecho propuestas de quita o aplazamiento con acreedores de SE para el caso de que fructificasen una negociaciones de compra de SE por GO y se encarga por GO un informe económico de SE y las empresas del grupo, si bien finalmente GO decidió no cerrar la operación de compra por considerarla altamente arriesgada dada la compleja situación deudora que SE tenía con Hacienda y la Seguridad Social; el 30 de mayo de 2014 GO envía a las instalaciones de SE varios camiones en los que se cargan material, mesas de trabajo, utillaje y otros productos, procediendo a su retirada, aduciendo que eran de su propiedad.

Nuestro ordenamiento jurídico permite contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, pero esta posibilidad está limitada legalmente, de manera que sólo a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas puede efectuarse la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, tal como se prevé en el artículo 43.1 ET y se ha recordado por los Tribunales (TSJ C.Valenciana 17-1-03, AS 3055; TSJ País Vasco 6-5-03, AS 2336; TSJ Madrid 6-10-03, AS 3824; TSJ Málaga 14-11-03, AS 4192; TSJ Las Palmas 28-11-03, AS 251/04). E incluso aunque la cesión se realice por una ETT pueden resultar de aplicación las reglas de la cesión ilegal si no respeta las condiciones sobre duración de los contratos o las exclusiones de la contratación por esta vía (L 14/1994 art.7 y 8), o incurre en fraude de ley al encadenarse sucesivos contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades permanentes de la empresa (TS unif doctrina 4-7-06, Rec 1077/05; 28-9-06, Rec 2691/05).

Además, incurre en cesión ilegal de trabajadores 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 de disposición de trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria; que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. En la práctica, esta figura también presenta grandes similitudes con las subcontratas de obras y servicios.

Como consecuencia de la infracción los empresarios, cedente y cesionario, responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos; considerándose ilegal esta relación de triangularidad (TSJ Málaga 14-11-03, AS 4192; TSJ Galicia 30-1-04, AS 634).

Ante una cesión ilegal, en definitiva, de lo que se trata es de averiguar quien es el verdadero empresario, que es quien debe asumir la titularidad de la relación entre las partes, sin perjuicio de que el artículo 43 ET extienda las garantías al trabajador mediante la declaración de responsabilidad solidaria de cuantos intervengan en el negocio jurídico.

Se trata, así, de que coincidan la relación laboral real con la formal y que el empresario efectivo asuma sus obligaciones, pues la interposición en el contrato de trabajo es un fenómeno complejo en cuya virtud el empresario real que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección,



aparece sustituido en dicho contrato por un empresario formal, lo que implica varios negocios jurídicos coordinados (TS 11-9-86, RJ 4953).

Nos encontraremos ante una auténtica contrata de servicios cuando la empresa contratista ejerce una actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable. Por el contrario, existirá una cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa prestadora del servicio ofrece una mera apariencia externa carente de organización e infraestructura propia.

Sin embargo, aunque la contratista sea una empresa real también puede darse la cesión ilegal por lo que es preciso, para diferenciar entre la actividad lícita y la ilícita, atender a la forma y caracteres de la ejecución de los servicios contratados por la empresa principal; es decir, que el contratista debe poner en juego los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial y no limitarse a suministrar la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio contratado. En este sentido, no puede hablarse de cesión ilegal cuando se ha impartido a los trabajadores cursos de prevención de riesgos laborales, se les ha formado como conductores de carretillas elevadoras, se les ha facilitado ropa de trabajo y, finalmente, se mantuvo un supervisor o coordinador a efectos del control de la jornada de los trabajadores (TSJ Cataluña 31-1-06, AS 1065).

En concreto, para distinguir ambos supuestos hay que acudir a las pautas jurisprudencialmente determinadas y ya incluidas en el apartado 2 del precitado artículo 43 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que introdujo modificaciones en el mismo, incluyendo un nuevo apartado 2, destinado a facilitar la identificación de los casos constitutivos de cesión ilegal, del siguiente tenor literal: *"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente 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 novedad legislativa no agota todo el campo de la cesión ilícita, pues así se desprende de la expresión *"En todo caso"*, lo que supone que en esos cuatro supuestos que brinda, de concurrir cualquiera de ellos, estaremos ante una cesión ilícita, pero podríamos tener otros supuestos distintos.

Pues bien, se está, en principio, en presencia de una subcontratación de la propia actividad, cuando la subcontratista cuenta con patrimonio específico, incluyéndose en éste los instrumentos y la maquinaria necesaria, organización y medios propios, sin que, en consecuencia, se trate de una mera ficción y/o apariencia (TS 17-1-02, RJ 3755; 6-5-02, RJ 7532; 26-4-04, RJ 3377). No obstante, ha de mantener la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción del riesgo correspondiente a su condición de empleador, y, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla (TS 17-1-91, RJ 58; 31-1-95, RJ 532; 17-1-02, RJ 3755; 26-11-03, RJ 9116); tradicionalmente se estima que existe una cesión ilícita cuando la cedente no posea una infraestructura propia e independiente, carezca de organización empresarial, siendo su verdadero objeto, el proporcionar mano de obra al auténtico empleador (TS 3-2-00, Rec 1430/99; 17-12-01, RJ 3026/02; 17-1-02, RJ 3755); que de esta manera no la incorpora a su plantilla (TS 21-3-97, Rec 3211/96); cuando la empresa contratista tenga existencia propia y cuente con organización e infraestructura deben tenerse en cuenta otras notas diferenciales, a su vez no excluyentes, sino complementarias (TS 14-9-01, RJ 582/02; 17-12-01, RJ 3026/02; 17-1-02, RJ 3755; 30-5-02, Rec 1945/01; 16-6-03, RJ 7092; 20-9-03, RJ 260/04); se ha entendido también que sólo tiene sentido la cesión ilegal cuando confluyen dos empresas reales, entre las que pueda establecerse una relación efectiva (TS 19-11-96, RJ 8666; 21-3-97, Rec 3211/96; 3-2-00, Rec 1430/99), aunque sea el cesionario quien actúa como solo y auténtico empleador (TS 14-9-01, RJ 582/02; 17-1-02, RJ 3755; 20-9-03, RJ 260/04; 29-1-04, RJ 959; 26-4-04, RJ 3377); ya que, en el otro supuesto, lo que existe es un mero testaferro, que no tiene la condición de empresario y aunque la cesión se efectúe con intención de permanencia.

Son manifestaciones expresas de la existencia de una cesión ilícita las siguientes: cuando la empresa principal ejerce las facultades sancionadoras del contratista (TS 17-7-93, RJ 5688); cuando existen cuadros intermedios ni organigramas adecuados, aunque sean necesarios para el trabajo a realizar (TS 11-10-93, RJ 7586); o por el contrario se comparten los mismos mandos y tareas (TS 12-9-88, RJ 6877); se dan órdenes por la empresa principal a los trabajadores afectados; o se controla por ésta la prestación de trabajo (TS 16-6-03, RJ 7092); se imparten cursillos de formación a los trabajadores de la cedente (TS 19-1-94, RJ 352).

Si se produce la situación de cesión ilegal, una de sus consecuencias será la de la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social contraídas por razón del trabajador sometido a la cesión ilícita, tal como prevé el artículo 43.3 ET. Responsabilidad solidaria que, en cuanto a los efectos de un despido, se generan si la cesión subsiste en tal



momento, como determinó la STS de 14 de septiembre de 2009, Rcd. 4232/2008 , en un supuesto en el que la cesión no concurría ya al tiempo del despido.

Por otra parte, la norma que proscribía la cesión ilegal determina otro beneficio para la persona trabajadora sometida a la misma, y es que, con el requisito de que la cesión subsista al momento de la interposición de la demanda ¿ STS de 6 de marzo de 2013, Rcd. 616/12 , entre otras -, el trabajador adquirirá fijeza, con independencia de que su relación fuese mediante contrato temporal, y, además, podrá ejercer este derecho al a fijeza ante cualquiera de los dos empresarios implicados en la cesión ilegal - el aparente o el real -, con la consecuencia de que, si opta por que la relación laboral siga con este último, tendrá también derecho a condiciones laborales semejantes a las que tuviera un trabajador formalmente adscrito a dicha empresa, con igual o similar puesto de trabajo, así como a que su antigüedad en ella se compute desde el momento en que se inició la ilícita cesión, todo ello como prevé el artículo 43.3 ET .

Es claro, por otra parte, que la existencia de una contrata de obras o servicios de carácter aparente no obsta al análisis de la situación y a la conclusión, en su caso, de la existencia de una cesión ilegal de personas trabajadoras, ni tampoco obsta a ello que la empresa contratista sea una empresa real con actividad.

Habrà de examinarse, cuando se analiza estos casos en los que se pone en cuestión que sea empresario quien formalmente figura como tal, si la apariencia del objeto contratado como una subcontratación se corresponde plenamente con la realidad, si la empresa que ha contratado realizar el servicio tiene una estructura empresarial propia y, de ser así, si la pone en juego en el desarrollo de la contrata y si, en el caso de cada concreto trabajador que emplea en ella, se dan las notas que tipifican a ese sujeto de la relación laboral.

En este sentido, hemos de estar a la jurisprudencia para acotar algunos aspectos, como el que la aportación de estructura empresarial no puede limitarse únicamente a la que se precisa para el control y gestión de la propia mano de obra que se aporta ¿ SSTS de 27 de enero de 2011, Rcd. 1784/2010 ; de 5 de noviembre de 2012, Rcd. 4282/2011 -, singularmente cuando el servicio requiere infraestructura de medios materiales.

Bien, con los elementos de que disponemos en los hechos declarados acreditados por la instancia ¿ no en los pretendidos y alegados por el recurrente -, no podemos concluir que haya existido cesión ilegal del trabajador demandante de SUMENOR ELECTRIC, S.L. a las empresas del GRUPO ORMAZABAL. Repárese que nos estamos refiriendo, como no podía ser de otra manera, a la concreta situación del demandante, con independencia de lo que estuviere aconteciendo con otras personas trabajadoras de SE en relación con la contrata que esta empresa tenía con GO.

En efecto, ha de analizarse la realidad afectante al trabajador demandante, pues la cesión ilegal ha de estudiarse en relación con el concreto modo de prestación de servicios de este trabajador en el marco antedicho, esto es, si D. Benito fue o no sometido a cesión ilegal por parte de su empleadora SE al GO. Lo que no puede concluirse, desde luego.

Así, constan muchos hechos relativos a las relaciones entre el GRUPO SUMENOR y el GRUPO ORMAZABAL, así como respecto al modo en que la producción de elementos contratados y su gestión previa y posterior ¿ proveedores, entrega, servicios post venta¿ - se desarrollaba, e incluso acerca de cómo y con qué medios e instrucciones se prestaban los servicios por algunos de los trabajadores de SE en relación con los trabajos para la contrata con GO.

Pero lo que no existe en este litigio es un solo dato del modo en que D. Benito prestaba sus servicios de Ingeniero, como Ingeniero-Director de Planta de SE en relación con el GO, ni un solo elemento al respecto. Se conoce, porque así se ha probado, en relación al actor, que, cuando GO solicitaba una solución o producto porque así se lo habían pedido sus clientes, se realizaba una reunión entre personal de GO y SE, reunión en la que generalmente participaba D. Benito y el encargado de SE, D. Jose Pedro , para explicar los detalles del producto pedido; se conoce también que después se verificaba el traslado por vía informática de los esquemas desarrollados por el cliente, la hoja de especificación del pedido, listado de materiales necesarios, hojas de estudio de ingeniería desarrollada por GO o por SE, etc; y, también en relación con el actor, se conoce que, si el proyecto se consideraba viable y se daba el OK por los proveedores, el encargado de SE trataba con el demandante las cuestiones relativas a la asignación de personal , tiempo y pedido de material etc. Estos son los datos de que se dispone en el presente litigio respecto al trabajador demandante, datos de los que en modo alguno se revela que concurra ninguna de las circunstancias que el artículo 43.2 ET o la jurisprudencia hayan determinado como reveladoras de la existencia de una cesión ilegal, circunstancias al as que más arriba nos hemos referido.

Repárese, por otra parte, que no es posible realizar un juicio o valoración o análisis general relativo a la existencia de una cesión ilegal global de SE a GO, pues no nos hallamos en el marco de un litigio por conflicto colectivo, sino claramente individual.



De ahí que el recurso haya de ser desestimado y confirmada la Sentencia de instancia.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Benito , frente a la Sentencia de 25 de Septiembre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao , en autos nº 232/15, confirmando la misma en su integridad.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la lltma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES .-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-0424-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0424-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.