

Roj: **STS 8316/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:8316**Id Cendoj: **28079140012011100684**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/10/2011**Nº de Recurso: **4411/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de **Dª Rita** contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 3295/2010, formulado contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, en **autos núm. 1515/2009, seguidos a instancia de Dª Rita contra BIBLIOTECA NACIONAL (MINISTERIO DE CULTURA), AZERTIA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A., INDRA BMB, S.L. e INDRA SISTEMAS, S.A. sobre DERECHOS.**

Han comparecido en concepto de recurridos **INDRA SISTEMAS, S.A.**, representada por el Letrado D. PABLO GARCÍA DE JUANAS, **INDRA BMB, S.L.**, representada por la Letrado Dª MARÍA JESÚS HERRERA DUQUE y **BIBLIOTECA NACIONAL (MINISTERIO DE CULTURA)**, representado por el SR. ABOGADO DEL ESTADO.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 23 de diciembre de 2009 el Juzgado de lo Social núm. Veinticinco de Madrid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** La demandante Doña Rita, con D.N.I. NUM000, con fecha 24 de abril de 2006 suscribe contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado a tiempo parcial con la empresa Azertia Tecnologías de la Información S.A., en adelante Azertia, cuyo objeto es la prestación del servicio consistente en el control del fondo antiguo de partituras del Servicio de Partituras, Registros Sonoros y Audiovisuales de la Biblioteca Nacional; servicio éste que le fue adjudicado a la citada mercantil en virtud de expediente nº4/82600097. La categoría profesional reconocida a la trabajadora es la de Administrativo, Grupo B, nivel 21 (documento nº 1 del ramo de prueba de la parte actora). **2º)** En virtud de escritura pública de 3 de septiembre de 2007 Azertia sufre un proceso de fusión por absorción por parte de Indra Sistemas SA, pasando una parte de la empresa y de su plantilla a Indra Sistemas y otra a Indra BMB SL, en adelante Indra, siendo ésta la que se subroga en la relación laboral de la demandante con efectos de 1 de octubre de 2007 y en el contrato de prestación de servicios suscrito por Azertia y la Biblioteca Nacional (documentos nº 5 y 7 del ramo de prueba de la Biblioteca Nacional y nº 1 y 2 del ramo de prueba de Indra Sistemas). **3º)** Con fecha 1 de septiembre de 2008 la empresa Indra BMB SL suscribe con la actora contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial de fecha 1 de septiembre de 2008. En este contrato se atribuye a la trabajadora la categoría profesional de Oficial 2 administrativo (documento nº 2 de la parte actora y nº 20 del ramo de prueba de Indra). **4º)** La actora continuó prestando sus servicios en la Biblioteca Nacional hecho no controvertido) percibiendo en la actualidad de la empresa Indra un salario mensual bruto prorrateado de 1.25833 euros (documento nº 3 de la parte actora y nº 21 de Indra). **5º)** La actora dispone de una tarjeta identificativa para el acceso a la Biblioteca Nacional (documento nº 10 de la parte actora). **6º)** La actora ha recibido cursos de formación por parte de la Biblioteca Nacional documento nº



° 15 de la parte actora). 7°) Desde el inicio de la relación laboral la demandante fundamentalmente hizo las tareas de Secretaria personal de Doña Manuela , Directora del Departamento de Música y Audiovisuales, hasta la jubilación de ésta el 9 de marzo de 2009. Entre otras tareas se ocupaba del correo de la Sra Manuela , que le indicaba a cuáles debía responder. Además, realizaba las tareas que se indican en el hecho tercero de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido. Una vez jubilada la Sra Manuela la actora ha venido haciendo las tareas de Secretaria de los sucesivos Directores del Departamento hasta aproximadamente el mes de julio de este año, en que fue sustituida por otra trabajadora a la que hubo de formar la actora para ese puesto (declaración de Doña Manuela y Doña Africa , Doña Josefina). 8°) Para tomar vacaciones, el personal del Departamento de Música y audiovisuales, incluidos los trabajadores de Indra, llegaba a un acuerdo y si éste era probado por la Directora del Departamento, se informaba a Indra sobre las vacaciones de su personal, siendo Indra quien autorizaba las vacaciones de su personal al igual que los permisos (declaración de Doña Manuela , Doña Africa , Doña Josefina). 9°) En caso de baja médica el personal de Indra tenía que comunicarlo a ésta y justificarlo (declaración de Doña Africa). 10°) Como documento n° 22 del ramo de prueba de Indra obran diferentes e mails remitidos por Azertia e Indra al personal que presta servicios en la Biblioteca Nacional en materia de vacaciones, permisos e incapacidad temporal, dándose su contenido por reproducido. 11°) El material y herramientas utilizado por la actora en el ejercicio de sus funciones lo facilitaba la Biblioteca Nacional, si bien también disponía la actora de un correo para ponerse en contacto con Indra (declaración de Doña Manuela y de Doña Josefina). 12°) La Sra Manuela comunicaba a Indra si encomendaba a la actora algún trabajo extra, pero no comunicó a ésta la circunstancia de que la actora viniera siendo su Secretaria personal (declaración de Doña Manuela). 13°) La actora como el resto del personal de Indra informaba a ésta trimestralmente y comunicaba el número de horas trabajadas (declaración de Doña Manuela , Doña Africa). 14°) De cualquier incidencia que ocurriera, el personal de Indra lo comunicaba a la Coordinadora Doña Josefina (declaración de Doña Africa y Doña Josefina). 15°) La actora ejerció de Comisaria en la Exposición de la Biblioteca Nacional sobre Chapí (declaración de Doña Manuela y documentos n° 21 y 22 de la parte actora). 16°) Actualmente Indra cuenta con un Coordinador General para los rentes servicios que presta en la Biblioteca Nacional, Don Justiniano . Y en concreto en el Servicio de Control y Tratamiento Técnico de la Colección Histórica del Departamento de Música y Audiovisuales cuenta con dos Coordinadores: Don Teodulfo y Doña Aurora (documento n° 10 de Indra; interrogatorio de la representante legal de Indra, declaración de Doña Africa y de Don Justiniano). 17°) Con fecha 6 de julio de 2004 la Biblioteca Nacional y la mercantil Azertia suscriben contrato, en virtud del cual dicha mercantil se compromete a prestar a favor de la primera el servicio de control antiguo de partituras del Servicio de Partituras, Registros Sonoros y Audiovisuales, con sujeción a los Pliegos de cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas establecidas al efecto. Mediante acuerdo de 6 de julio de 2006 el citado contrato fue prorrogado hasta el 6 de julio de 2008 (documentos n° 1 y 3 del ramo de prueba de la Biblioteca Nacional, cuyo contenido se da por reproducido). 18°) Como documentos n° 4 de la parte actora y n° 2 de la Biblioteca Nacional obra el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación en el año 2004 del servicio de control del fondo antiguo de partituras del Servicio de Partituras, Registros Sonoros y Audiovisuales del Organismo Autónomo de la Biblioteca Nacional, y que rigió la adjudicación del servicio a la empresa Azertia, dándose su contenido por reproducido. En virtud de las citadas Prescripciones Técnicas la adjudicataria se obliga a aportar tres Titulados superiores entre ellos, un Coordinador y dos Técnicos y tres auxiliares administrativos, dos con conocimiento de la base de datos Ariadna encargado de las altas y modificaciones de firmas y de la preparación de los documentos para su conservación, y uno, para la realización de tareas administrativas relacionadas con la gestión de la documentación generada. Los seis trabajadores habrían de prestar sus servicios en la Biblioteca Nacional en jornada de mañana de 8'00 a 15'00 h. 19°) Con fecha 1 de agosto de 2008 la Biblioteca Nacional y la mercantil Indra suscriben contrato de prestación de servicios, cuyo objeto es el servicio de control y tratamiento técnico de colecciones históricas del Departamento de música y audiovisuales de la Biblioteca Nacional, con sujeción a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas establecidos al efecto y ello por el plazo de dos años a partir del día 1 de septiembre de 2008; pudiendo ser prorrogado el contrato por mutuo acuerdo de las partes (documento n° 5 del ramo de prueba de Indra y n° 7 de la Biblioteca Nacional, cuyo contenido se da por reproducido). 20°) Como documentos n° 5 de la parte actora y n° 2 de Indra obra el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación en el año 2008 del servicio de control del fondo antiguo de partituras del Servicio de Partituras, Registros Sonoros y Audiovisuales del Organismo Autónomo de la Biblioteca Nacional, en base al cual le fue adjudicado el servicio a Indra, dándose su contenido por reproducido. Si bien es de significar que, en cuanto a la aportación del personal, la adjudicataria se compromete a aportar dieciséis trabajadores, doce de los cuales habrían de ser Titulados superiores con conocimientos en música para realizar el proceso técnico y cuatro auxiliares para dar firma, fondos, preparar y colocar los materiales conservación para su ubicación en los depósitos. Los dieciséis trabajadores prestarían sus servicios en la Biblioteca Nacional en jornada de mañana de 8'00 a 15'00 horas de lunes a viernes, reservándose la Biblioteca Nacional la facultad de comprobar la capacidad del personal destinado al servicio. Se disponía, así mismo, en el citado Pliego que la Biblioteca Nacional



nombraría un coordinador de los trabajos que, bajo las órdenes directas de la Dirección técnica, mantendría la coordinación con la empresa adjudicataria y con las unidades de la Biblioteca Nacional. **21º)** Como documento nº 6 del ramo de prueba de Indra obra la propuesta de colaboración efectuada por el Ministerio de Cultura a la empresa Indra, dándose su contenido por reproducido, si bien conviene destacar que las tareas asignadas a las Auxiliares de Biblioteca serían las siguientes: a) trabajos técnicos: gestión de depósitos de partituras; catalogación abreviada: fondo moderno; alta de fondos especiales: fondo antiguo. b) Trabajos administrativos: ayuda en la gestión del correo de la Dirección del Departamento- si procede- leer, distribuir, contestar y archivar; atención a las llamadas telefónicas de la dirección y del despacho; archivo y clasificación de la documentación de la Dirección del Departamento; fotocopias y envíos para la encuadernación de documentos; recogida y tramitación del correo postal de Departamento; petición de claves de acceso al servicio informático; petición de material para uso propio; ayuda en la forma de la Memoria Anual del Departamento; preparación de la información necesaria para las reuniones de la Comisión de Adquisiciones Bibliográficas. c) Otros trabajos: digitalización y retoque de partituras y otros documentos; participación en posibles proyectos y publicaciones del Departamento; colaboración en eventos de la Biblioteca Nacional. **22º)** La mercantil Indra se constituye en virtud de escritura pública de 29 de octubre de 2004 y tiene como objeto social la prestación de servicios de gestión y externalización de toda clase de procesos que puedan requerirse para el adecuado desenvolvimiento de una actividad empresarial, tales como, a título de ejemplo: servicios generales, call centres, back office; administración de personal, gestión de nóminas, gestión de beneficios; gestión contable; la prestación del servicio de gestión documental tales como la captura de información por medios electrónicos, informáticos y telemáticos; incluyendo los trabajos de mecanografía, reprografía, taquigrafía...; la digitalización, entrada de datos y conversión de formatos de documentos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos...; la realización de todos los trámites necesarios o convenientes para la liquidación e inscripción en su caso en los Registros Públicos de toda clase de documentos públicos y privados, en especial, la realización de las siguientes actividades; preparación, seguimiento y desarrollo de procedimientos, tanto judiciales como extrajudiciales contemplados en la legislación hipotecaria; realización de gestiones en oficinas públicas o privadas para obtener datos o antecedentes sobre titularidad registral de bienes, así como la tramitación de los títulos previos..." (documento nº 8 de INDRA). **23º)** La empresa Indra ha tenido el siguiente volumen de negocio en miles de euros: - año 2006: 74.130'10. - año 2007: 96.757'00. - año 2008; 102.03200 (documento nº 9 de Indra). **24º)** Como documento nº 16 del ramo de prueba de Indra obra la relación de sus trabajadores y centros en donde éstos prestan servicios, dándose su contenido por reproducido. **25º)** Como documento nº 11 del ramo de prueba de Indra obra el listado de empresas clientes de la citada mercantil durante los años 2006 a 2008, dándose su contenido por reproducido. **26º)** La empresa Indra cuenta con un servicio de prevención de riesgos laborales (documento nº 14 de su ramo de prueba). **27º)** La empresa Indra cuenta con el denominado Sistema de Dedicaciones con el fin de controlar las horas de dedicación de sus empleados a los distintos proyectos y con el denominado Sistema de Gestión de Gastos de Empleado, que tiene la finalidad de facilitar a los empleados el registro y seguimiento de las solicitudes de viajes, anticipos y liquidaciones de gastos (documentos nº 17 y 18 de su ramo de prueba y declaración testifical de Don Justiniano). **28º)** Como documento nº 26 del ramo de prueba de Indra obra las cuentas anuales e informe de gestión de dicha empresa en el ejercicio 2008, dándose su contenido por reproducido. **29º)** Acciona la demandante en orden a que se dicte sentencia por la que se reconozca la existencia de una relación laboral indefinida con la Biblioteca Nacional con efectos de 24 de abril de 2006, como consecuencia de la cesión ilegal de mano de obra de que ha sido víctima desde que inician su relación con la codemandada Azertia. **30º)** Con fecha 28 de julio de 2009 se ha formulado reclamación previa ante la Biblioteca Nacional, habiendo tenido lugar el acto de conciliación ante el SMAC contra las empresas codemandadas el día 18 de septiembre de 2009, con el resultado de intentado sin efecto".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: " " *Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de Indra Sistemas S.A. y con desestimación de la demanda deducida por D^a Rita contra Indra Sistemas S.A., Indra BMB, S.L., Biblioteca Nacional (Ministerio de Cultura) debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra "*

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado D. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de D^o Rita ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2010 , en la que consta el siguiente fallo: "*Desestimando el recurso de suplicación formulado por D^{ña}. Rita contra la sentencia nº 621/09 de fecha 23 de diciembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid en autos 1515/09, seguidos a instancia frente a Biblioteca Nacional, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución "*

TERCERO.- Por el Letrado D. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de D^o Rita se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 4 de enero de 2011. Como sentencia contradictoria con la



recurrida se aporta la dictada con echa 28 de enero de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el Recurso núm. 801/2009 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de abril de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escritos presentados por la Letrado D^a CECILIA PÉREZ MARTÍNEZ en nombre y representación de INDRA SISTEMAS, S.A., por la Letrado D^a MARÍA JESUS HERRERA DUQUE en nombre y representación de INDRA BMB, S.L. y por el SR. ABOGADO DEL ESTADO actuando en nombre y representación de BIBLIOTECA NACIONAL (MINISTERIO DE CULTURA) con fechas 25 de abril de 2011, 2 de junio y 14 de junio de 2011, respectivamente.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2011, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 6 de octubre de 2011, estando la Sala formada por cinco de los siguientes Magistrados, entre los que estará incluido el Ponente, D. Fernando Salinas Molina, D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea, D. Jesus Souto Prieto, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana y D^a ROSA VIROLÉS PIÑOL.

SÉPTIMO.- En la votación correspondiente, el Sr. Fernando Salinas Molina mantuvo una posición opuesta al criterio mayoritario, y anunció la formulación de voto particular, por lo que la ponencia de este asunto fue asumida por la Sra. Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora inició la prestación de sus servicios por cuenta de Azertia, la cual era adjudicataria del Servicio de partituras, Registros Sonoros y Audiovisuales de la Biblioteca Nacional, pasando a depender de Indra en virtud de la fusión entre ambas empresas con efectos del 1 de octubre de 2007, siendo trabajadora a tiempo parcial de Indra BMB S.L. desde el 1 de septiembre de 2008, con la categoría de oficial 2^a Administrativo. En todo momento la actora prestó sus servicios en la Biblioteca Nacional para lo que disponía de tarjeta identificativa, concretándose en los de secretaria personal de los sucesivos Directores de Departamento. Indra era quien autorizaba las vacaciones de su personal así como los permisos, en caso de baja médica, el personal de Indra tenía que comunicarlo a ésta y justificarlo y en el caso de que a la actora se le encomendara trabajo extra esta circunstancia se comunicaba a Indra, contando ésta con tres coordinadores. La demandante y el resto de personal de Indra informaban trimestralmente a la adjudicataria y le comunicaban el número de horas extraordinarias, contando Indra con el denominado sistema de dedicaciones con el fin de controlar las horas de dedicación de sus empleados a los distintos proyectos y con el sistema de Gestión de Gastos de Empleados que tiene la finalidad de facilitar a los empleados el registro y seguimiento de las solicitudes de viajes, anticipos y liquidaciones de gastos.

Instada la declaración de cesión ilegal de mano de obra, la sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda, resolución confirmada en Suplicación.

Frente a la anterior resolución recurre en casación para la unificación de doctrina la demandante y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 28 de enero de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León .

En la sentencia referencial se estima la pretensión de declaración de cesión ilegal formulada por los trabajadores que, contratados por Inatur Sierra Norte, S.L., prestaban servicios en el Centro de Educación Medioambiental dependiente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, razonando que la empresa aparentemente contratista pese a que sea una empresa real que posee patrimonio y organización propias y no un mero testafierro, no ha puesto en juego su organización empresarial, limitándose a la mera aportación de los trabajadores sin ser una empresa de trabajo temporal, pues ni en el aspecto de los medios materiales, ni en lo relativo a la dirección y organización de la prestación laboral, ha actuado ejerciendo las potestades del empleador en cuanto a los demandantes que por el contrario eran ejercidas por el Organismo Autónomo de Parques Nacionales (CENEAM). Las condiciones de prestación de servicios a los que la sentencia de comparación se refiere consistían, según el inmodificado relato histórico, en el desempeño de sus tareas en el horario del centro bajo la dependencia inmediata de la coordinadora del área, que les imparte las órdenes a instrucciones **y mediata** del director del centro, funcionarios ambos del grupo b) con lo medios materiales y técnicos del centro y participan en las actividades formativas y difusión como miembro del CENEAM. El control de bajas, permisos y vacaciones, dependiente de las necesidades del servicio, se efectuó con el visto bueno del CENEAM así como el pago de retribuciones, dando la sentencia por reproducidos los certificados del CENEAM.



SEGUNDO. - El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R . 430/2004 y 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18-7-08, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008).

A la vista de tales exigencias no cabe establecer el requisito de la contradicción entre la sentencia de contraste a cuyos hechos declarados probados se refiere el anterior razonamiento en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios y a la forma masiva en la que toda la plantilla aportada por la contratista se ve afectada por idéntico tratamiento lo que evidencia la situación de prestamismo laboral en la que una empresa principal incorpora a un centro de trabajo y para la cobertura de un servicio íntegro a la contratación interpositoria con un núcleo de trabajadores que permanecen en todo momento, como grupo, bajo el control de la empresa principal.

En la sentencia recurrida la totalidad del grupo del trabajadores contratados por Indra se mantuvo bajo las órdenes de la contratista, si bien en el caso de la demandante una parte de los trabajos extraordinarios fue comunicada a Indra y otra parte, la que correspondía a los trabajos de secretaria personal del Director no lo fue, circunstancia que podría dar lugar a efectuar la correspondiente reclamación frente a Indra en relación a los servicios efectivamente prestados en lugar de aquellos para los que Indra la contrató, lo que pone de relieve un conjunto de peculiaridades que no se hallan presentes en la sentencia de contraste.

TERCERO.- La apreciación de una causa de inadmisión en el trámite de dictar sentencia determina la desestimación del mismo, sin que haya lugar a la imposición de las costas, en aplicación del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral .

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de **D^a Rita** contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 3295/2010 , formulado contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid , en **autos núm. 1515/2009, seguidos a instancia de D^a Rita contra BIBLIOTECA NACIONAL (MINISTERIO DE CULTURA), AZERTIA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A., INDRA BMB, S.L. e INDRA SISTEMAS, S.A. sobre DERECHOS.** Sin costas.

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

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

Voto particular

que formula el Excmo. Sr. Don Fernando Salinas Molina, Magistrado de la Sala IV de este Tribunal a la sentencia de fecha 14-octubre-2011 (rcud 4411/2010). De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en fecha 14-octubre-2011 (rcud 4411/2010). El motivo de declinar la ponencia y votar en contra de la tesis sustentada mayoritariamente por la Sala se fundamenta en entender que, – al igual que había efectuado la Sala en múltiples asuntos similares en los que se declaró la existencia de cesión ilegal y en los que la Administración pública



empleadora era el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (entre otras muchas, SSTS/IV 14-febrero-2011 -rcud 2083/2010 , 21-febrero-2011 -rcud 2411/2010 , 2-marzo-2011 -rcud 2095/2010 , 11-mayo-2011 -rcud 2096/2010) –, concurría el presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 LPL entre la sentencia recurrida y la invocada como de contraste por la parte recurrente, y que, por tanto, debía entrarse en conocer del fondo del asunto, sin que la circunstancia de que en el presente caso la cesión ilegal pudiera afectar únicamente a una trabajadora de la empresa de servicios y no a una pluralidad de trabajadores deba impedir la concurrencia del requisito referido, sino que más bien lo refuerza, así como la intrascendencia a tales fines del hecho de que, aunque existan controles de la actividad de su personal por parte de la referida empresa, si resulta que tales controles se han mostrado inoperantes en el caso concreto permitiendo, en su caso, que una trabajadora realizara con habitualidad y en exclusiva servicios totalmente ajenos a los incluidos en la contrata, como el actuar como secretaria privada de varias directivas del organismo público codemandado. Entiendo que la sentencia debería haberse fundamentado en los siguientes argumentos y estimarse el recurso formulado por la trabajadora demandante en la forma que exponemos: **I.-1.-** De la demanda sobre pretensión de ser declarada trabajadora indefinida por existencia de cesión ilegal, desestimada íntegramente, y de los hechos probados de la sentencia de instancia (SJS/Madrid nº 25 23-diciembre-2009 -autos 1515/2009), cuya pretensión revisora se rechazó en suplicación, es dable concluir que la actora prestó servicios para la Biblioteca Nacional a través de una contrata con la subrogada empresa "Indra BMB, S.L.", desde el 24-abril-2006 en adelante, mediante contrato a tiempo parcial de duración determinada por obra o servicio para la prestación del servicio consistente en el control del fondo antiguo de partituras del Servicio de partituras, registros sonoros y audiovisuales de la Biblioteca Nacional, convertido a partir del 1-septiembre-2008 en contrato indefinido a tiempo parcial, con la categoría profesional inicial de administrativo (Grupo B, nivel 21) y luego de oficial 2ª administrativo. Consta, asimismo acreditado que la actora: a) dispone de una tarjeta identificativa para el acceso a la Biblioteca; b) ha recibido cursos de formación por parte de la Biblioteca; c) desde el inicio de su relación laboral fundamentalmente hizo las tareas de Secretaria personal de la Directora del Departamento de Música y Audiovisuales, ocupándose, entre otras tareas, del correo de ésta, de su agenda de trabajo, archivo personal, revisión de facturas o control de material de oficina; d) tras la jubilación de la referida Directora en marzo de 2009 efectuó las tareas de Secretaria de los sucesivos Directores del Departamento hasta aproximadamente el mes de julio de 2009, en que fue sustituida por otra trabajadora a la que hubo de formar la actora para ese puesto; e) el material y herramientas utilizado por la actora en el ejercicio de sus funciones lo facilitaba la Biblioteca Nacional; y f) ejerció de Comisaria en la Exposición de la Biblioteca Nacional sobre Chapí. Se acredita, por otra parte, que: a) para tomar vacaciones, el personal del Departamento de Música y audiovisuales, incluidos los trabajadores de Indra, llegaban a un acuerdo y si éste era probado por la Directora del Departamento, se informaba a Indra sobre las vacaciones de su personal, siendo Indra quien autorizaba las vacaciones de su personal al igual que los permisos; b) en caso de baja médica el personal de Indra tenía que comunicarlo a ésta y justificarlo; c) la Directora del Departamento de Música comunicaba a Indra si encomendaba a la actora algún trabajo extra, pero no comunicó a ésta la circunstancia de que la actora viniera siendo su Secretaria personal; d) La actora como el resto del personal de Indra informaba a ésta trimestralmente y comunicaba el número de horas trabajadas; y e) que la empresa Indra tiene múltiples empresas clientes y trabajadores y un importante volumen de facturación. **I.-2.-** La sentencia de suplicación (STSJ/Madrid 26-octubre-2010 -rollo 3295/2010), ahora recurrida en casación unificadora, ha confirmado la de instancia que no apreció la existencia de cesión ilegal, razonando que " *Considera la recurrente que la actora ha realizado un trabajo habitual y propio en el ámbito de organización y dirección de la Biblioteca Nacional, quien ha dirigido a la trabajadora y ha asumido el riesgo empresarial. Sin embargo, esta pertenencia a la #propia actividad de la empresa# no es de por sí una situación ilegal o jurídicamente anómala, como se pretende por el recurrente sino que, como recuerda la STS de 15 de abril de 2010 #integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del ET . Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la #dinámica empresarial# de ésta, introduciéndose a veces #en toda la gama de comunicaciones que existen# dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse ... a un #objeto residual# o #accesorio#, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial* ". Añadiendo que " *la empresa contratista ... tiene entidad y actividad propias, como exige el art. 43.2 del ET ; que en su relación con la actora no ha perdido los lazos del poder de dirección sino que, antes al contrario, se mantienen en relación a incidencias, concesión de vacaciones permisos, tramitación de bajas etc., llegamos a la conclusión de que no existen datos consistentes que nos permitan establecer que el contrato suscrito para la prestación del servicio era en realidad inexistente o que la labor contratada carecía de toda consistencia impidiendo su externalización* ". **I.-3.-** Contra este pronunciamiento recurre en casación la trabajadora demandante, aportando como sentencia contradictoria la STSJ/Castilla y León, sede de Burgos, 28-enero-2010 (rollo 801/2009) . Se trata en ella de un contrato de servicios de documentación (especialmente, catalogación, incorporación a las bases de datos, informatización en la aplicación documental, actualización



continua del Tesauro) suscrito entre un Centro Nacional de Educación Medioambiental (Ceneam) dependiente del organismo autónomo Parques Nacionales y unas sociedades privadas. Resulta de los hechos probados que " Las trabajadoras que realizaron las funciones descritas en la demanda, prestaron -y prestan-, junto a otra compañera, sus servicios en el centro de documentación del Ceneam, en el horario del centro, en jornada continua -de 8 a 15,30 horas- y partida -de 9 a 14 y 15,30 a 18 horas- por semanas alternas, bajo la dependencia inmediata de la coordinadora del área, que le imparte las órdenes e instrucciones, y mediata del director de centro -funcionarios ambos del grupo b-; con los medios materiales y técnicos de centro (asignación de una terminal, correo electrónico del centro...); participaron -y participan- en la actividades formativas y difusión como miembro del Ceneam (seminarios, programas de formación medioambiental, catálogos...), y recibieron -y reciben - documentación e información relativa a su trabajo a través de correo ordinario y electrónico a la dirección del centro o su cuenta de correo ", así como que " Las empresas demandadas dieron de alta en la Seguridad Social a las trabajadoras; les abonaron la remuneración salarial, y controlaron las bajas, y les concedieron permisos y vacaciones con el visto bueno del Ceneam - dependiente de las necesidades del servicio- ". La sentencia de contraste declara la existencia de cesión ilegal, argumentando, en esencia, que " Dadas estas circunstancias, es claro que se ha acreditado que pese a que la empresa aparentemente contratista, I ...SL sea una empresa real que posee patrimonio y organización propias, y no un mero testaferro, lo cierto es que en el caso analizado no ha puesto en juego su organización empresarial, limitándose a la mera aportación de los trabajadores sin ser una empresa de trabajo temporal, pues ni en el aspecto de los medios materiales, ni en lo relativo a la dirección y organización de la prestación laboral, ha actuado ejerciendo las potestades del empleador en cuanto a los demandantes, que por el contrario eran ejercidas por la recurrente- Organismo Autónomo Parques Nacionales - CENEAM . En el presente caso, los elementos fácticos, determinan que es claro que los trabajadores han prestado desde el primer momento servicios a la entidad demandada, cuanto que ha prestado servicios en el centro de trabajo de la entidad demandada, incluyendo que el correo electrónico lo era el del centro usando una terminal. Han prestado servicios sometida al horario laboral del centro, bajo la dependencia inmediata de los coordinadores del área, que impartía órdenes e instrucciones de servicio, y mediata del director del centro, con los medios materiales y técnicos del centro demandado. Participando incluso en cursos, talleres como miembros del Ceneam, es decir, dando una proyección externa a su condición de miembros de tal Organismo, que ejerce actividad empresarial propia con relación a los trabajadores demandantes, que están sometidos a la dependencia de la organización y dirección del empresario contratista, -en este caso CENEAM ". **II.-1.-** Como pone de evidencia el Ministerio Fiscal existe la contradicción que se alega, por cuanto, y abstracción hecha de determinadas diferencias que estimamos no afectan al juicio de comparación, las condiciones en las cuales se prestan los servicios son similares, en lo sustancial, debiendo dilucidarse, si existe o no cesión ilegal de mano de obra. **II.- 2.-** El recurso, como propone el Ministerio Fiscal, debe desestimarse, – al igual que se ha efectuado en fecha 17-diciembre-2010, en otras sentencias dictadas por esta Sala de casación en supuestos análogos, enjuiciados en los recursos 1647/2010 , 1673/2010 , 2114/2010 , 2094/2010 , 2120/2010 , 2412/2010 , 1656/2010 , 2093/2010 , 1655/2010 , 1814/2010 y 1815/2010 ; así como entre otras, en las posteriores SSTS/IV 18-enero-2011 (rcud núms. 1644/2010, 1648/2010, 1650/2010, 1665/2010, 1811/2010, 1415/2010), 20-enero-2011 (rcud 2100/2010), 24-enero-2011 (rcud 1733/2010), 25-enero-2011 (rcud 1657/2010), 26-enero-2011 (rcud 1643/2010), 2-marzo-2011 (rcud 2095/2010), 4-mayo-2011 (rcud 1674/2010), 11-mayo-2001 (rcud 2096/2010), 2-junio-2011 (rcud 1812/2010) –, porque se ha producido infracción de los arts. 43 y 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuya vulneración denuncia el único motivo y porque el criterio de la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina de la Sala; doctrina que se recoge, entre otras, en las SSTS/IV 19-enero-1994 , 12-diciembre- 1997 , 14-diciembre-2001 , 17-enero-2002 , 16-junio-2003 , 3-octubre-2005 , 20-julio-2007 , 4-marzo-2008 y 25-junio-2009 . **II.-3.-** Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada 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 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 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). **II.- 4.-** Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala que la cesión puede



tener lugar « *aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta* » y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización « *no se ha puesto en juego* », limitándose su actividad al « *suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo* » a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997 ; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que " *con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 , 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia* ". **II.-5.-** De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. **II.- 6.-** Destacan las referidas sentencias, que el error de la sentencia de contraste [en el presente caso, la recurrida] consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del art. 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. **II.-7.-** La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores. **III.-1.-** En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el art. 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por la actora, esencialmente, como secretaria personal de los sucesivos Directores del Departamento de Música y Audiovisuales de la Biblioteca Nacional, ocupándose, entre otras tareas, del correo de éstos, de su agenda de trabajo, archivo personal, revisión de facturas o control de material de oficina, son totalmente distintas a las que constituyen el objeto de la contrata y se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios o ratificar permisos o vacaciones. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del mismo. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -la Biblioteca Nacional- en el contrato de trabajo suscrito. **III.-2.-** Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre la Biblioteca Nacional y la empresa cedente, en orden a exonerar a la primera de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por la Biblioteca Nacional demandada. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra. **IV.-** En conclusión, entiendo que habría procedido, por tanto, – y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal –, haber estimado del recurso, casando y anulando la sentencia impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, haber estimado el recurso de tal clase en los concretos extremos ahora impugnados (en el que no se incluye la absolución por falta de legitimación pasiva de la codemandada "Indra Sistemas, S.A."), declarando la existencia de cesión ilegal de mano de obra entre las codemandadas "INDRA BMB, S.L."



y el "MINISTERIO DE CULTURA" (BIBLIOTECA NACIONAL), y condenando a las referidas codemandadas a estar y pasar por tal declaración, teniendo por realizada la opción de la trabajadora a favor de pertenecer a la Biblioteca Nacional, pero, si bien, dado el carácter público de tal empleadora, con el carácter de trabajadora indefinida y no fija, pues, como recuerda, entre otras, la STS/IV 2-noviembre-2009 (rcud 68/2008), " *en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo (STS 17-9-2002, .R-3047/01 -; STS 19-11-2002, -R-909/02 - y otras varias posteriores)* ". Madrid 14- octubre-2011

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.