



Roj: **STSJ CAT 8407/2017 - ECLI:ES:TSCAT:2017:8407**

Id Cendoj: **08019340012017105442**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2017**

Nº de Recurso: **2734/2017**

Nº de Resolución: **5304/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8056908

EL

Recurso de Suplicación: 2734/2017

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 15 de septiembre de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 5304/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Informació i Comunicació de Barcelona, S.A. Societat Privada Municipal, BCN Audiovisual, S.L., Donato , Eloy , Eulalio , Ezequias , Fernando , Ariadna y Gabriel frente a la Sentencia del Juzgado Social 14 Barcelona de fecha 1 de septiembre de 2016 , dictada en el procedimiento Demandas nº 1223/2014 . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2016 , que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo parcialment la demanda formulada per Donato , Eloy , Eulalio , Ariadna , Ezequias , Fernando i Gabriel contra les empreses BCN AUDIOVISUAL, S.L.U. i INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA, S.A. demanda formulada en reconeixement de Dret i reclamació de quantitat i, en aquest sentit:

1r.- Declaro l'existència de cessió illegal dels demandants respecte de les empreses demandades i, en conseqüència, tenint per exercitada l'opció de dels actors en l'adquisició de la condició de treballadors indefinits



de l'empresa INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA, S.A. declaro la conseqüent obligació d'incorporar-los formalment i efectivament en la seva plantilla laboral, amb la categoria professional, salari i l'antiguitat que consten en els fets provats d'aquesta sentència.

2n.- Tanmateix, desestimo la Reclamació de quantitat que ha estat exercitada pels demandants, absolut a les demandes de les peticions efectuades al respecte. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primer.- El treballador demandant, Donato , amb DNI núm. NUM000 , acredita una antiguitat laboral reconeguda de 06.02.2007, la categoria professional de ENG (redactor) i un salari actual brut mensual de 2.359,46.-€ (folis 1276 a 1281), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, ostentant la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Segon.- El treballador demandant Eloy , amb DNI núm. NUM001 , té una antiguitat laboral reconeguda de 01.08.2012, la categoria professional de ENG (redactor) i un salari actual brut mensual de 1.859,11.-€ (folis 1573 a 1610), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, a més, ostenta la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Tercer.- El treballador demandant Eulalio , amb DNI núm. NUM002 , acredita una antiguitat laboral de 23.02.2008 (foli 1662- Lavinia BCN), la categoria professional d'encarregat d'equips lleugers i un salari actual brut mensual de 1.188,06.-€ (folis 1697 a 1703), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, ostentant la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Quart.- La treballadora demandant Ariadna , amb DNI núm. NUM003 , té una antiguitat laboral reconeguda de 03.01.2006, la categoria professional d'encarregada d'equips lleugers i un salari actual brut mensual de 1.783,37.-€ (folis 1780 a 1812), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, a més, d'ostentar la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Cinquè.- El treballador demandant Ezequias , amb DNI núm. NUM004 , acredita tenir una antiguitat laboral reconeguda de 27.12.2005, la categoria professional de responsable de manteniment i un salari actual brut mensual de 3.055,42.-€ (folis 1961 a 1994), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, ostentant la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Sisè.- El treballador demandant Fernando amb DNI núm. NUM005 , te una antiguitat laboral de 01.04.2003 (folis 2189 a 2198 - contractes successius a Moebius TV, SL ; Amaranta Tec-Com, SL i Lavinia BCN), la categoria professional de ENG (redactor) i un salari actual brut mensual de 2.690,22.-€ (folis 2200 a 2233), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, a més, ostenta la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Setè.- El treballador demandant Gabriel , amb DNI núm. NUM006 , acredita una antiguitat laboral de 08.06.2005 (folis 2412 a 2415 - contractes successius amb Amaranta Tec-Com S.L. i Lavinia BCN), la categoria professional de tècnic de sistemes i un actual salari brut mensual de 2.320,95.-€ (folis 2416 a 2454), amb inclusió de la part proporcional de pagues extres, ostentant la condició de representant legal dels treballadors al ser membre del Comitè d'Empresa de la demandada BCN Audiovisual, S.L. U.

Vuitè.- L'empresa BCN AUDIOVISUAL, S.L. U. (en endavant BCN) és una societat integrada en el grup mercantil denominat LAVINIA conformat per 16 empreses d'àmbit estatal i internacional, fundat l'any 1994 i dedicat al sector audiovisual.

Per concurs públic, la societat BCN, constituïda el 10.05.2013, va ser adjudicatària del contracte de serveis de producció d'informatius i tècnics dels canals d'Internet i televisió de l'Ajuntament de Barcelona del que s'encarrega de gestionar l'empresa INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA, S.A. Aquesta empresa es va subrogar en els contractes que tenien subscrits els treballadors amb altres empreses que gestionaven BTV.

Per la seva part, l'empresa INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA, S.A. (en endavant ICB), és una societat privada municipal amb capital 100% de l'Ajuntament de Barcelona que s'ocupa de la gestió directa del servei públic de la televisió municipal Barcelona Televisió BTV.

A BTV també intervé una tercera empresa, ANTENA LOCAL, S.L. que te una plantilla d'uns 15 treballadors, bàsicament conformada per redactors i productors.



Novè.- L'empresa BCN, amb una plantilla de més de 150 treballadors, des de l'adjudicació del servei audiovisual de BTV ha assumit la contractació indefinida dels demandants, així com d'altres, accepta l'antiguitat consignada de tots ells excepte en els cas d' Fernando , Eulalio i Gabriel , manifestant estar conforme amb les seves respectives categories professionals, però no així amb els salaris consignats.

L'empresa ICB està composta per uns 20 treballadors, bàsicament amb càrrecs directius i comandaments intermedis, encara que també té personal administratiu i alguns tècnics. Aquesta empresa formalment ha externalitzat la prestació del servei de producció de continguts informatius i serveis tècnics per a la producció d'informatius i programes de Barcelona Televisió assumint, en la seva condició de societat gestora i directora de BTV, "l'exclusiva autoritat i control en relació a la prestació del servei públic de televisió local, d'acord amb el reglament de funcionament i organització de BTV, ..reservant-se amb caràcter exclusiu la determinació dels continguts dels programes informatius". D'aquesta forma, la direcció i coordinació dels serveis a prestar per part dels adjudicataris (BCN Audiovisual, S.L.U. i Antena Local, S.L.) queden degudament controlats per les instruccions que reben dels quadres directius d'ICB.

Desè.- El lloc de treball dels actors, allà on sempre han desenvolupat la seva activitat laboral des de l'inici de la seva contractació amb altres mercantils, és el domicili social de Barcelona Televisió (BTV), situat en la Plaça Tísner núm. 1 d'aquesta capital. Aquest centre de treball, com també els equipaments tècnics que el conformen, son de titularitat de l'empresa ICB, si be l'empresa BCN, recentment i a rel de la sentència dictada per aquest mateix Jutjat en el procediment 994/2014, va començar a pagar un cànon de 40.000.-€ mensuals per l'ocupació dels espais físics i la utilització d'aquests equipaments.

Onzè.- Cadascuna de les empreses demandades, BCN i ICB, en base als acords que han arribat en les seves respectives negociacions col·lectives, si be apliquen als seus empleats uns determinats convenis col·lectius, aquests han estat millorats a través d'uns pactes extraestatutaris de millores salarials. BCN aplica el Conveni Col·lectiu marc de la Indústria de la Producció Audiovisual, si be amb les millores salarials referides. Per la seva part, ICB si be tenia com a referència marc el Conveni Col·lectiu d'Oficines i Despatxos de Catalunya, en la mesura que la seva plantilla està conformada bàsicament per personal directiu, i atès a la vinculació municipal de l'empresa, les millores econòmiques que tenen els seus empleats tenen certa equivalència amb les taules salarials del personal laboral de l'Ajuntament de Barcelona.

Dotzè.- En el centre de treball d'ICB/BTV de la Plaça Tísner núm. 1, coexisteixen treballadors de les empreses adjudicatàries dels serveis, BCN, ICB i Antena Local, S.L. prestant tots ells treballs de forma conjunta i indiferenciada amb material i equipament de titularitat de l'empresa municipal, si be, cal recalcar, que el personal d'ICB bàsicament exerceix funcions directives dins d'aquest organigrama corporatiu. Tanmateix, en el moment de presentar aquesta demanda tots els actors s'identificaven públicament (correus electrònics, targetes de presentació, acreditacions..) com a empleats de BTV (folis 47, 48, 50, 65, 71, 82, 86, 87, 104, 108 i 112).

Tretzè.- S'ha esgotat el tràmit de conciliació administrativa, sense arribar a cap acord. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación la parte actora Donato y otros, así como las dos partes demandadas Información i Comunicació de Barcelona, S.A. Societat Privada Municipal y BCN Audiovisual, S.L.. El recurso de la parte actora ha sido impugnado por la demandada Información i Comunicació de Barcelona, S.A. Societat Privada Municipal. La parte actora ha impugnado los recursos de las dos partes demandadas , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se han interpuesto tres recursos de suplicación frente a la sentencia núm.315/2016, dictada el 1/09/2016 por el Juzgado de lo Social n 14 de Barcelona en los autos 1223/2014, en cuya virtud, se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Donato , D. Eloy , D. Eulalio , D^a Ariadna , D. Ezequias , D. Fernando y D. Gabriel frente a las empresas BCN AUDIOVISUAL S.LU (en adelante BCN SL) e INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA (en adelante ICB SA); y en consecuencia:

- Declara la existencia de cesión ilegal de los demandantes respecto de las empresas demandadas y teniendo por ejercitada la opción de que los actores adquieran la condición de indefinidos en la empresa INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA S.A, declara la consiguiente obligación de incorporarlos formal y efectivamente en su plantilla laboral, con la categoría profesional, salario y antigüedad que constan en los hechos probados de la sentencia.

- Desestima la reclamación de cantidad planteada por los demandantes absolviendo a las demandadas de las peticiones realizadas al respecto.



SEGUNDO.- RECURSO DE LA PARTE ACTORA.

El recurso interpuesto por la parte actora contiene la petición de la revisión de 3 hechos probados, denuncia la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia, pidiendo la estimación del recurso y, en fin, solicita la condena solidaria a las demandadas al abono a cada uno de los 7 demandantes de las cantidades que figuran en el suplico del recurso.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de ICBSA, que pide su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

2.1.- Revisión de los hechos declarados probados.

La recurrente, al amparo del art.193b) LRJS , pide la revisión de los hechos probados, para que se proceda a la adición de **un nuevo hecho *once bis* , un nuevo hecho *once tertium*, así como un nuevo hecho *séptimo bis*.**

Son requisitos para que prospere en suplicación la revisión de los hechos probados:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007)

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero .

En aplicación de tales premisas al caso de autos; en cuanto al **nuevo hecho *once bis*** , la recurrente propone que se dé por reproducido el contenido de las nóminas de todos los trabajadores de la empresa ICB SA SPM correspondientes al período comprendido entre agosto de 2014 hasta agosto de 2015. A partir de ahí, valora que todos los trabajadores de ICB tienen reconocido un nivel A1 excepto dos que ostentan el nivel C1.

Además, pide la recurrente, que se dé por reproducida la estructura funcional y retributiva aplicada por ICB publicada por BTV en su portal de transparencia, donde constan 4 grupos profesionales, dándose también por reproducida la definición funcional de los 4 grupos.

La impugnante se opone, aduciendo intrascendencia y opone que es cuestión nueva la pretensión de equiparar el salario de los distintos recurrentes y los niveles salariales del Ayuntamiento de Barcelona.

No se trata de cuestión nueva, como consta en la p.75 del escrito de demanda, en relación con su segundo otrosí.

Procede dar por reproducido el contenido de las nóminas y de las estructura funcional y retributiva aplicada por ICB y publicada por BTV , sin perjuicio de la concreta trascendencia que pueda tener en el signo del fallo, pues es un hecho potencialmente relevante, al discutirse en este recurso, únicamente, las diferencias a abonar a los trabajadores en virtud de la cesión ilegal. No procede, sin embargo, incluir las valoraciones que efectúa la recurrente sobre el contenido de dichas nóminas, por ser cuestión que atañe a la fundamentación jurídica.

En relación al **nuevo hecho *once tertius***, el recurrente pide que se añada que las cantidades abonadas por BCN AUDIOVISUAL SL a los demandantes, durante el período en relación al cual se reclaman las diferencias comprendido entre Diciembre de 2013 y Mayo de 2016, ambas mensualidades incluidas, son las que constan en sus respectivas nóminas referidas al citado período, que se dan por reproducidas y que obran en autos. La impugnante no discute la realidad de tales cifras, limitándose a considerar que son intrascendentes porque no han logrado acreditar las funciones en que serían encuadrables; cuestión ésta que es aventurado resolver en sede de modificación fáctica y que, dada la potencial trascendencia de la misma en su vertiente fáctica, consideramos procedente la **estimación del motivo en el sentido postulado por la recurrente** .



En lo que atañe al **nuevo hecho séptimo bis**, la recurrente pretende que el mismo diga que todos los demandantes, con independencia de las categorías respectivamente y formalmente reconocidas, expuestas en los siete hechos probados antecedentes, realizan las funciones concretadas en relación a cada uno de ellos tanto en el ordinal cuarto de la demanda como en el escrito de ampliación presentado el 30/05/2016, funciones reiteradas en el documento nº 8 del ramo de prueba de BCN AUDIOVISUAL SL.

El motivo ha de ser desestimado pues, como bien apunta la impugnante, en los hechos primero a séptimo no constan las categorías "formalmente reconocidas", sino las categorías finalmente acreditadas; y ello resulta tanto de la propia redacción de los hechos probados primero a séptimo, como del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, que en valoración de la prueba concluye como no probadas las funciones postuladas por la recurrente. De esta forma, de proceder a las adiciones que propone el recurrente, el resultado final del relato fáctico resultaría contradictorio, puesto que en todo momento se omite solicitar la modificación o supresión de los primeros siete hechos probados. De añadido, si, como pretende el recurrente, se trataba de hechos no controvertidos, nos hallaríamos ante un motivo de nulidad de la sentencia por vulnerar garantías procesales (motivación irracional de la prueba, pues no debió ni admitirse ni menos aún valorarse sobre un hecho pacífico (art.97.2 LRJS y art.281.1 LEC , art.218.2 LEC); sin que en ningún momento la recurrente formule la citada pretensión de nulidad, ni menos aún conste la protesta frente a la admisión de medios de prueba sobre hechos no controvertidos.

Por tanto, **este motivo ha de ser rechazado.**

2.3.- Infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia.

La recurrente denuncia la infracción del art.43.4 del RDL 2/2015 de 23 de octubre (ET), en relación con los arts.4.2f), 22, 1 y 2 y 26.3 ET .

a) Objeto de la controversia

La sentencia recurrida desestima las pretensiones de los actores sobre diferencias salariales, porque la equiparación entre los puestos de trabajo de los 7 actores con los propios de la empresa cesionaria, integrada básicamente por directivos y demás cargos intermedios, no ha sido objeto de prueba alguna. En definitiva, considera que no hay prueba de la equiparación entre los cargos de dirección control y supervisión de la producción que realizan los trabajadores existentes en la cesionaria con los que ejercen los actores en el ámbito organizativo de la cedente .

Acto seguido, la sentencia recurrida realiza una comparación entre las categorías profesionales de origen de los 7 demandantes y la de determinados trabajadores de la cesionaria, para terminar concluyendo que sus funciones laborales no son equiparables y, que por tanto, hay que desestimar la pretensión de condena a las diferencias salariales. En suma, la resolución recurrida considera que si las funciones de cada uno de los actores no son idénticas a las ejecutadas por el correspondiente trabajador de ICB no tienen derecho al percibo de cantidad alguna.

La recurrente, en suma, tras citar una sentencia del mismo juzgado de lo social nº 14, que fue confirmada por esta Sala, en nuestra STSJ núm.6768/2016, de 18 de noviembre, entiende que deben aplicarse las categorías equivalentes de la cesionaria, en la que, tal y como consta en la sentencia recurrida, dado el carácter municipal de la misma, las mejoras económicas que tienen sus empleados tienen cierta equivalencia con las tablas salariales del personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona. De ahí que postule la aplicación de dichas tablas salariales del Ayuntamiento de Barcelona y no del Convenio de Oficinas y despachos. (DOGC núm 6432 de 5/08/13). A dicha conclusión, llega el recurrente comparando las categorías de origen de los trabajadores cedidos con las nóminas de los empleados de la cesionaria, de forma que, en suma, considera que las categorías equivalentes serían las encuadrables en el grupo 2 o en el grupo 3.

La impugnante se opone al motivo de recurso, en una apretada síntesis, porque las funciones desarrolladas por los recurrentes ni son iguales, ni tan siquiera equiparables a aquellos puestos concretos que se postulaban por la demandante. En suma, ninguno de los puestos con los que se pretende la equiparación se parecen a las funciones, grupos y categorías que tienen asignadas, lo que -según la impugnante- debe suponer la desestimación del recurso.

b) Hechos a tener en consideración

- No se discute en este recuso la existencia de cesión ilegal de los 7 trabajadores de BCN AUDIOVISUAL en ICB SA

- En la empresa cedente - BCN - se aplica el Convenio audiovisual con ciertas mejoras salariales derivadas de pactos extraestatutarios; mientras que en la empresa cesionaria -ICB- se aplica el de Oficinas y despachos,



y dado el carácter municipal de la empresa, las mejoras económicas que tienen sus empleados tienen cierta equivalencia con las tablas salariales del personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona.

- En la empresa cedente, los trabajadores demandantes tenían las siguientes categorías profesionales:

TRABAJADOR/A

Donato

Eloy

Fernando

Eulalio

Ariadna

Ezequias

Gabriel

CATEGORÍA PROFESIONAL EN LA EMPRESA CEDENTE

ENG (redactor)

ENG (redactor)

ENG (redactor)

Encargado de equipos ligeros

Encargada de equipos ligeros

Responsable de mantenimiento

Técnico de sistemas

- En sentencia de esa misma Sala STSJ Catalunya núm.6768/2016, de 18 de noviembre, se confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona nº 148/2015, de 30/10/2015. En la misma, constan como demandadas: ANTENA LOCAL, S.L., "INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA, S.A. SOCIETAT PRIVADA MUNICIPAL". En su parte dispositiva:

"1) declarar la existencia de cesión ilegal de los trabajadores demandantes de la cedente "ANTENA LOCAL, S.L." a la cesionaria ICB con todas las consecuencias legales inherentes;

2) declarar que la relación jurídica que unía formalmente a la codemandada "ANTENA LOCAL, S.L." con Don Indalecio es de carácter laboral y a jornada completa, con las consecuencias a ello inherentes;

3) tener por ejercitada la opción de los demandantes de integrarse en ICB en condición de trabajadores indefinidos no fijos y condenando a dicha sociedad a incorporarlos en la misma a resultas, en su caso, de las demandas de despido planteadas en otro procedimiento distinto al presente;

4) declarar como fecha de antigüedad de los demandantes Doña Julia la de 26-08-2013, la de Doña Luz la de 04-09-2006, la de Don Indalecio la de 01-10-2007 y la de Don Marcial la de 19-07-2010;

5) condenar solidariamente a las sociedades codemandadas al abono a los actores de las correspondientes diferencias en el periodo reclamado, sin perjuicio de las responsabilidades legales del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en concreto la cantidad de 36.043,80 € a Doña Julia, la de 34.021,62 € a Doña Luz, la de 21.985,75 € a Don Marcial y la de 11.242,74 € a Don Indalecio; más el 10 por 100 anual en concepto de interés por demora desde que dichas cantidades debieron ser abonadas.

2.4.- Normativa aplicable y doctrina del TS y de esta Sala en materia de retribuciones en casos de cesión ilegal.

El art.43.4 ET dispone "Los trabajadores sometido al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición e fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionario. **Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste sus servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.**

La Doctrina del TS en materia de efectos en las diferencias salariales de la cesión ilegal y convenio colectivo aplicable, puede resumirse, entre otras, en las STS sentencia de 30/11/2005 (RJ 2006, 1231) (RCUD 3630/2004), de 05/12/2006 (RJ 2007, 91) (RCUD 4927/2005), según las cuales:



"...la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores -en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es la anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006-, señalando que esta opción sólo tiene sentido "cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva". Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 (RJ 2002 , 3755) , 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 7092) y 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10682) 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. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión .Pero esto no impide que **si se ejercita la opción -como lo será normalmente por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente** y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión ". Esta doctrina es asimismo reiterada por nuestra sentencia de 17/04/2007 (RJ 2007, 3173) (RCUD 504/2006).

Por otro lado, conforme a la STS 26 noviembre 2013 , procede el abono de las diferencias salariales desde el inicio de la prestación de servicios:

La cuestión que aquí se plantea, consiste en establecer a partir de la naturaleza de la resolución que establece la cesión ilegal cual sea su incidencia en el reconocimiento de las diferencias económicas devengadas. La primera cuestión ha sido reiteradamente resuelta en favor del carácter declarativo de la sentencia sobre cesión ilegal entre otras (R.C.U. D. 150/2010) de 24-11-2010 (RJ 2011 , 1209) , (R.C.U. D . 2637/2012) de 4-7-2013 (RJ 2013 , 6249) , (R.C.U.) de 5-12-2006 , (R.C.U.D . 3630/2004) de 30-11-2005 (RJ 2006, 1231) .

Como tiene reiteradamente señalado esta Sala IV del Tribunal Supremo, la naturaleza declarativa le confiere efectos ex tunc y por lo tanto el dies a quo coincidirá con la fecha en la que, a tenor del devengo, pudo el interesado reclamar las diferencias, salvo el efecto de la prescripción. Así se resolvió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-3-2010 (RJ 2010, 3883) (R. 1854/2009): "Con arreglo a la doctrina unificada (SSTS de 1 de diciembre de 1993, (R.C.U.D. 4203/1992 (RJ 1993 , 9622) , 23 de octubre de 1990 , 5 de junio de 1992, (R.C.U.D. 2314/1991 (RJ 1992 , 4528) , 23 de junio de 1994, (R.C.U.D. 2410/1993 (RJ 1994 , 5473) , 29 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9851), (R.C.U. D. 2213/195) , 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7535), (R.C.U. D. 4162/1998) , 8 de febrero de 2000, (R.C.U.D. 2134/1999) , 24 de julio de 2000, (R.C.U.D. 2485/1999) y la de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7957), (R.C.U. D. 6369/2003) , "la tramitación de un procedimiento anterior en el que se postulaba un pronunciamiento declarativo no afecta a la obligación del actor a reaccionar en evitación de la prescripción porque esta no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento legalmente previsto para el pago".

Y, en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-2-2010 (RJ 2010, 3468) (R. 1734/2009): " Únicamente deberían quedar fuera de la afectación de la nulidad aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación del precepto convencional, que ya hubieran sido refrendadas por sentencia firme, de forma similar a lo que establece respecto de la anulación de los reglamentos el art. 73 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio (RCL 1998, 1741) -reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-, pero nunca los actos de gestión empresarial, para los que el efecto "ex tunc" de la declaración de nulidad únicamente podrá verse afectado por la prescripción o por la caducidad".

2.5. - Precedentes de la Sala

En fin, como ya ha quedado dicho, esta Sala se ha pronunciado en el caso de los trabajadores de ANTENA LOCAL SL respecto de la misma cesionaria ICB que en el caso de autos, en nuestra STSJ Catalunya núm. 6768/2016 de 18 noviembre . En esa resolución dijimos que **las retribuciones se han de abonar conforme a las categorías equivalentes previstas en el convenio colectivo de la cesionaria. En aquel caso, como en el presente, el convenio de la cedente era el convenio colectivo de la producción audiovisual (vid. RESOLUCION TRI/2968/2006, de 16 de mayo, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo del Consejo del Audiovisual de Cataluña para el periodo 5.4.2006-31.12.2007 (codigo de convenio num. 0813902). (Diario Oficial de Cataluña núm. 4723 de 21/09/2006); mientras que en**



la empresa cesionaria, la misma que en el presente caso -ICB-; se aplicaba un sistema salarial análogo al del Personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona.

En aquel caso la Sala aplicó el convenio del Ayuntamiento de Barcelona, y en concreto, trabajadores/as que en la cedente tenían categoría de productores, redactores ENG; redactores/reporteros de TV ENG, según el CCOL de Audiovisuales; considerando la Sala que la categoría equivalente era la de Técnico superior en la clasificación profesional propia del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Barcelona (Código de convenio núm. 0815752) y no se aplicó el Convenio de Oficinas y Despachos a la cesionaria.

Dijimos en esa sentencia que *"La norma colectiva previsiblemente aplicable a la actividad de la empresa tiene en este sentido poca relevancia por cuanto lo que importa es la situación ordinaria de un trabajador que preste los mismos, o también, equivalentes servicios en la empresa cesionaria."*

2.6.- Aplicación de la doctrina y precedentes al caso concreto

El motivo de recurso ha de ser estimado de conformidad con el señalado precedente de esta Sala, que impone por imperativo de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley (arts.9.3 y 14 CE), seguir el mismo criterio y, en primer lugar, aplicar la clasificación profesional del CCOL Ayuntamiento Barcelona y no la del de Oficinas y despachos, como pretende la recurrente; y en segundo lugar, aplicar a los trabajadores los derechos retributivos que les correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste sus servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo.

En este sentido hay que puntualizar que **un puesto de trabajo equivalente no significa con idénticas funciones, sino con el mismo valor**, por lo que partiendo de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, y de los modificados en sede de recurso, se llega a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, hay que valorar especialmente que la empresa cedente -BCN - fue adjudicataria del contrato de servicios de producción de informativos y técnicos de los canales de internet y televisión del Ayuntamiento de Barcelona, que gestiona la cesionaria ICB, que es una empresa municipal que se ocupa de la gestión directa del servicio público de la televisión municipal de Barcelona (BTV).

Por tanto, ICB externalizó mediante contratación pública los servicios de producción de informativos y técnicos que forman parte de su actividad de servicio público de televisión municipal.

En ese sentido, ha quedado acreditado que ICB de las nóminas de ICB resulta que todos los trabajadores de ICB tienen reconocido un nivel A1 excepto dos que ostentan el nivel C1.

Además, de la estructura funcional y retributiva aplicada por ICB publicada por BTV en su portal de transparencia, constan 4 grupos profesionales.

Es obvio que la externalización de actividades (HP 9º), ha supuesto que ICB, que tiene " la exclusiva autoridad y control en relación a la prestación del servicio público de televisión local", haya perdido los puestos de trabajo externalizados, por lo que no existen puestos de trabajo idénticos en ICB a los que se dan en BTV. Sin embargo, dicha cuestión no ha de hacernos olvidar que el art.43.4 ET dispone que **los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria no son solo los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste sus servicios en el mismo puesto de trabajo , sino que en caso de que este mismo puesto de trabajo no exista -como es el caso- hay que buscar el puesto de trabajo equivalente .**

Ello nos lleva a plantearnos, **en casos como el de externalización y cesión ilegal en el ámbito externalizado, qué puestos de trabajo, según la clasificación profesional y niveles de retribución de la cesionaria, se aplican a los trabajadores de la cedente.** En este punto, la actora ha aportado la totalidad de las nóminas de los empleados de la demandada, y ha quedado probado que en la empresa cesionaria -ICB- si bien tiene como marco de referencia el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Catalunya, -pues su personal es básicamente directivo-; dada su vinculación municipal, las mejoras económicas y el propio sistema de clasificación que tienen sus empleados tienen cierta equivalencia con las tablas salariales del personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona. Tampoco procede la aplicación, como sostiene la impugnante del convenio de Audiovisuales, pues con independencia que pueda argumentarse que tal es, por su ámbito funcional, el que debiera aplicarse a ICB; lo cierto y verdad es que ha quedado probado que los trabajadores de ICB reciben mejoras retributivas por pacto extraestatutario que prácticamente los equiparan al personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona.

Por tanto, será el Convenio Colectivo de este último -Ayuntamiento y sus Tablas-y no las de oficinas y despachos, ni el de Audiovisuales- el que resultará de referencia a los efectos de determinar los puestos de trabajo equivalentes, aunque los mismos no existan en el concreto organigrama de la empresa, como es lógico tras la externalización de las actividades que dichos puestos ocupan.



Por otro lado, la impugnante sostiene que en caso de que la Sala concluya que procede la equiparación a las condiciones de ICB sin aplicar el Convenio de Oficinas, deberían sustraerse las mejoras voluntarias. Sin embargo, dicha pretensión no puede recibir favorable acogida, pues esas mejoras son, precisamente, las que les sitúan en condiciones análogas al personal laboral del Ayuntamiento, pues ICB, recordemos, aplica a su personal el Convenio de Oficinas y despachos.

Partiendo de ello, y contrastando los puestos de trabajo de los actores en su empresa cedente con la clasificación profesional aplicable en la cesionaria (art.11 del Acord de condicions de treball comunes dels empleats públics de l'Ajuntament de Barcelona y Taules retributives publicades a la Gasetta Municipal, nº 20; 10/07/2016).

Donato y Eloy que en la cedente eran ENG (redactores), tienen como trabajadores con equivalentes puestos en la cesionaria los de Técnico Superior 1 Nivel A1. Grupo profesional 3

Fernando , que en la cedente era ENG (redactor), tienen como trabajadores con equivalentes puestos en la cesionaria los de Técnico Superior 1 Nivel A1. Grupo profesional 3

No se estima la pretensión de la recurrente de equiparación a "Jefe de contabilidad", puesto que no consta que realizara funciones de coeditor, como se pretende por la recurrente.

Eulalio que realiza funciones de encargado de entregar o recoger del almacén equipos ligeros, procede su equiparación a Técnico Superior nivel 2, (excluidas las comisiones).

Ariadna , que en la cedente eran encargada de entregar o recoger del almacén servicios ligeros, (HP 4) pretende la equiparación a Técnico superior o subsidiariamente a un Técnico superior 2, y ha de procederse a estimar la petición subsidiaria pues no ha quedado acreditado, como pretende la recurrente, que fuera productora.

Ezequias , que es responsable de mantenimiento, ha de equipararse a Técnico de sistemas informáticos, puesto que no consta que haga funciones propias ni equivalentes a las de responsable de administración, como postula con carácter principal la recurrente.

Gabriel , que es Técnico de sistemas, ha de equipararse a Técnico de sistemas informáticos

Por tanto, se estima parcialmente el recurso, se condena con carácter solidario a INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA, SPM y BCN AUDIOVISUAL SLU a abonara a cada uno de los demandantes las cantidades que, en concepto de diferencias salariales a ellos adeudadas por todo el período comprendido entre Diciembre de 2013 y Mayo de 2016 se detallan a continuación más el 10% del interés moratorio anual del art.29.3 ET :

-D. Gabriel : 30.384, 24 €

-D. Eloy : 27.018, 13 €

-D. Eulalio : 25.505,01€

-D. Donato : 22.505, 01€

-D. Fernando : 14.334, 56 €

-D. Ezequias : 25.290, 38€

-D. Ariadna : 37.197, 81 €

Todo ello, sin costas, conforme al art.235 LRJS .

TERCERO.- RECURSO DE INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA PRIVADA MUNICIPAL.

El recurrente pide la revisión de los hechos probados y denuncia la infracción de las norma sustantivas y jurisprudencia, y pide que:

1) Se desestime la demanda íntegramente.

2) Subsidiariamente declare el carácter indefinido no fijo de los demandantes y el salario mensual a efectos de integración en ICG el siguiente:

- Gabriel : 1057, 30 euros, con prorrata de pagas extras.

- Eloy , Donato , Fernando : 1.194, 13 euros con prorrata de pagas extraordinarias.

- Eulalio : 883, 40 3euros con prorrata de pagas extraordinarias

- Ezequias : 1057, 30 euros con prorrata de pagas extraordinarias



- Ariadna : 833, 40 euros, con prorrata de pagas extraordinarias.

La impugnante pide la inadmisión del motivo de suplicación segundo de los deducidos en censura jurídica y la desestimación de los restantes, con confirmación de la sentencia recurrida y condena en costas a la recurrente.

3.1.- Modificación de los hechos probados

La recurrente, conforme al art.193b) LRJS , pide la revisión de los hechos probados octavo, noveno, décimo, undécimo; la adición de un hecho probado duodécimo.bis, a lo que se opone en su totalidad la impugnante.

En cuanto a la revisión del **hecho probado octavo** , se pretende que conste el Acuerdo del Consell Plenari de l'Ajuntament de 11 de diciembre de 1996 que aprobó la gestión directa del servicio público municipal de TV Local, dato absolutamente anodino, pues ya resulta en los hechos probados y ha sido valorado. en cuanto al Acuerdo de 18 de marzo de 2008 del CAC fijando los criterios de interpretación de los límites de gestión directa, resulta también totalmente intrascendente pues lo relevante no son dichos criterios sino si, finalmente, hubo o no cesión ilegal, por lo que nada aportan los mismos al resultado de los hechos ya declarados probados.

En relación a la adición de un nuevo **hecho noveno**, la recurrente pretende añadir que BCN Audiovisual realizó la evaluación de riesgos del lugar de trabajo ubicado en la Plaza Tisner y que elaboraba la planificación, fijaba horarios, vacaciones, permisos, excedencias e imponía sanciones. El motivo ha de ser rechazado, pues no se concreta en qué consiste el error valorativo en los documentos que se citan para la revisión, y - de añadido- se pretende con el redactado que se propone, alcanzar conclusiones generales partiendo de circunstancias concretas (ej. de una excedencia o de dos escritos de advertencia- pretende concluir que se realizaban la totalidad de poderes empresariales siempre y en todo caso), pretensión que no tiene cabida en el estrecho margen de revisión fáctica, pues no es sino una versión subjetiva y parcial de la valoración del conjunto indiciario.

En lo que se refiere a la modificación del **hecho décimo**, la recurrente pretende añadir un párrafo que diga que por parte de BCN se aportan los vehículos, unidades móviles, telefonía móvil, mochilas y material fungible de las cámaras y servicios de transmisión de datos". El motivo ha de ser rechazado por intrascendente; pues - como reconoce la propia recurrente- en la fundamentación jurídica se parte, con valor de hechos probado, de estas mismas afirmaciones.

En cuanto a la revisión del **hecho probado undécimo** ; el recurrente pretende que consten los convenios que se aplican en cada una de las empresas- cedente y cesionaria- lo que ya resulta con suficiente claridad de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida y del propio redactado del hecho probado que se pretende modificar. En segundo lugar, pretende que consten los salarios de 5 integrantes de la plantilla de ICB, lo que resulta a todas luces improcedente, por no ser relevante para variar el fallo, toda vez que en la modificación de hechos probados acordada en el recurso de los actores se ha añadido un hecho undécimo bis, en cuya virtud se procede dar por reproducido el contenido de las nóminas y de las estructura funcional y retributiva aplicada por ICB y publicada por BTV.

En lo relativo a la adición de un **hecho probado duodécimo bis**, que pretende reproducir el organigrama de BCN; ha de ser rechazado puesto que resultaría, de aceptarse, contradictorio con los hechos probados no combatidos noveno y décimo segundo; de los que deriva que el personal de BCN recibe las instrucciones de los cuadros directivos de ICB.

Por tanto, se desestima en su totalidad la revisión de hechos postulada por la recurrente.

3.2.- Motivos de infracción de las normas jurídicas y la doctrina.

3.2.1.- Sobre la concurrencia de cesión ilegal.

El recurrente denuncia la infracción del art.43.2 ET , en relación con los arts. 23.3 , y 32.2 Ley 22/2005 de la comunicación audiovisual de Catalunya por considerar que en el presente caso no concurre cesión ilegal.

La impugnante se opone y pide la confirmación de la resolución recurrida.

Una vez fijado el objeto de gravamen, hay que traer a colación **la doctrina del TS sobre la materia de la cesión ilegal**, que viene prevista en el art.43 ET . que establece: 1 . *La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*

2. *En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en 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.

Conforme a la STS 4 marzo 2008 ; RJ 2008 /1902, el art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados:

- 1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial;
- 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y
- 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.

Dentro de el supuesto de hecho de la cesión ilegal caben dos tipologías fundamentalmente, que entre otras, distingue la STS 17 abril 2007 , RJ 2007/3173; con cita de SSTS 21/03/97 [RJ 1997, 2612] -rec. 3211/1996 -; 14/09/01 [RJ 2002, 582] -rcud 2142/00 -; 17/12/01 [RJ 2002, 3026] -rec. 244/2001 -; 17/01/02 [RJ 2002, 3755] -rcud 3863/00 -; 17/12/01 -rcud 244/2001 -; 30/11/05 [RJ 2006, 1231] -rcud 3630/04 -; 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05 -; y 17/04/07 [RJ 2007, 3173] -rcud 504/06 -); a saber:

- 1) Las cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente
- 2) Las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio.

En relación a la cesiones de personal entre empresas reales, como es el caso de autos, recientemente ha señalado el TS en STS27 de enero de 2011 (R. 1784/2010) . y 4 de julio de 2012 -rcud. 967/2001 ; STS 19 junio 2012, Recurso: 2200/2011 ; STS 04 de Julio del 2012, Recurso: 967/2011 ; STS 05 de Noviembre del 2012, Recurso: 4282/2011 ; que para que exista cesión ilegal 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.

Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente, no pone realmente en juego su organización, entendiéndose por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente

En el ámbito de las contrataciones de obras y servicios entre empresarios, el TS tiene dicho, entre otras muchas en STS 17 diciembre 2001, RCU n° 244/2001 (RJ 2002/3026), que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». La contratación de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación meramente tolerada, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa.

En el marco de las contrataciones de obras y servicios en ocasiones es ciertamente compleja la distinción entre contratación lícita y cesión ilegal. Algunos elementos para distinguir ambas situaciones, partiendo de la esencial necesidad de ponderar las concretas circunstancias del caso a fin de determinar quien es el empresario efectivo (vid STS 25 octubre 1999 ; /RJ 1999/8152), son:

-el suministro de mano de obra sin aportación de elementos personales y materiales y sin aportar ninguna infraestructura (STS 19/01/94 , 12/12/97 o 25/10/99 (Rj 1999/8152; STS 14/09/01 Rj 2002/582 o 17/01/01 , RJ 2002/3755)



- el número de trabajadores , pues cuando se aporta un escaso número de trabajadores a la relación interempresarial es poco probable que se esté poniendo en juego una verdadera organización empresarial y sí más lógico que se propicie un mero suministro de mano de obra, máxime si tal deducción se confirma por la identidad de quienes imparten las instrucciones habitualmente (STS 20/09/03 (Rj 2004/260)

Pero el efectivo ejercicio del poder de dirección es, a la postre, el dato esencial; habiéndose reiterado la doctrina en el sentido de que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (STS 17/07/93 RJ 1993/5688), puesto de que lo que en realidad se trata es de averiguar quien es el verdadero empresario y si éste coincide con el empresario formal o no.

Pues bien, **en el caso de autos** , partiendo de todo lo expuesto, el relato de hechos probados suministra datos incontestables que apuntan claramente a la existencia de una cesión ilegal entre dos empresas reales.

Así, y muy brevemente, BCN es una empresa real, adjudicataria de un contrato de servicios de producción de informativos y técnicos de los canales de internet y televisión del Ayuntamiento de Barcelona; siendo que ICB es la que -teniendo la gestión directa de dichos servicios- los externaliza y contrata a la primera para su desarrollo.

El lugar de prestación de los servicios de los trabajadores de ICB es en la plaza Tisner, domicilio social de BTV, que es titularidad de ICB, y sólo a partir de la sentencia del Juzgado de lo social antes citada que condena a ICB por cesión ilegal se empieza a pagar un canon anual de 40.000 euros por la ocupación de espacios físicos y utilización de equipos por parte de BCN a ICB. Los trabajadores de BCN y los de ICB prestan sus servicios en ese centro de trabajo de forma conjunta indiferenciada con material y equipo de propiedad de ICB, aunque algún material lo suministre BCN, si bien lo relevante es que el personal de ICB es quien ejerce las funciones directivas respecto del personal de BCN, por lo que no hay un ejercicio auténtico de potestades empresariales de BCN sobre sus trabajadores quienes están bajo la dependencia directa y real de ICB.

En fin, en cuanto al argumentario relativo a la aplicación de la ley 32.2 de La ley 22/2005 de comunicación audiovisual de Catalunya; tal precepto impone la gestión directa del servicio, sin que ello afecte en nada a lo aquí resuelto, puesto que la externalización, como sostiene la recurrente, es una opción de que goza el ente gestor del servicio, pero cuando de esa externalización se deriva una cesión ilegal -como es el caso- la aplicación del citado precepto, así como el Acuerdo 35/2008 de 18 de marzo del CAC, deviene del todo punto inocua e irrelevante en el caso de autos.

3.2.2.- Subsidiariamente: condición de indefinidos no fijos de los trabajadores ilícitamente cedidos.

La recurrente considera que se han infringido los arts.1.2, 5.1, 17.2, 19.1 y 35.4 ET en relación con los arts.14 y 103 CE , y la doctrina del TS 24 abril de 2009. La recurrente considera, en síntesis, que los demandantes deben ser incorporados a ICB como trabajadores indefinidos no fijos, dada la condición de Sociedad municipal participada al 100% por el Ayuntamiento de Barcelona que tiene ICB.

La impugnante se opone por falta de gravamen, y pide la inadmisión o subsidiariamente la desestimación; ya que la sentencia recurrida no los declara fijos, sino sólo indefinidos.

Lo cierto es tanto el Art.8.2c) y art.11.1 RDL 5/2015 de 30 de octubre , por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleo Público, la doctrina del TS, entre otras muchas: de 7 de octubre de 1996 (recurso 3307/1995), 10 de diciembre de 1996 (recurso 1989/1995), 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9864) (recurso 637/1996), 24 de abril de 1997 (RJ 1997\3498) (recurso 3581/1996), 7 de julio de 1997 (RJ 1997\6250) (recurso 3917/1996), y 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1000 y RJ 1998\1138) (dos sentencias dictadas en Sala General en los recursos 317 y 315/1997). Resoluciones, que establecieron la doctrina recogida posteriormente, en las Sentencias también de este Tribunal, de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7423) (recurso 768/1998) y de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998\8659) (recurso 766/1998); implica que los demandantes, al ejercitar la opción por su condición de indefinidos en una empresa municipal participada al 100% por el Ayuntamiento, en cumplimiento del art.43.4 ET, asumen su condición de trabajadores indefinidos; pero no de fijos de plantilla, cuestión sobre la que si bien no se pronuncia expresamente la sentencia recurrida, atañe al *iura novit curia* y por tanto, siendo la consecuencia de normas de carácter imperativo no ha de haber obstáculo alguno en estimar el motivo de recurso a fin de que tal circunstancia conste de modo indubitado, por lo que no procede ni la inadmisión, ni la desestimación, pretendidas por la impugnante.

Así lo ha entendido el TS, que en caso de cesión ilegal, en que ha estimado que cuando la opción del trabajador ilícitamente cedido se realiza para formar parte de la plantilla de una Administración pública, procede la declaración de indefinido no fijo (STS 17 septiembre 2002. RCU 3047/2001). Doctrina seguida por esta Sala, entre otras en STSJ Catalunya núm. 5809/2004 de 28 julio .



Por tanto, **procede estimar el motivo de recurso** y añadir a la condición de indefinidos que declara la resolución recurrida, la de no fijos.

3.2.3.- Subsidiariamente: aplicación del II Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual.

La recurrente considera infringidos los arts.82.3 ET , y el art.2 del Convenio de la industria de la producción audiovisual, así como la doctrina del TS (STS 17/03/2015)

La recurrente entiende producidas tales infracciones, en síntesis, porque de acordarse la existencia de cesión ilegal, el convenio aplicable en ICB sería de aplicación el II Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual.

Se opone la impugnante que pide la desestimación del motivo

El motivo ha de ser desestimado, como ya hemos razonado, pues en nuestra STSJ Catalunya núm. 6768/2016 de 18 noviembre , se aplicaron las condiciones del convenio del Ayuntamiento de Barcelona, puesto, que aún siendo el ámbito funcional de la cesionaria el propio del Convenio de la Industria Audiovisual, en realidad se aplica en la misma el de Oficinas y despachos con unas mejoras por acuerdo extraestatutario que suponen su práctica equiparación a la clasificación y tablas salariales del personal laboral del Ayuntamiento de Barcelona y, *"La norma colectiva previsiblemente aplicable a la actividad de la empresa tiene en este sentido poca relevancia por cuanto lo que importa es la situación ordinaria de un trabajador que preste los mismos, o también, equivalentes servicios en la empresa cesionaria."* Por tanto, hay que estar a las condiciones laborales de clasificación y retributivas concretas, más allá de las abstractamente aplicables en función del ámbito funcional convencional en que se enmarquen la empresa cesionaria.

Por tanto, el motivo ha de ser desestimado.

En conclusión, procede la estimación parcial del recurso de suplicación, y la declaración del carácter indefinido no fijo de los demandantes, confirmando el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida, y ello sin costas, conforme al art.235 LRJS .

CUARTO.- RECURSO DE BCN AUDIOVISUAL S.L.

La recurrente pide la revisión de los hechos probados 8º, 9º, 10, 11 y la adición de un nuevo hecho probado 12bis. y denuncia la infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia, para terminar pidiendo la estimación del recurso y la desestimación de la demanda

Se opone la impugnante, que pide la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

4.1.- Modificación de los hechos probados

La recurrente, conforme al art.193b) LRJS , pide la revisión de los hechos probados octavo, noveno, décimo, undécimo; la adición de un hecho probado duodécimo.bis, a lo que se opone en su totalidad la impugnante. Los motivos, la redacción alternativa que se propone y la justificación de la misma son idénticos a los del recurso interpuesto por **INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA PRIVADA MUNICIPAL, por lo que la solución dada a todos y cada uno de los motivos ha de ser forzosamente a lo que en el apartado 3.1 de los fundamentos jurídicos de la presente resolución, al que nos remitimos por coherencia y economía expositiva.**

Por tanto, se desestima en su totalidad la revisión de hechos postulada por la recurrente.

4.2.- Infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia.

4.2.1.- En un primer motivo de censura jurídica, el recurrente de una la infracción del art.43.2 ET , en relación con los arts.23.3 y 32.2 de la Ley 22/2005 de Comunicación audiovisual de Catalunya. La recurrente considera, en suma, que no concurren los elementos que definen la cesión ilegal de trabajadores. Para ello, emplea un argumentario similar al recurso de ICB, que ya ha resuelto la Sala en el correlativo fundamento jurídico 3.2.1 de la presente resolución.

Así, en cuanto al argumentario relativo a la aplicación de la ley 32.2 de La ley 22/2005 de comunicación audiovisual de Catalunya; tal precepto impone la gestión directa del servicio, sin que ello afecte en nada a lo aquí resuelto, puesto que la externalización, como sostiene la recurrente, es una opción de que goza el ente gestor del servicio, pero cuando de esa externalización se deriva una cesión ilegal -como es el caso- la aplicación del citado precepto, así como el Acuerdo 35/2008 de 18 de marzo del CAC, deviene del todo punto inocua e irrelevante en el caso de autos.

En un segundo orden de argumentos, el recurrente, en síntesis, sostiene que la contratista es una empresa real -cuestión que nadie discute-; que está justificada la autonomía de su objeto -cuestión también pacífica; y en fin, sostiene que BCN era la empleadora real. Este último aserto, partiendo de los hechos declarados probados,



que la recurrente no ha logrado modificar, no puede ser acogido, por idénticas razones a las ya expuestas al resolver el recurso de ICB, al que nos remitimos, por obvios motivos de coherencia y mesura expositiva (vid. FJ 3.2.1)

Por tanto, existe una cesión ilegal, y no una mera contrata de servicios articulada al amparo del art.42 ET .

En fin, la recurrente se adhiere expresamente con carácter igualmente subsidiario a las pretensiones sobre la condición de indefinidos y a los salarios, del recurso de ICB, que en buena lógica han de correr igual suerte que en aquel recurso, procediendo por ello la estimación parcial, con declaración de la condición de indefinidos no fijos de los trabajadores demandantes, y sin costas, conforme al art.235 LRJS .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por D. Donato , D. Eloy , D. Eulalio , D^a Ariadna , D. Ezequias , D. Fernando y D. Gabriel frente a la sentencia núm.315/2016, dictada el 1/09/2016 por el Juzgado de lo Social n 14 de Barcelona en los autos 1223/2014; y en consecuencia,

CONDENAMOS con carácter solidario a INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA, SPM y BCN AUDIOVISUAL SLU a abonar a cada uno de los demandantes las cantidades que, en concepto de diferencias salariales a ellos adeudadas por todo el período comprendido entre Diciembre de 2013 y Mayo de 2016 se detallan a continuación más el 10% del interés moratorio anual del art.29.3 ET :

- D. Gabriel : 30.384, 24 €
- D. Eloy : 27.018, 13 €
- D. Eulalio : 25.505.01€
- D. Donato : 22.505, 01€
- D. Fernando : 14.334, 56 €
- D. Ezequias : 25.290, 38€
- D. Ariadna : 37.197, 81 €

Confirmamos en resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Sin costas

SEGUNDO .- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por INFORMACIÓ I COMUNICACIÓ DE BARCELONA SA, SPM frente a la sentencia núm.315/2016, dictada el 1/09/2016 por el Juzgado de lo Social n 14 de Barcelona en los autos 1223/2014 y, en consecuencia declaramos la condición de indefinidos no fijos de los trabajadores demandantes; confirmando la resolución recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

Sin costas

TERCERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por BCN AUDIOVISUAL SLU frente a la sentencia núm.315/2016, dictada el 1/09/2016 por el Juzgado de lo Social n 14 de Barcelona en los autos 1223/2014, y, en consecuencia declaramos la condición de indefinidos no fijos de los trabajadores demandantes; confirmando la resolución recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .



Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.