



Roj: **STS 1969/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1969**

Id Cendoj: **28079140012020100412**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2020**

Nº de Recurso: **237/2018**

Nº de Resolución: **421/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4352/2018,**  
**STS 1969/2020**

CASACION núm.: 237/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 421/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 10 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado de la Generalitat de Cataluña, en nombre y representación de la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña, contra la sentencia dictada el 14 de junio de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en demanda en materia de impugnación de sanción núm. 10/2017, seguido a instancia de Comfica Soluciones Integrales, S.L. contra la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña.

Ha sido parte recurrida la mercantil Comfica Soluciones Integrales, S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Olga Sánchez Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación de Comfica Soluciones Integrales, S.L. presentó demanda en materia de impugnación de sanción, registrada con el núm. 10/2017, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal



Superior de Justicia de Cataluña. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia: "por la que se anule la sanción impuesta y, de forma subsidiaria, se minore la calificación a leve en su grado mínimo y, subsidiariamente, a grave en su grado mínimo".

**SEGUNDO.-** Admitidas a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de junio de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la empresa COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES, S.L. frente a la GENERALITAT DE CATALUNYA, Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies y, en consecuencia, revocamos la resolución impugnada de 23.01.17, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno de 16.10.16 en materia de cesión ilegal de trabajadores, por la que se impuso a la empresa demandante sanción administrativa por importe de 187.515,00€, dejándola sin efecto, y condenamos a la GENERALITAT DE CATALUNYA, Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias derivadas de dicha declaración. Sin costas".

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- Por Acuerdo del Govern de la Generalitat de Catalunya, de fecha 23 de Enero de 2017, se desestimó el recurso potestativo de reposición núm. RRG-3/16 formulado por la empresa COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES, S.L. (en adelante COMFICA) contra el Acuerdo aprobado por el Govern en la sesión del 18 de octubre de 2006, por el cual se impuso a la empresa una sanción de ciento ochenta y siete mil quinientos quince euros (187.515,00 €) de acuerdo con la cuantía propuesta en el acta de infracción núm. I82016000208379, levantada por la Inspección de Trabajo en materia de cesión ilegal de personas trabajadoras. Acuerdos que se dan por reproducidos, así como el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo levantada en fecha 27.05.16, todo ello, a los folios 199 a 203 vuelto (folios 204 a 208 vuelto en su traducción al idioma español), 168 a 180 y 110 a 123, respectivamente.

2º.- El Acta de infracción propuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 27.05.16, concluye que la relación de las empresas reseñadas en la misma acta -IBEREXPRESS LOGISTIC, S.L.; TELECOMUNICACIONES RIVA, S.L. e INMATEL FUSIÓN, S.L.-, que realizan su actividad en la provincia de Barcelona por cuenta de la empresa COMFICA, no puede considerarse subcontratación de obras o servicios sino que debe considerarse cesión ilegal de trabajadores ex artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (folios 110 a 123 de las actuaciones).

3º.- La Inspección de Trabajo inició su actuación, en fecha 11.03.15, mediante visita al centro de trabajo que la empresa COMFICA tiene en la C/. Industria de Castellbisbal (Barcelona), aportándose en el trámite del expediente por la empresa la documentación solicitada y que se relaciona en el Acta levantada al efecto, concluyendo la actuación inspectora en fecha 27.05.16 (folios 110 a 123 de las actuaciones).

4º.- La empresa COMFICA se constituyó en fecha 06.06.91, bajo la denominación de COMUNICACIONES DE FIBRA ÓPTICA S.L., y modificado su objeto social y denominación en fecha 18.04.18 (folio 114).

5º.- Con fecha de inicio de 01.05.12 y vigencia inicial de tres años prorrogables en los mismos términos, la empresa COMFICA suscribió contrato con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para la prestación del servicio de "bucle de cliente", consistente en la instalación y mantenimiento de forma integrada de equipos, infraestructuras y redes de telecomunicaciones en las instalaciones de Telefónica o del cliente, incluyendo las siguientes especialidades: -Obra civil, que engloba el conjunto de trabajos de excavación, demolición, construcción y mantenimiento de las infraestructuras de soporte para la red de cable de Telefónica canalizada o enterrada. -Líneas o cables, que engloba el conjunto de trabajos a realizar sobre la red de portadores de Telefónica a infraestructura de soporte de los mismos, así como las actividades complementarias, necesarias para su ejecución. -Atención al cliente, que engloba el conjunto de trabajos de instalación, mantenimiento y atención técnica de los diferentes servicios/equipos solicitados por el cliente final, a realizar en las redes de Telefónica y/o del cliente. COMFICA suministra, de conformidad al contrato, todos los materiales necesarios para la realización del trabajo encomendado y el resto es suministrado por Telefónica. El sistema de pago estipulado es por puntos que varían económicamente dependiendo del ámbito geográfico y de la clasificación de trabajo a realizar, así como de la aportación de materiales por el contratista cuando ello sea necesario. Finalmente, se establece en el contrato cláusulas de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales (folios 114/115).



**6º.-** COMFICA subcontrató con las empresas IBEREXPRESS LOGISTIC, S.L.; TELECOMUNICACIONES RIVA, S.L. e INMATEL FUSIÓN, S.L., en lo que a la parte del contrato suscrito con Telefónica se refiere la especialidad de "Atención al cliente", la instalación y mantenimiento de fibra óptica en domicilios de particulares (folios 115 a 119 de autos). Los trabajos de instalación, mantenimiento y atención técnica de los diferentes servicios/equipos solicitados por el cliente final, a realizar en las redes de Telefónica y/o del cliente, se subdividen en función del tipo de conexión ya sea de cobre u óptica, siendo por lo general los trabajos a realizar con fibra óptica los subcontratados con las empresas citadas, realizando el resto de la contrata la empresa COMFICA con personal propio (testifical).

**7º.-** La empresa IBEREXPRESS LOGISTIC, S.L. se constituyó en 14.06.00; la empresa TELECOMUNICACIONES RIVA, S.L. inició su actividad en fecha 09.14 y la empresa INMATEL FUSIÓN, S.L. se constituyó el 02.04.15. El objeto social de dichas sociedades es, entre otros, el de instalación y mantenimiento de sistemas de telefonía (folios 115 a 119 de autos).

**8º.-** El sistema de operar de las empresas subcontratadas era el siguiente: los particulares o empresas finales contactan con Telefónica de España SAU para solicitar su alta como cliente del servicio suministrado por dicha operadora o comunicar una avería necesaria de reparación o mantenimiento, lo que genera una orden de servicio que Telefónica colgaba en el sistema informático poniéndolo en conocimiento a la empresa COMFICA. A través del sistema informático, las empresas subcontratistas accedían al mismo mediante un código para conocer los clientes que se les había asignado según la zona en la que debían actuar, pudiendo rechazar los encargos, en cuyo caso se asignaban a otra empresa. En caso de aceptarlos se ponían en contacto con los clientes para acudir a su domicilio a fin de realizar la instalación o reparar la avería. El precio del trabajo realizado se fijaba con arreglo a un baremo por puntos. Si el trabajo no se hacía bien había que rehacerlo y en otro caso no se cobraba, reservándose la empresa COMFICA la facultad de comprobar que el trabajo estuviera bien hecho. El material que debían instalar era propiedad de TELEFÓNICA (por ej. routers) y acudían a recogerlo al almacén de la empresa COMFICA sito en la C/. Industria de Castellbisbal (Barcelona), sin que en dicho centro realizaran cualquier otra actividad. El resto del material necesario y herramientas que utilizaban, como fusionadoras, lápices ópticos o taladros así como la ropa de trabajo eran propiedad de las empresas subcontratadas que los adquirían de COMFICA, o bien las alquilaban a dicha empresa mediante un precio que se descontaba de la facturación global (testifical y documental obrante a los folios 153 vuelto a 166).

**9º.-** No consta que la empresa COMFICA realizara actuación alguna respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas en materia laboral, de organización y dirección del trabajo, abono de salarios o poder disciplinario, siendo responsabilidad de las empresas subcontratadas la distribución de las órdenes de servicio recibidas entre sus trabajadores. De otra parte, la empresa IBEREXPRESS presta servicios, a su vez, para otras empresas del sector de actividad de telefonía (autos de la Sala núm. 9/2017)".

**QUINTO.- 1.-** En el recurso de casación formalizado por el letrado de la Generalitat de Cataluña se consignan los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por la infracción de los artículos 43, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores

**2.-** El recurso fue impugnado por Comfica Soluciones Integrales, S.L.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la improcedencia del presente recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose el día 10 de junio de 2020 para la deliberación y votación.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** El objeto del proceso es la resolución de la autoridad laboral que impone una sanción de 187.515 euros a la empresa demandante, al apreciar la existencia de una situación de cesión ilegal de trabajadores en la subcontratación llevada a cabo por la misma con terceras empresas, en los términos que seguidamente analizaremos.

2.- El recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Cataluña de 14 de junio de 2018, actuando como órgano de instancia en el asunto 10/2017, que acoge en su integridad la demanda y deja sin efecto dicha sanción, al concluir que no hay cesión ilegal de trabajadores, sino la concertación conforme a derecho de una relación mercantil de subcontratación entre la sociedad demandante y las demás empresas, a las que ha encargado la realización de una parte de la actividad que a su vez tiene subcontratada con Telefónica de España S.A.U.

3.- Recurre en casación la Autoridad Laboral, en un único motivo al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS.

Denuncia infracción del art. 43.2 ET, para sostener que del incontrovertido relato de hechos probados se desprende la concurrencia de todos los elementos que configuran una situación jurídica de cesión ilegal de trabajadores.

El Ministerio Fiscal en su informe y la empresa demandante en el escrito de impugnación, interesan la desestimación del recurso.

**SEGUNDO. 1.-** En los antecedentes de hecho ya hemos transcrito la totalidad del relato histórico de la sentencia de instancia, de lo que interesa destacar para la resolución del recurso los siguientes:

1º) La empresa demandante suscribió contrato con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para la prestación del servicio de "bucle de cliente", consistente en la instalación y mantenimiento de forma integrada de equipos, infraestructuras y redes de telecomunicaciones en las instalaciones de Telefónica o del cliente.

2º) El contrato abarca las siguientes actividades: a) Obra civil, que engloba el conjunto de trabajos de excavación, demolición, construcción y mantenimiento de las infraestructuras de soporte para la red de cable de Telefónica canalizada o enterrada; b) Líneas o cables, que engloba el conjunto de trabajos a realizar sobre la red de portadores de Telefónica a infraestructura de soporte de los mismos, así como las actividades complementarias, necesarias para su ejecución; c) Atención al cliente, que engloba el conjunto de trabajos de instalación, mantenimiento y atención técnica de los diferentes servicios/equipos solicitados por el cliente final, a realizar en las redes de Telefónica y/o del cliente;

3º) La empresa demandante suministra todos los materiales necesarios para la realización del trabajo encomendado y el resto es suministrado por Telefónica. El sistema de pago estipulado es por puntos que varían económicamente dependiendo del ámbito geográfico y de la clasificación de trabajo a realizar, así como de la aportación de materiales por el contratista cuando ello sea necesario.

4º) La demandante subcontrató a su vez con las empresas IBEREXPRESS LOGISTIC, S.L.; TELECOMUNICACIONES RIVA, S.L. e INMATEL FUSIÓN, S.L., aquella parte del contrato suscrito con Telefónica que se refiere la especialidad de "Atención al cliente", la instalación y mantenimiento de fibra óptica en domicilios de particulares en la provincia de Barcelona, a la que se circunscribe la actuación de la Inspección de Trabajo de la que trae causa la sanción que es objeto del litigio.

5º) Los trabajos de instalación, mantenimiento y atención técnica de los diferentes servicios/equipos solicitados por el cliente final, a realizar en las redes de Telefónica y/o del cliente, se subdividen en función del tipo de conexión ya sea de cobre u óptica, siendo por lo general los trabajos a realizar con fibra óptica los subcontratados con las empresas citadas, realizando el resto de la contrata la empresa COMFICA con personal propio.

6º) La empresa IBEREXPRESS LOGISTIC, S.L. se constituyó en 14.06.00; la empresa TELECOMUNICACIONES RIVA, S.L. inició su actividad en fecha 09.14 y la empresa INMATEL FUSIÓN, S.L. se constituyó el 02.04.15. El objeto social de dichas sociedades es, entre otros, el de instalación y mantenimiento de sistemas de telefonía.

7º) El sistema de operar de las empresas subcontratadas era el siguiente: los particulares o empresas finales contactan con Telefónica de España SAU para solicitar su alta como cliente del servicio suministrado por dicha operadora o comunicar una avería necesaria de reparación o mantenimiento, lo que genera una orden de servicio que Telefónica colgaba en el sistema informático poniéndolo en conocimiento a la empresa COMFICA. A través del sistema informático, las empresas subcontratistas accedían al mismo mediante un código para conocer los clientes que se les había asignado según la zona en la que debían actuar, pudiendo rechazar los encargos, en cuyo caso se asignaban a otra empresa. En caso de aceptarlos se ponían en contacto con los clientes para acudir a su domicilio a fin de realizar la instalación o reparar la avería.

8º) El precio del trabajo realizado se fijaba con arreglo a un baremo por puntos. Si el trabajo no se hacía bien había que rehacerlo y en otro caso no se cobraba, reservándose la empresa COMFICA la facultad de comprobar que el trabajo estuviera bien hecho.



El material que debían instalar era propiedad de TELEFÓNICA (por ej. routers) y acudían a recogerlo al almacén de la empresa COMFICA, sin que en dicho centro realizaran cualquier otra actividad. El resto del material necesario y herramientas que utilizaban, como fusionadoras, lápices ópticos o taladros así como la ropa de trabajo eran propiedad de las empresas subcontratadas que los adquirían de COMFICA, o bien las alquilaban a dicha empresa mediante un precio que se descontaba de la facturación global.

9º) No consta que la empresa COMFICA realizara actuación alguna respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas en materia laboral, de organización y dirección del trabajo, abono de salarios o poder disciplinario, siendo responsabilidad de las empresas subcontratadas la distribución de las órdenes de servicio recibidas entre sus trabajadores.

10º) La empresa IBEREXPRESS presta servicios, a su vez, para otras empresas del sector de actividad de telefonía.

En esas circunstancias la autoridad laboral considera que hay cesión ilegal de trabajadores entre la demandante y aquellas otras tres empresas subcontratadas por la misma, y por ese motivo sostiene la imposición de la sanción que es objeto del litigio.

**2.-** La sentencia recurrida expone con detalle las razones que le llevan a estimar la demanda para dejar sin efecto esa sanción.

Recoge en primer lugar la doctrina establecida por esta Sala IV sobre los criterios que han de aplicarse para valorar la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores, y seguidamente explica su aplicación al concreto caso de autos, con el pormenorizado análisis de todas las circunstancias concurrentes.

Y a tal efecto destaca lo siguiente: a) Las empresas subcontratadas por la demandante no son ficticias o aparentes, sino sociedades mercantiles constituidas con años de antelación, que vienen prestando servicios para otras empresas del sector en la instalación y mantenimiento de líneas de telefonía y datos; b) Existe una justificación técnica de la contrata que conciertan con la demandante, en tanto que su objeto es la subcontratación de aquella específica parte de la actividad referida a la instalación y mantenimiento de la fibra óptica en domicilios particulares, que constituye uno de los capítulos de la más extensas actividades que su vez ha subcontratado la demandante con Telefónica; c) Las empresas subcontratadas utilizan medios propios para realizar su actividad, comprando o alquilando a la principal las herramientas e instrumentos necesarios, cuyo precio es descontado del conjunto de la facturación correspondiente al trabajo que hubiere sido correctamente realizado. Tan solo los routers, teléfonos, etc... que deben ser instalados, son facilitados por Telefónica; d) Los trabajadores de las subcontratadas realizan su actividad en los domicilios particulares de los clientes de Telefónica, que no en los centros de trabajo de la empresa demandante; e) Para lo que no es necesario contar con un aparato e infraestructura administrativa especialmente compleja, puesto que las órdenes de servicio con los datos necesarios se descargan de un sistema informático al que acceden las empresas; f) Para retirar el material que deben de instalar (routers, teléfono, etc... propiedad de Telefónica), los trabajadores acuden al almacén central de la empresa demandante con los vehículos propiedad de las empresas subcontratadas, en el que tan solo permanecen el tiempo necesario para su recogida; g) No consta que demandante intervenga en la organización del trabajo por parte de las empresas subcontratadas. Tanto en lo que se refiere a la organización (turnos de trabajo, jornada, etc), como a la distribución del trabajo concreto a realizar se refiere (cumplimiento de las órdenes u encargos de servicio girados por Telefónica), son las empresas subcontratadas las que dan las instrucciones técnicas necesarias para ello, y las que atienden a todas las obligaciones empresariales abonando los salarios, concediendo permisos o vacaciones o ejerciendo el poder disciplinario.

Tras lo que definitivamente concluye, que: "De cuanto se ha expuesto y razonado no se desprende la existencia de una cesión ilegal, pues la empresas subcontratistas son empresas reales, que tienen su propia organización y ejercen el poder de dirección respecto de sus trabajadores en el ámbito de su propia actividad empresarial sin que la empresa COMFICA intervenga en la organización y distribución del trabajo, aportan sus propios medios, unos comprados o arrendados, otros, de su propiedad como vehículos, sin realizar operativa alguna, salvo la retirada de material, en el centro de trabajo (almacén) de la empresa contratante. Como señala la sentencia de 10.01.17 del Tribunal Supremo (RJ 2017/258), "lo relevante no es a quien se presta el servicio sino quien lo organiza, dirige y responde de su prestación y cobra por ello".

**3.-** Con base en esos mismos hechos probados el recurso interesa una distinta valoración jurídica, que lleve a considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores en los términos establecidos en la resolución administrativa sancionatoria.





**TERCERO. 1.-** En la resolución de esa cuestión deberemos atenernos a la reiterada y constante doctrina de esta Sala IV en la materia, que sintetiza perfectamente la STS 17/12/2019, rcud. 2766/2017, con remisión a la de 16/5/2019, rcud. 3861/2016, de la siguiente forma:

"1.- En nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTS de 27 de octubre de 1994 y de 17 de diciembre de 2001 - rec. 3724/1993; y rec. 244/2001-).

2.- Con mucha frecuencia y en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular un acuerdo de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario en supuestos en los que la actividad que conlleva la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, como ocurre en el supuesto que resolvemos. En éstos casos la tarea de identificar los fenómenos interpositivos ilícitos se dificulta notablemente y exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva ( artículo 42 ET) y una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 ET. Para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas ( STS de 30 de mayo de 2002, Rcu. 1945/2001).

3.- No basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista, pues existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial ( STS de 12 de diciembre de 1997, Rcu. 3153/1996). El hecho de que la contratista sea una empresa real y no ficticia, no impide que pueda apreciarse la existencia de cesión ilegal ya que, no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista ( STS de 19 de enero de 1994, Rcu. 3400/92), pues "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" ( STS de 12 de diciembre de 1997, citada).

4.- Para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositivo 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. Se trata de 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. La finalidad que persigue el artículo 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 ( STS de 26 de octubre de 2016, Rcu. 2913/2014)".

2.- Tras lo que seguidamente apuntamos que: "La redacción actual del artículo 43 ET establece que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. ... En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este 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".

Con independencia de consideraciones diversas, el texto transcrito ha recogido los criterios que la jurisprudencia y la doctrina científica habían venido manejando para separar la lícita contratación de una obra o un servicio de la cesión ilegal de trabajadores; por ello su exégesis resulta sencilla, sin perjuicio de que, en su aplicación práctica haya que atender a los elementos fácticos que en cada caso se produzcan. En relación al caso que examinamos, como se desprende de los hechos probados de la sentencia recurrida y como analizaremos seguidamente, resulta evidente que el núcleo fundamental del debate se centra en determinar



si el contrato de prestación de servicios entre las empresas codemandadas se ha limitado a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; esto es, si lo único que ha aportado la empresa contratista es la puesta a disposición de la mano de obra para la empresa comitente. Como ha puesto de relieve la doctrina científica, resulta posible incurrir en una cesión prohibida tanto en el caso de faltar una auténtica entidad empresarial, como cuando a pesar de existir esta, la empresa en cuestión no actúa o funciona como tal en un supuesto concreto. Así sucede, entre otros supuestos, en los que la empresa comitente es la que, en realidad, se encarga de la actuación de la obra o servicio desde su concepción hasta su ejecución, mientras que la contratista se limita a proporcionar la mano de obra necesaria para su ejecución".

**CUARTO. 1.-** Como acabamos de exponer, lo verdaderamente determinante para establecer la eventual existencia de una cesión ilegal es analizar si las empresas subcontratadas han puesto verdaderamente en juego su propia infraestructura empresarial, o se han limitado simplemente a poner mano de obra a disposición del empresario principal bajo cuyo ámbito de organización y dirección se hubiere desarrollado la actividad de tales trabajadores.

Para despejar esa incógnita habrá que analizar las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto, con el pormenorizado análisis de los datos de juicio aportados por cada una de las partes y su adecuada valoración conforme a las reglas que rigen en materia de distribución de la carga de la prueba.

Teniendo en cuenta que la puesta en juego de tal infraestructura supone, tanto la aportación de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad, como de la estructura organizativa y de dirección que conlleva el mantenimiento de las facultades de organización y mando sobre los trabajadores que prestan servicios en la contrata.

El primero de estos elementos, que podríamos calificar como objetivo, supone la real y efectiva aportación por la subcontratada de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad: vehículos, herramientas, maquinarias, locales, infraestructura física, etc. Con una precisión, cualquiera que sea el título que permita a la subcontratada la utilización y disposición de esos medios, debe corresponder necesariamente a un negocio jurídico real y conforme a derecho, ajeno a cualquier intento de simulación o fraude con la utilización de subterfugios mediante los que se pretenda atribuir a la empresa subcontratada una titularidad dispositiva sobre tales recursos que no se ajusta a la realidad de las cosas, dirigida a encubrir la mera y simple cesión gratuita de esos medios materiales por parte de la empresa principal, o de terceras empresas interpuestas con esa misma finalidad defraudatoria.

El segundo, de naturaleza más subjetiva e intangible, está referido al verdadero ejercicio del poder empresarial. El control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad.

Estos serían los parámetros esenciales para decidir sobre la eventual existencia de una cesión ilegal de trabajadores, teniendo siempre en consideración que hay muchas actividades productivas que pueden ser objeto lícito de subcontratación y no requieren la aportación una infraestructura material especialmente relevante, en términos cuantitativos o cualitativos; que la empresa subcontratada deberá atenerse, lógicamente, a las órdenes, instrucciones y directrices generales que establezca la empresa principal que ha contratado y retribuye sus servicios; así como el hecho de que la actividad subcontratada se ejecute en el centro de trabajo titularidad de la empresa principal, o fuera del mismo.

Sin olvidar algo tan relevante como la forma y modalidad del pago del servicio por parte de la empresa principal, de lo que sin duda pueden inferirse consecuencias jurídicas determinantes para discernir si tan solo se retribuye la mera cesión de mano de obra- a lo que puede apuntar, por ejemplo, el pago de un precio por hora de trabajo-, o ciertamente se abona el precio de un determinado servicio a tanto alzado y en su integridad.

Todos esos distintos factores condicionan la singular casuística de cada caso concreto. Por ese motivo venimos reiterando la enorme complejidad que supone la comparación de supuestos, cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores en recursos de casación para la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, "ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico" ( SSTS 17/1/ 2007, rcud.4039/05;



19/5/ 2008, rcud.98/07; 13/7/2009, rcud. 1204/2008; 2/11/2009, rcud. 68/2008; 8/3/2011, rcud. 791/2010; 16/5/2017, rcud. 2960/2015).

2.- La aplicación de estos mismos parámetros al caso de autos obliga a confirmar en sus términos la sentencia de instancia, que acertadamente niega que se trate de una situación de cesión ilegal de trabajadores, tras la conjunta valoración de todas las circunstancias concurrentes.

Lo primero a destacar es que las tareas subcontratadas por la demandante no abarcan la totalidad de actividades que su vez le ha subcontratado Telefónica de España S.U, sino que se restringe a una parte singular y específica de las mismas, limitada a la atención al cliente en la instalación y mantenimiento de fibra óptica en domicilios de particulares, sin afectar a la obra civil y tendido de líneas y cables que forman parte de la totalidad de aquella contrata. Eso es precisamente lo que lleva a afirmar a la sentencia de instancia que existe una justificación técnica de la subcontrata para esa labor específica.

En lo que atañe a la aportación de la infraestructura material y de los medios productivos necesarios para el desarrollo de la actividad, la sentencia concluye motivadamente que la ejecución de esos servicios no requiere de medios materiales especialmente complejos; destaca seguidamente que los vehículos utilizados por los trabajadores en sus desplazamientos son propiedad de las subcontratadas; que el material a instalar en el domicilio de los clientes, routers, teléfonos, etc...es propiedad de Telefónica; mientras que las herramientas y los demás materiales requeridos para ejecutar la instalación, (ropa de trabajo, fusionadoras, lápiz óptico, escaleras, taladros, etc...), les han sido vendidos o alquilados por la empresa demandante, descontando su importe de la facturación de los servicios.

Es evidente que los aparatos que se instalan en los domicilios de los clientes- routers, teléfonos-, deben ser de la empresa proveedora del servicio de fibra óptica al que deben conectarse, por lo que esa circunstancia no es relevante para valorar la existencia de cesión ilegal.

Por lo demás, la ejecución de ese servicio en el domicilio del cliente no exige maquinaria ni medios materiales especiales, más allá de las pequeñas herramientas necesarias a tal efecto y de los vehículos que hayan de utilizar los trabajadores en sus desplazamientos, que ya se ha dicho que son propiedad de cada una de las empresas subcontratadas.

En cuanto a esas otras herramientas técnicas, es verdad que les son vendidas o alquiladas por la empresa demandante, pero no solo no hay indicios ni elementos de prueba que permitan considerar que esos negocios jurídicos de alquiler o compraventa puedan ser ficticios y simulados, sino, bien al contrario, se ha declarado probado el pago por las empresas subcontratadas de la correspondiente contraprestación.

En lo que se refiere al mantenimiento de las facultades organizativas y de dirección sobre la actividad de los trabajadores, la sentencia concluye rotundamente que las empresas subcontratadas mantienen en su integridad ese cúmulo de facultades que caracterizan el efectivo ejercicio del poder empresarial: organización del trabajo, gestión de turnos, vacaciones, jornada, poder disciplinario, etc..., sin que haya ningún elemento de juicio que permita considerar que la empresa principal intervenga de alguna manera en ese ámbito.

Sobre este particular añade que el sistema de gestión para la ejecución de los encargos resulta especialmente sencillo a través de la aplicación informática de la que se descargan, tras lo que cada empresa imparte las órdenes a sus trabajadores para su ejecución, así como la circunstancia de que la empresa subcontratada es libre de aceptar o rechazar cada uno de tales encargos, y de aceptarlo, se ponía en contacto con el cliente para acudir a su domicilio a fin de realizar la instalación o reparar la avería.

A lo que se añade que los trabajadores de la subcontrata no realizan su actividad en el centro de trabajo de la principal, sino que únicamente acuden a su almacén a retirar el material necesario para ejecutar la instalación en el domicilio de los clientes particulares.

Por último, el precio del trabajo realizado se fija con arreglo a un baremo por puntos y tan solo se percibe si se ha ejecutado correctamente, estando obligada la subcontratada a rehacerlo en caso necesario, con lo que tampoco es de apreciar en ese elemento la concurrencia de indicios que apunten a la cesión de mano de obra.

**QUINTO.** Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso y confirmar en sus términos la sentencia recurrida. Con imposición a la recurrente de las costas del recurso en cuantía de 1.500 euros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235. 1 LRJS.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido





desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado de la Generalitat de Cataluña, en nombre y representación de la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña, contra la sentencia dictada el 14 de junio de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en demanda en materia de impugnación de sanción núm. 10/2017, seguido a instancia de Comfca Soluciones Integrales, S.L. contra la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el Trabajo del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña, para confirmar en sus términos dicha resolución y declarar su firmeza. Con imposición a la recurrente de las costas del recurso en cuantía de 1.500 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ