



Roj: **STS 5908/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:5908**

Id Cendoj: **28079140012009100700**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2009**

Nº de Recurso: **4232/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Septiembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Vicenta Fernández Gallardo, en nombre y representación de TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de fecha 16 de septiembre de 2008, dictada en el recurso de suplicación número 3935/2007, formulado por la letrada D^a Vicenta Fernández Gallardo en nombre y representación de TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Huelva de fecha 31 de mayo de 2007, dictada en virtud de demanda formulada por D. Roque frente a las empresas Ibersilba, S.A.U., Silvasur, S.A., Empresa Nacional de Celulosas, S.A., Talleres Mecánicos del Sur, S.A. y Técnica Forestal Mecanizada, S.L., sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2007, el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Roque contra IBERSIVAL S.A.U. y TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., ratifico la improcedencia del despido habido el día 19 de febrero de 2007, y, teniendo por optadas a las demandadas por la indemnización, las condeno a abonar al actor, de manera solidaria, en tal concepto la cantidad de 15.090,02 € (Quince mil noventa euros y dos céntimos), de los que habrá que descontar los 4.848,48 euros (Cuatro mil ochocientos cuarenta y ocho euros y cuarenta y ocho céntimos) consignados y percibidos por el trabajador; y a satisfacerle, en todo caso, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 66,08 euros diarios".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Don Roque, con D.N.I. nº NUM000, ha venido prestando servicios como Oficial de Segunda, desde el día 22 de enero de 2002, en el centro de trabajo de Ibersilva, S.A. (antes TECFORM), sito en carretera Huelva-San Juan del Puerto Km 10, percibiendo un salario diario bruto, en cómputo anual, de 66,08 euros. Desde esa fecha, ha permanecido de alta en Seguridad Social con las siguientes empresas: - Del 22 de enero de 2002 al 28 de diciembre de 2004, con TALLERES MECÁNICOS DEL SUR (TAMESUR), S.A. -desde el 3 de enero al 2 de julio de 2005 y desde el 4 de julio de 2005 al 19 de febrero de 2007, con IBERSILVA, S.A., en virtud de contrato de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, con objeto definido como "MANTENIMIENTO DE MÁQUINAS". SEGUNDO: Talleres Mecánicos del Sur, S.A., con CIF A-21021852, se dedica a la actividad económica de montajes mecánicos en general, y tiene su domicilio social en Polígono Industrial San Jorge 17, en la localidad de Palos de la Frontera. Se constituyó mediante escritura otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Sevilla Don Eusebio Herrera Torres el 13 de septiembre de 1983, siendo su objeto social la "construcción y reparación de equipos mecánicos y metalúrgicos en talleres y fábricas, así como procesos técnicos de ahorro energético y todo cuanto esté relacionado con la mecánica y la metalúrgica". TERCERO: Ibersilva, S.A. con CIF A 2129780



inició su actividad el 25 de febrero de 2000 siendo su objeto social "servicios forestales en general, limpieza, tratamiento de residuos, extracción y tratamiento de materiales de construcción, edificación y obra civil, transporte"; habiendo absorbido dicha entidad a la mercantil Técnica Forestal Mecanizada, S.L. (TECFORM), con CIF B-41057811, cuya actividad principal era la fabricación y reparación de maquinaria forestal. En el BOP de Huelva nº 53, de 15 de marzo de 2004 se publicó Resolución de 16 de febrero de 2004, de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa IBERSILVA, S.A.U. CUARTO: En las instalaciones de Ibersilva, durante el total tiempo trabajado, el productor ha prestado siempre servicios como electricista, recibiendo órdenes directas de Don Candido , quien desde el año 2002 figuraba en la plantilla de Ibersilva, S.A.U. El material y herramientas de trabajo se las proporcionaba Ezequias , trabajador de Ibersilva y encargado del almacén. QUINTO: Con fecha 19 de febrero de 2007 el actor recibe comunicación suscrita por el Responsable de recursos Humanos de Ibersilva, S.A.U., del tenor literal siguiente: "Muy Sr. mío: Reiteradamente se le ha indicado la obligación que tiene de acudir a su puesto de trabajo a la hora oficial de entrada al mismo que según el calendario laboral oficial vigente es a las 8 horas y usted sigue sin cumplir con esta obligación y sin justificar los retrasos en el año 2007, así el pasado 29 de enero llegó usted a las 11 horas, el día 30 de enero llegó a las 9,20, el 31 de enero llegó a las 8,20 horas, el día 1 de febrero llegó usted a las 9 horas; el día 2 de febrero a las 8,45 horas; el día 5 de febrero a las 9,30 horas; el día 6 de febrero a las 8,15 horas; el 7 de febrero a las 9 horas; el 8 de febrero a las 8,30 horas; el 9 de febrero a las 9,30 horas; el 12 de febrero a las 9,15 horas, el 13 de febrero a las 10 horas, el 14 de febrero a las 8,30 horas. Insistentemente se le ha apercibido de que esta conducta traería consecuencias y al comprobar que no reacciona a tales indicaciones, según el artículo 10,a) del Acuerdo sobre Código de Conducta Laboral para la Industria del Metal donde se exponen las faltas muy graves en relación con el artículo 11 , c) del mismo cuerpo legal, mediante esta carta se le despide de la empresa IBERSILVA, dicho despido tendrá efectos desde el día 19 de febrero de 2007". SEXTO: Con fecha 21 de febrero de 2007 la mercantil IBERSILVA, S.A. presenta en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Huelva escrito poniendo de manifiesto: "Primero.- Que con fecha 19 de febrero de 2007 se procedió a despedir con efectos de ese mismo día a D. Roque ... Segundo.- Que, tras haber reconocido la improcedencia del despido operado, así como ofrecido a dicho trabajador la indemnización prevista en el artículo 56.1 del ET , vengo mediante el presente escrito a comunicar que con fecha de hoy se ha procedido a consignar ante este juzgado la cantidad de 4.848,48 euros netos en concepto de indemnización por despido, en la cuenta bancaria de depósitos de ese Decanato. Tercero.- Se acompaña copia del resguardo acreditativo de la consignación efectuada por el importe total de 4.848,48 euros, con la que se da completo y eficaz cumplimiento a lo establecido en el artículo 56,2 b) del Estatuto de los Trabajadores , a los fines de evitar el devengo de salarios de tramitación. En su virtud, SUPlico AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito junto con sus copias y resguardo que se acompañan, lo admita, y en su virtud, tenga por consignada la cantidad de 4.848,48 euros en favor de D. Roque , y por cumplida de forma completa y eficaz lo establecido por el art. 56.2 b del Estatuto de los Trabajadores , según redacción dada por Ley 45/2002... A dicho escrito se acompañaba resguardo acreditativo del ingreso efectuado ese mismo día en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado Decano de Huelva de la cantidad de 4.848,48 €, en concepto de "indemnización despido Roque ". Dicha suma ha sido percibida por el trabajador, sin que conste en qué fecha. SÉPTIMO: A las 13,47 horas de ese mismo día, el Responsable de Recursos Humanos de Ibersilva, S.A. emite al trabajador burofax del tenor literal siguiente: "Por medio de la presente le comunicamos que la Compañía IBERSILVA, S.A. reconoce la improcedencia de su despido operado con fecha 19 de febrero de 2007. Asimismo y en cumplimiento de lo establecido por el artículo 56.2.b) del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por la Ley 45/2002 , la empresa le ofrece la cantidad de 4.848,48 euros netos en concepto de indemnización por la extinción de su contrato, cuantía que se procede a consignar, en el día de la fecha a su favor ante el Juzgado Decano de lo Social de Huelva". OCTAVO: El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. NOVENO: Con fecha 7 de marzo de 2007 el actor presentó papeleta de conciliación en el CMAC de Huelva, celebrándose el acto sin avenencia el 23 de marzo de 2007. La demanda judicial fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta capital el día 27 de marzo de 2007."

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D^a Vicenta Fernández Gallardo en nombre y representación de TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), sentencia con fecha 16 de septiembre de 2008 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A.", contra la sentencia dictada el día 31 de mayo de 2007, por el Juzgado de lo social nº 3 de Huelva, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en impugnación de despido a instancias de D. Roque , contra las empresas IBERSILVA, SAU y TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A." y estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa IBERSILVA S.A.U., y declaramos que el defecto en la consignación por el reconocimiento de la improcedencia



del despido realizada por IBERSILVA SAU, se debió a un error excusable, absolviendo a ambas empresas de la condena a abonar a D. Roque los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, ratificando la condena solidaria a abonar a D. Roque la cantidad de 15.090,02 euros en concepto de indemnización de los que habrá que descontar los 4.848,48 euros percibidos por D. Roque, condenando a la empresa TALLERES MECANICOS DEL SUR, S.A. al pago de las costas causadas al abono de honorarios del letrado impugnante del recurso, por ser preceptivos, en cuantía de 400 euros, que en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 235.2 de la Ley de Procedimiento Laboral".

CUARTO.- La letrada D^a Vicenta Fernández Gallardo, en nombre y representación de TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2008 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de mayo de 2006 (recurso nº 603/2006). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 59, 43, 42 y 15 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de Septiembre de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el caso de la sentencia recurrida, el actor estuvo de alta en la Seguridad Social como trabajador de la empresa Talleres Mecánicos del Sur (TAMESUR), S.A. desde el 22 de enero de 2002 al 28 de diciembre de 2004, si bien prestó siempre sus servicios en las instalaciones de la empresa codemandada Ibersilva SAU, recibiendo las órdenes de un trabajador de dicha empresa, que asimismo le proporcionaba el material y herramientas de trabajo, y a partir del 3 de enero de 2005 pasó a figurar de alta como trabajador de Ibersilva SAU, en virtud de un contrato de duración determinada, de carácter eventual por circunstancias de la producción, continuando la prestación de servicios efectivos para dicha empresa, con un paréntesis de dos días, hasta que fue despedido por la referida empresa el 19 de febrero de 2007, procediendo ésta a reconocer la improcedencia del despido optando por el pago de la indemnización correspondiente.

La sentencia de instancia, basándose en la existencia de una confusión de plantillas y en que el centro de trabajo era el mismo, apreció la existencia de un grupo de empresas y condena a ambas patronales con carácter solidario al pago de una indemnización para cuyo cálculo toma en cuenta la antigüedad del 22 de enero de 2002, ésto es, desde la fecha en que figuraba de alta en TAMESUR.

La sentencia de suplicación que ahora se recurre (dictada el 16/09/08 por la Sala de lo Social el TSJ de Andalucía - Sevilla) estimó que no existía el indicado grupo empresarial porque, aunque concurría la confusión de plantillas, faltaban las notas de funcionamiento unitario en el tráfico jurídico, dirección única y un patrimonio común; pero basándose en la confusión de plantillas aprecia la existencia de una cesión ilegal, en la que Tamesur fue un mero empresario formal que se limitó a suministrar a Ibersilva al trabajador de referencia para que prestase servicios en sus instalaciones, con sus medios materiales y bajo la dirección de su personal, por lo que confirma la condena solidaria al abono de la indemnización calculada con antigüedad desde el 22 de enero de 2002.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación para la unificación de doctrina la empresa TAMESUR, señalando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 16/05/06. En el caso de dicha sentencia, el actor había prestado ininterrumpidamente sus servicios efectivos para la empresa Broadnet Consorcio, S.A., si bien formalmente figuraba trabajando para Transcom Worldwide Spain, S.L. desde el 18 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004 y para Keekorok Consulting, S.L. desde el 1 de enero hasta el 4 de abril de 2005, fecha en que cesó en virtud de comunicación de despido de la última empresa mencionada.

La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y condenó a las tres codemandadas con carácter solidario a readmitirle o a indemnizarle con las sumas que señala. La sentencia de suplicación estimó el recurso de Transcom Worldwide Spain, S.L. por entender que para condenar solidariamente a dicha empresa a soportar las consecuencias del despido era preciso que en el momento de producirse el acto extintivo estuviese subsistente la cesión ilegal, cosa que no ocurría en el supuesto allí examinado, por lo que absuelve a la recurrente.

TERCERO.- A efectos de examinar la concurrencia del requisito de contradicción exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la admisibilidad del recurso, debemos tener en cuenta que, aunque en la sentencia recurrida la declaración de cesión ilegal se produce a efectos de fijar la antigüedad del trabajador



para el cálculo de la indemnización correspondiente al despido y en cambio en la referencial se centra sin más en la necesidad de la subsistencia de la cesión ilegal al momento del despido para poder imputar solidariamente a la cedente las consecuencias del mismo, sin embargo, el objeto de la discusión se centra en ambos casos en determinar si cabe o no la condena solidaria de la empresa cedente al amparo del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando en el momento del despido ya no existía la cesión ilegal y el trabajador pertenecía a la cesionaria de manera no sólo efectiva sino también formalmente, cuestión que las sentencias comparadas resuelven de forma contradictoria: admitiendo la condena solidaria la sentencia recurrida mientras que se rechaza en la sentencia de contraste.

Debemos concluir por tanto en que concurre el requisito de admisibilidad mencionado y procede entrar en el fondo del asunto.

CUARTO.- En este recurso de casación unificadora invoca la empresa recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 59, 43, 42 y 15 del ET argumentando, en síntesis, que al no tomar en cuenta la necesidad de la subsistencia de la cesión ilegal, lo que hace la sentencia recurrida es perpetuar en el tiempo los elementos determinantes de dicha cesión, siendo así que el contrato con la recurrente había quedado extinguido el 28/12/04 y el despido se produjo el 19/2/07, cuando, según las propias palabras de la sentencia, la contratación del trabajador por Ibersilva, S.A. a partir del 3/1/05 supuso la formalización de la relación laboral real existente entre el trabajador y la empresa en la que prestaba sus servicios, por lo que no se creó una relación nueva sino que adquirió vigencia la que verdaderamente existía "dejando sin efecto la apariencia creada por la interposición".

La buena doctrina que debe mantenerse no es la de la sentencia recurrida, sino la sustentada por la de contraste, que invoca la doctrina unificada de esta Sala plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2003 (rec. 2885/02), que resume así: *"Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.*

Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986, la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)".

La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL. Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir.

Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido (sentencias de 16-2-1989, 13-12-1990, 19-1-94 (rec. 3400/92) y 21-3-97 (rec. 3211/96), entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa – o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec. 909/02) y 27-12-02 (rec. 1259/02) – sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET.

Otro tanto ocurre cuando en el proceso de despido se discute sobre cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo, como pueden ser el importe del salario, la antigüedad real, el carácter temporal o indefinido del vínculo, la existencia de una previa sucesión encubierta de empresas, o de un grupo laboral de empresas, etc, que deben resolverse necesariamente en dicho proceso sin que ello suponga el ejercicio de otras acciones distintas a la del despido, ni su acumulación indebida a ésta".



QUINTO.- Las anteriores consideraciones conducen a estimar el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida, en el único punto que es objeto de discusión en este recurso de unificación de doctrina, resolviendo el debate de suplicación en términos acordes con dicha doctrina.

No existen méritos para hacer imposición de costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Vicenta Fernández Gallardo, en nombre y representación de TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de fecha 16 de Septiembre de 2008, que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate de suplicación, con estimación del recurso de tal naturaleza interpuesto por la misma representación de TAMESUR, S.A., absolvemos a dicha empresa de la condena solidaria que se le impuso en cuanto a las consecuencias del despido del actor. No procede hacer imposición de costas. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir, cancelando en su caso las consignaciones efectuadas por dicha empresa para garantizar la ejecución de la sentencia.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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