



Roj: **STSJ CAT 3856/2010 - ECLI:ES:Tsjcat:2010:3856**

Id Cendoj: **08019340012010102251**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2010**

Nº de Recurso: **2865/2009**

Nº de Resolución: **1829/2010**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **AMADOR GARCIA ROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2006 - 0032832

mm

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. VERONICA OLLÉ SESE

En Barcelona a 5 de marzo de 2010

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

SENTENCIA núm. 1829/2010

En el recurso de suplicación interpuesto por Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya y Comité d'Empresa Europastry, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 28 Barcelona de fecha 22 de mayo de 2007 dictada en el procedimiento Demandas nº 783/2006 y siendo recurrido/a Europastry, S.A., Selección y Servicios Integrales, S.A., Caridad , Evangelina , Concepción , Graciela , Nicolasa y Tomasa . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCIA ROS .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Procedimientos de oficio, 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 22 de mayo de 2007 que contenía el siguiente Fallo:

"Que, desestimando la Demanda interpuesta por el DEPARTAMENT DE TREBALL I INDÚSTRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra EUROPASTRY, S. A., contra SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A., contra el Comité de Empresa de EUROPASTRY, S. A., y contra las trabajadoras Caridad , Evangelina , Concepción , Graciela , Nicolasa e Tomasa , debo absolver y absuelvo a las Empresas demandadas."

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



"PRIMERO.- Tras un Escrito de los Delegados de Personal de la Empresa EUROPASTRY, S. A. correspondientes al centro de trabajo de Calle Sant Martí de l' Erm, 6-8, de Sant Joan Despí, en el que expusieron la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, la Inspección giró visita a las 10 horas del día 27 de Marzo de 2.006 al centro de trabajo referido (con rótulo comercial exterior: "FRIPAN") en presencia de:

Estefanía , responsable de RRHH de la Empresa titular del centro: EUROPASTRY, S. A.;

Palmira , Directora de RRHH, y Fermín , responsable de zona y Delegado de la Oficina de Sabadell, de la Empresa contratista SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES S. A. (S Y S S. A.), citados por la Empresa titular;

Adela , responsable del centro y de fabricación de EUROPASTRY, S. A.;

Los tres Delegados de Personal del centro de EUROPASTRY S. A.: Mariano , Efrain y Florencio .

SEGUNDO.- El día 12 de Junio de 2.006, la Inspección Provincial de Trabajo de Barcelona extendió sendas Actas de Infracción a las Empresas EUROPASTRY, S. A. y SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A.

TERCERO.- El día 23 de Octubre de 2.006, la Directora General de Relacions Laborals de la Generalitat de Catalunya tomó el Acuerdo de que se iniciare el "Procedimiento de Oficio", conforme al Artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral .

CUARTO.- EUROPASTRY, S. A. es una Empresa de 456 trabajadores, repartidos en centros de trabajo en Sant Joan Despí, Barberà del Vallés y Rubí, con oficinas centrales en Sant Cugat del Vallés, con actividad principal de elaboración de masas congeladas alimenticias (principalmente: croissants y magdalenas). El centro de trabajo visitado por la Inspección Provincial de Trabajo es de 47 trabajadores.

QUINTO.- La fabricación de producto llevada a cabo en el centro de trabajo visitado por la Inspección Provincial de Trabajo consiste en la manipulación de la materia prima (azúcar, harina, etc.), para la elaboración de croissant y de magdalenas, y su posterior congelación, con una serie de procesos de carácter continuo a través de tolvas, cintas transportadoras, etc., en el que interviene personal de EUROPASTRY S. A.

SEXTO.- El proceso productivo implica dar forma de magdalena o croissant, respectivamente, a las distintas masas manipuladas, según corresponda, más una vigilancia y control del correcto proceso de las máquinas.

SÉPTIMO.- Al frente de este personal directo de fabricación, se encuentra Adela , quien dirige la fabricación de productos congelados.

OCTAVO.- El proceso de envasado del producto congelado consiste en un proceso de empaquetado y contador de unidades de producto por bolsa, etc) en el que el personal trabajador realiza unas funciones de:

-Colocar cajas de cartón apiladas, sin desdoblar, en la alimentación inicial.

-Controlar el correcto tránsito de producto congelado por las cintas transportadoras, que se coloca dentro de bolsas de plástico transparente; varias bolsas, a su vez, se depositan dentro de cajas de cartón. Éstas son precintadas.

-Detener la maquinaria en caso de incidencia, resolviéndola por sus propios medios o, en caso contrario, acuden a Adela para su notificación.

-Vigilar el correcto apilamiento de cajas con producto final.

-Depósito de las cajas en cámaras de congelación.

NOVENO.- Las trabajadoras que se encuentran adscritas al ámbito de envasado, ubicado en una sala de unos 100 metros cuadrados destinada a croissant y otra sala de unos 60 m.2 a magdalenas, son:

A)En plantilla de S Y S S. A.: Caridad , Evangelina , Concepción , Graciela , Nicolasa , Tomasa y Tania ;

B)En plantilla de UNIQUE INTERIM ETT SAU: Carmela , Joaquina , Sabina y Adriana .

Ninguna trabajadora de envasado pertenece a plantilla de EUROPASTRY, S.A.

DÉCIMO.- Básicamente, y con posibles cambios de adscripciones, las trabajadoras prestan servicios en los siguientes turnos de trabajo:

TURNO DE MAÑANA:

Elaboración de croissant:

Evangelina , Nicolasa , Tomasa y Tania (las cuatro, de SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A);

TURNO DE TARDE:



Elaboración de croissant:

Joaquina , Sabina (las dos, de UNIQUE INTERIM ETT, SAU) e Graciela (de SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A.);

Elaboración de magdalena:

Carmela y Adriana (las dos, de UNIQUE INTERIM ETT, SAU);

TURNO DE NOCHE:

Elaboración de croissant: Caridad y Concepción (las dos, de SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A.).

Además, pueden ser destinadas a una línea u otra en función de las necesidades productivas, fijadas en todo momento por EUROPASTRY, S. A.

UNDÉCIMO.- S Y S S. A. cuenta con tablón de anuncios propio en las salas de envasado de magdalenas y de croissants.

DUODÉCIMO.- Los vestuarios de los trabajadores de las tres Empresas son comunes.

DECIMOTERCERO.- S Y S S. A. aporta a sus trabajadoras chaqueta de lana, prendas de vestuario, zapatos, gorro y guantes.

DECIMOCUARTO.- El personal, tanto de S Y S S. A. como de UNIQUE INTERIM ETT SAU, presta servicios en jornada continua, pero con unos descansos distintos; así, resulta:

-Personal de EUROPASTRY, S. A.: 3 descansos de 10, 30 y 10 min., total 50 minutos

-Personal de S Y S S. A. y de UNIQUE INTERIM ETT SAU: 3 descansos de 5, 20 y 5 min, total 30 minutos

DECIMOQUINTO.- Fermín , responsable de zona y Delegado de la Oficina de Sabadell de S Y S, S. A., se desplaza al centro de EUROPASTRY, S. A. para contactar con su personal y con la responsable del centro, Adela .

DECIMOSEXTO.- La Coordinadora Tania controla a las trabajadoras, sus asistencias, contacta con el coordinador o responsable de plantas de S Y S, S. A. Sra Adelina (nunca presente en centro de EUROPASTRY S. A.), distribuye las vacaciones, y redacta las incidencias en nóminas.

Hay una Supervisora por turno, que puede llevar dos líneas, como es el caso de Nicolasa ; un Puesto de Jefa de Equipo (una por línea), caso de croissants o bien de magdalenas.

DECIMOSÉPTIMO.- El Servicio de Mantenimiento, la maquinaria y más materia prima y producto final son de propiedad de EUROPASTRY, S. A.

DECIMOCTAVO.- La plantilla de EUROPASTRY, S. A. cuenta con: una Encargada-Jefa de Planta, Oficiales de 1ª, Oficiales de 3ª, y Profesionales de 3ª.

DECIMONOVENO.- Las cuestiones de vacaciones, nóminas e incidencias de las trabajadoras se resuelven a través de la Coordinadora propia.

VIGÉSIMO.- En caso de falta de material, como cajas de cartón o de cinta de precinto, las trabajadoras reponen el mismo.

VIGESIMOPRIMERO.- Las trabajadoras efectúan la colocación de las cajas precintadas dentro de cámaras frigoríficas, utilizando un transpalet de EUROPASTRY, S. A.

VIGESIMOSEGUNDO.- Las incidencias de producción (como averías) son notificadas a Adela y, si procede, a Mantenimiento de EUROPASTRY, S. A.

VIGESIMOTERCERO.- La Empresa suministradora de la maquinaria y EUROPASTRY, S. A. impartieron instrucciones sobre la manipulación de la maquinaria.

VIGESIMOCUARTO.- SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A. impartió formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

VIGESIMOQUINTO.- Alguna de las trabajadoras realiza las mismas funciones, en el mismo puesto de trabajo, que con anterioridad a la contrata. Antes de ésta, pertenecía a la plantilla de EUROPASTRY, S. A.

VIGESIMOSEXTO.- Las trabajadoras de SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A. en Sant Joan Despí, en la nave de EUROPASTRY, S. A., no han estado en las oficinas de SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A. en Sabadell.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Las trabajadoras veteranas forman a las nuevas, y aquéllas ostentan Categorías Profesionales superiores por la antigüedad.

VIGESIMOCTAVO.- EUROPASTRY, S. A. tiene su domicilio social en la Plaza Xavier Cugat, 2, de Sant Cugat del Vallés, y su Mutua Laboral es ASEPEYO.

VIGESIMONOVENO.- EUROPASTRY, S. A. tiene formalizada una contrata con SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A., con domicilio social y de actividad en la Calle Pereda, Número 35, Nave 7, de Sabadell, con 371 trabajadores en alta, y su Mutua Laboral es FREMAP.

TRIGÉSIMO.- SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A. tiene formalizada una contrata con UNIQUE INTERIM ETT SAU, con domicilio social en la Calle Arequipa y con domicilio de la actividad en la Avenida Meridiana, Número 350, y Delegación de Zona en la Calle Santa Anna, Número 2, de L'Hospitalet de Llobregat, y su Mutua Laboral es FREMAP.

TRIGESIMOPRIMERO.- La Contrata entre EUROPASTRY, S. A. y SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A., de fecha de 23 de Agosto de 2.002, recoge, en su Estipulación Primera, el siguiente Objeto:

"1.- La contratista procederá al "pre-ensado y al envasado de toda la producción de bollería de artesanos mecanizados en su 1ª fase de puesta en marcha la principal en su fábrica de Sant Joan Despí.

2.- Tal envasado será efectuado por la contratista con personal y organización propios.

2.1.- Destinando para la cobertura del servicio, 1 equipo formado por 17 personas, como estructura mínima necesaria, distribuidas de la siguiente manera:

2.2.- 1 Coordinador para la supervisión e interlocución entre principal y contratista. Un equipo de 4 Supervisores y 12 envasadoras.

3.- A los efectos del presente contrato, se entiende por pre-ensado y envasado:

3.1.- Preparación y colocación del producto a envasar.

3.2.- Introducir el producto en cajas de cartón y cerrar éstas convenientemente.

3.3.- Paletizar las cajas y efectuar la entrada del producto en el almacén.

4.- A tal efecto la principal:

4.1.- Suministrará a la contratista las cajas y envolturas necesarias, con antelación suficiente y en las condiciones precisas para la buena prestación del servicio contratado.

4.2.- Colaborará en la formación técnica del personal de la contratista que se adscriba al servicio.

4.3.- Informará por escrito a la contratista de imprevistos aumentos o disminuciones significativos en la producción de bollería artesanos mecanizados que puedan afectar al volumen de empaquetado con antelación mínima de 24 horas."

En la estipulación 2ª, y como contraprestación, se fija un precio anual de 108557,75 euros, pagaderos en 5 mensualidades de 21711,55 euros desde 23.8.02 a 31.12.02; la cantidad será actualizada anualmente según I P C. La contratista facturará mensualmente.

En la estipulación 4ª, el contratista tiene las obligaciones siguientes:

"1.1.- Proceder a la prestación del servicio con personal y organización propios.

1.2.- Proveer de roa adecuada con la identificación de la contratista al personal que vaya a prestar servicios de empaquetado y del resto de medios logísticos necesarios

1.3.- Desarrollar el servicio bajo la vigilancia, control, y organización jerárquica del personal propio de la contratista, para lo cual destinará a cada uno de los equipos de trabajo un responsable y te último, de interlocutor entre la principal y la contratista

1.4.- Garantizar que el equipo humano cuente con la formación adecuada

1.5.- Recoger, elaborar y transmitir a la principal la información relativa al servicio en forma de informe diario de empaquetado

1.6.- Adecuar el equipo humano por ella empleado y, en consecuencia, el valor de la contraprestación, a las circunstancias de la producción, siguiendo las directrices que, al respecto, establezca la contratante"

Se aportaron las copias de facturas de S Y S S. A., dirigidas a EUROPASTRY, S. A., siguientes:



Fecha 31.11.06, nº 982 / SN / 244. Concepto "servicio realizado durante el mes de enero correspondiente al total de su producto envasado planta St Joan Despí, precio 0,103 euros / kg": 21.648,87 euros, más IVA, total 24.903,89 euros

Fecha 15.2.06, nº 982 / SN / 254. Concepto "servicio realizado durante 1ª quincena de febrero correspondiente al total de su producto envasado planta St Joan Despí, precio 0,103 euros / kg": 13.710,39 euros, más IVA, total 15.904,05 euros

Fecha 28.2.06, nº 982 / SN / 268. Concepto "servicio realizado durante 2ª quincena de febrero correspondiente al total de su producto envasado planta St Joan Despí, precio 0,103 euros / kg": 12.772,03 euros, más IVA, total 14.815,55 euros"

TRIGESIMOSEGUNDO.- Los Contratos de Trabajo entre S Y S S. A. y sus trabajadoras fueron suscritos:

1. Caridad , "En calidad de envasadora, contrato por obra o servicio determinado de fecha 7.1.03 para el servicio de pre-ensado en su fase 1ª de toda la producción de bollería de artesanos, mecanizado, en el turno de noche, según se recoge en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre EUROPASTRY, S. A. y S Y S sita en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, de Sant Joan Despí. Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

2. Evangelina , como envasadora de noche, contrato por obra o servicio determinado de fecha 28.7.03 cuyo objeto es "la prestación será para el recogido en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre EUROPASTRY, S. A. y S Y S para la planta de Sant Joan Despí, sita en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, firmado en Barcelona 7 / 10 / 02 y cuyo objeto consiste en el servicio de pre-ensado en su fase 1ª de toda la producción de bollería de artesanos, mecanizado, en el turno de noche. Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

3. Concepción , como envasadora, contrato por obra o servicio determinado de fecha 2.3.06 para "el externalización del envasado de los servicios de (embalaje, paletizado, y control de calidad) en cualquiera de los centros de producción y en sus distintas fases de todos sus productos (baguette 100 gr, tercio baguette, gourmet 50 gr, panecillos 50 gr, pan rústico, baguette 200 gr, viena largo, croissants,...)". Funciones del trabajador: control del proceso de embalaje, etiquetado, paletizado y control de calidad. Prestación de servicios en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, Sant Joan Despí. Cláusula de informar al trabajador que el contrato de arrendamiento de servicios se ha celebrado con EUROPASTRY, S. A. Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

4. Graciela , como envasadora de día, contrato por obra o servicio determinado de fecha 26.9.05 para "el externalización del envasado de los servicios de (embalaje, paletizado, y control de calidad) en cualquiera de los centros de producción y en sus distintas fases de todos sus productos (baguette 100 gr, tercio baguette, gourmet 50 gr, panecillos 50 gr, pan rústico, baguette 200 gr, viena largo, croissants,...)". Funciones del trabajador: control del proceso de embalaje, etiquetado, paletizado y control de calidad. Prestación de servicios en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, Sant Joan Despí. Cláusula de informar al trabajador que el contrato de arrendamiento de servicios se ha celebrado con EUROPASTRY, S. A. Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

5. Nicolasa , en calidad de supervisora, contrato por obra o servicio determinado de fecha 7.10.02 para "el servicio de envasado de la producción de bollería de artesanos, mecanizado, en su fase 1ª de puesta en marcha de la fábrica de EUROPASTRY, S. A. sita en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, Sant Joan Despí Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

6. Tomasa , en calidad de jefe de equipo, contrato por obra o servicio determinado de fecha 7.10.02 para "el servicio de envasado de la producción de bollería de artesanos, mecanizado, en su fase 1ª de puesta en marcha de la fábrica de EUROPASTRY, S. A. sita en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, Sant Joan Despí Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

7. Tania , en calidad de supervisora, contrato por obra o servicio determinado de fecha 7.10.02 para "el servicio de envasado de la producción de bollería de artesanos, mecanizado, en su fase 1ª de puesta en marcha de la fábrica de EUROPASTRY, S. A. sita en C/ Sant Martí de l' Erm, 10, Sant Joan Despí Aplicación del Convenio Colectivo de S Y S S. A.

TRIGESIMOTERCERO.- Los antecedentes obrantes en la base de datos de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL son:

A fecha 17.5.06, constan los siguientes datos respecto Nicolasa :

EUROPASTRY, S. A.: alta en período 3.11.89 a 30.6. 1.995

SERVISPA, S. A., cambio de nombre: alta en período 1.7. 1.995 a 31.12. 1.995



EUROPASTRY, S. A.: alta en período 1. 1. 1.996 a 19.6. 2.002, y de 21.6. 2.002 a 6.10. 2.002;

Tomasa :

EUROPASTRY, S. A.: alta en período 19. 7. 1.990 a 18.7. 1.993

Prestación por desempleo: 19.7. 1.993 a 18.7. 1.993

SERVISPA, S. A., cambio de nombre: alta en período 2.5. 1.995 a 31.12. 1.995

EUROPASTRY, S. A.: alta en período 12.6. 1.998 a 19.6. 1.992, y de 21.6. 2.002 a 6.10. 2.002

TRIGESIMOCUARTO.- La Empresa S Y S S. A. celebra Contratos de Puesta a Disposición con UNIQUE INTERIM ETT, SAU, que señalan:

Tipo de contrato: "obra o servicio de manipulación de bollería y pan congelado en el centro de trabajo de FRIPAN en la C/ Sant Martí de l' Erm, de Sant Joan Despí."

Características del puesto de trabajo: "calificación: peón, o envasadora; funciones: manipulación de bollería y pan congelado".

TRIGESIMOQUINTO.- Los Contratos de Trabajo de UNIQUE INTERIM ETT SAU y sus trabajadoras son:

1. Carmela , contrato de puesta a disposición, calificación requerida peón, mismo objeto que Contrato de Trabajo.

Fecha de inicio de Contrato de Trabajo: 2 de Enero de 2.006 por obra y servicio de manipulación de bollería y pan congelado en el centro de trabajo de FRIPAN en la C/ Sant Martí de l' Erm, de Sant Joan Despí.

Categoría Peón del Convenio Colectivo de S Y S S A

Objeto de manipulación de bollería y pan congelado

Prestación de servicios en S Y S S. A. en el domicilio de la Calle Pereda, Número 35, Nave 7, Sabadell

Horario según necesidad del servicio.

2. Joaquina , contrato de puesta a disposición, calificación requerida envasadora, mismo objeto que Contrato de Trabajo.

Fecha de inicio de Contrato de Trabajo: 9 de Enero de 2.006 por obra y servicio de manipulación de bollería y pan congelado en el centro de trabajo de FRIPAN en la C/ Sant Martí de l' Erm, de Sant Joan Despí.

Categoría Peón del Convenio Colectivo de S Y S S A

Objeto de manipulación de bollería y pan congelado

Prestación de servicios en S Y S S. A. en el domicilio de la Calle Pereda, Número 35, Nave 7, Sabadell

Horario según necesidad del servicio.

3. Sabina , contrato de puesta a disposición, calificación requerida peón, mismo objeto que Contrato de Trabajo.

Fecha de inicio de Contrato de Trabajo: 2 de Enero de 2.006 por obra y servicio de manipulación de bollería y pan congelado en el centro de trabajo de FRIPAN en la C/ Sant Martí de l' Erm, de Sant Joan Despí.

Categoría Peón del Convenio Colectivo de S Y S S A

Objeto de manipulación de bollería y pan congelado

Prestación de servicios en S Y S S. A. en el domicilio de la Calle Pereda, Número 35, Nave 7, Sabadell

Horario según necesidad del servicio.

4. Adriana , contrato de puesta a disposición, calificación requerida peón, mismo objeto que Contrato de Trabajo.

Fecha de inicio de Contrato de Trabajo: 2 de Enero de 2.006 por obra y servicio de manipulación de bollería y pan congelado en el centro de trabajo de FRIPAN en la C/ Sant Martí de l' Erm, de Sant Joan Despí.

Categoría Peón del Convenio Colectivo de S Y S S A

Objeto de manipulación de bollería y pan congelado

Prestación de servicios en S Y S S. A. en el domicilio de la Calle Pereda, Número 35, Nave 7, Sabadell



Las tareas de preenvasado recogidas en la contrata entre EUROPASTRY, S. A. y SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A. ya no se realizan en el momento de las actuaciones inspectoras, debido a la mecanización de la totalidad del proceso productivo, según manifestaciones de las personas entrevistadas.

11 trabajadores no pertenecen a la plantilla de EUROPASTRY, S. A., pero están incluidos en el ámbito del proceso productivo de dicha Empresa, sin distinción de funciones específicas de trabajadores de aquélla.

EUROPASTRY, S. A. aporta los medios materiales y técnicos para el desempeño de la actividad de envasado: espacio del local, maquinaria diversa, cajas de cartón, bolsas, precintos, films, latas, circuito cerrado de "safates", congelador, precintadores, envasadores, carretones, cámaras congeladoras. EUROPASTRY, S. A. controla la totalidad del proceso productivo y las trabajadoras prestan servicios de forma permanente en el centro de Sant Joan Despí bajo la dirección de sus responsables. S Y S no goza de estructura propia en juego, patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable (mantenimiento, logística, control de calidad, limpieza, etc.). En ocasiones, S Y S, S. A. acude a UNIQUE INTERIM ETT S. A. U. para cubrir necesidades que no están motivadas en los Contratos de Trabajo ni en la realidad constatada en la visita y en las manifestaciones, sin existir diferenciación de funciones entre trabajadoras. S Y S, S. A. recibe unas cantidades determinadas en factura, en función de la producción que se envasa, sin ningún otro parámetro y el importe a percibir viene fijado en la contrata (estipulación segunda, punto 1.1), pero, en la realidad, S Y S, S. A. factura por kilogramos de producto final.

S Y S, S. A. no ejerce en el centro de trabajo visitado una actividad empresarial propia, con organización, control y dirección de la actividad de sus empleados, sino que, esencialmente, se limita a poner mano de obra a disposición de otro empresario, sin contribuir con elementos personales y materiales configuradores de una auténtica estructura empresarial puesta en juego por el desempeño específico de la actividad contratada. A pesar de que la contrata entre EUROPASTRY, S. A. y S Y S, S. A. prevé una estructura de ésta en el centro de trabajo de aquélla, ésta no existe con carácter real en la fecha de la visita inspectora. S Y S, S. A. no tiene autonomía en la toma de decisiones y no puede considerarse empresario, ya que no controla efectivamente los medios indispensables para la realización de su actividad.

Se está, en principio, en presencia de una subcontratación de la propia actividad, cuando la subcontratista cuenta con patrimonio específico, incluyendo en éste los instrumentos y la maquinaria necesaria, organización y medios propios, sin que, en consecuencia, se trate de una mera ficción o apariencia. No obstante, ha de mantener la organización, el control y la dirección de la actividad, con asunción del riesgo correspondiente a su condición de empresario, y, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla.

Existe una cesión ilícita cuando la cedente no tenga una infraestructura propia e independiente, y le falte organización empresarial, siendo su objeto verdadero el de proporcionar mano de obra al auténtico empresario, quien, de esta manera, no la incorpora a su plantilla.

Existe cesión ilegal cuando no existen cuadros intermedios ni organigramas adecuados, a pesar de que sean necesarios para el trabajo a realizar; o, por el contrario, se comparten los mismos mandos y tareas; se dan órdenes por la Empresa principal a los trabajadores afectados; o se controla, por la Empresa principal, la prestación del trabajo.

De lo que se ha expuesto, se deduce que las trabajadoras de referencia prestan servicios dentro del marco organizativo y productivo de la Empresa EUROPASTRY, S. A., encontrándose bajo dependencia y siguiendo las órdenes, dentro del proceso productivo.

EUROPASTRY, S. A., Empresa cesionaria, imparte cursillos de formación a los trabajadores de la cedente, lo cual se considera un elemento de una cesión ilegal. A pesar de que la contrata indique que EUROPASTRY, S. A. colaborará en la formación del personal del contratista S Y S, S. A., en realidad es realizada por la titular.

De lo que se ha expuesto se deduce que las trabajadoras referidas prestan servicios dentro del marco organizativo y productivo de la Empresa EUROPASTRY, S. A., adscritas a sus instalaciones y empleando los medios de ésta, desempeñando las mismas funciones básicas que los trabajadores de EUROPASTRY, S. A., de los que depende el resultado final del trabajo de aquéllas.

La actividad contratada por ambas Empresas no tiene autonomía propia, ni puede tener la consideración de "contrata", como eufemísticamente se rotula en los contratos formalizados con las trabajadoras, pretendiendo, con ello, la consideración temporal de las contratas formalizadas, por cuanto se ha contratado una actividad propia, permanente y nuclear de EUROPASTRY, S. A., que desempeña la actividad productiva, en las circunstancias en que lo realiza, ya descritas, y que, de no producirse su cobertura parcial con personal ajeno, se vería obligada a cubrirlos con personal propio, por su carácter permanente.



Ha quedado constatado que la Empresa S Y S, S. A. no estaba debidamente autorizada como Empresa de Trabajo Temporal, en las fechas en que contrató a las trabajadoras relacionadas, para cederlas temporalmente a la Empresa EUROPASTRY, S. A., que es la verdadera receptora de los servicios de las trabajadoras, y que dirige, controla y ordena los trabajos de éstas, sin asumir, por el contrario, las obligaciones y responsabilidades legales inherentes a su condición de verdadero empresario."

El Acta de Infracción consta en el Expediente Administrativo.

SEGUNDO.- Se propuso la imposición de una Sanción de setenta mil Euros a cada una de las dos Empresas mencionadas.

TERCERO.- Los días 21 de Junio de 2.006 y 22 de Junio de 2.006, respectivamente, se notificaron las Actas a las Empresas responsables, a fin de que pudieran presentar el correspondiente escrito de descargos dentro del término legal.

CUARTO.- El día 12 de Julio de 2.006, la Empresa EUROPASTRY, S. A. presentó un Escrito en el que alegó, sustancialmente, lo siguiente:

El Acta de Infracción es nula al amparo del Artículo 62.1.b) de la Ley 30 / 1.992, de 26 de Noviembre, al ser la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social incompetente por razón de la materia, se ha atribuido competencias que son exclusivas del Orden Social, razón por la cual ha de paralizar su actividad y efectuar una comunicación al Juzgado, en la que se solicite la iniciación del procedimiento de oficio. El Acta es nula por apreciación errónea de las circunstancias concurrentes en la contrata, por aplicación indebida del Artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . El proceso de fabricación finaliza en el momento en que las piezas entran en el túnel de congelación y son, exclusivamente, los trabajadores de EUROPASTRY, S. A. quienes intervienen en esta fase del ciclo productivo, sujetos todos ellos al Convenio Colectivo de Masas Congeladas de la Provincia de Barcelona. Las piezas congeladas salen al otro extremo del túnel, en una sala separada donde se procede a su envasado, tareas desempeñadas por el personal de S Y S, S. A. el cual está sujeto a Convenio Colectivo propio. La función principal de estas trabajadoras es la de reponer cajas en la línea y controlar visualmente las bolsas y cajas depositadas en las cintas transportadoras, cajas que posteriormente se apilan y depositan, debidamente precintadas, en una cámara de congelación. En caso de incidencia, avisan a su coordinadora, a la supervisora o a su jefe de línea, que resuelven las incidencias. Solamente se avisa a la coordinadora y responsable de EUROPASTRY, S. A. en el caso de que sea preciso parar la línea de envasado. Las trabajadoras de S Y S, S. A. acceden al centro por una puerta independiente y tienen un área de servicios exclusiva; llevan ropa y protecciones proporcionados por su Empresa; el ordenador, el material de oficina, de farmacia, por lo tanto, resulta evidente que cuentan con estructura propia.

Los descansos se hacen separadamente, al estar sujetos los trabajadores de cada plantilla a Convenios Colectivos diferentes. El mantenimiento de la máquina lo hace EUROPASTRY, S. A., al ser de su propiedad. S Y S, S. A., especializada en recursos humanos, pertenece al grupo U S G, y, dentro de las áreas de su especialización, se encuentra el outsourcing industrial. Existen unos mandos de S Y S, S. A. que ejercen el poder de dirección y control sobre los trabajadores de envasado. Las instrucciones de la máquina de envasar fueron impartidas por la Empresa que vendió la máquina a EUROPASTRY, S. A. Entre la Empresa EUROPASTRY, S. A. y S Y S, S. A., se ha llevado a término una "externalización" de unos servicios dentro de la legalidad, con medios materiales e humanos estrictamente necesarios para cumplir el encargo. El objeto de la contrata es una actividad autónoma y real y claramente diferenciada dentro del ciclo productivo de la Empresa principal. La Empresa contratista asume el riesgo empresarial, percibe una contraprestación en función de kilogramos de producto envasado. Ha puesto en juego su propia estructura empresarial en la prestación del servicio y es una Empresa real que cuenta con infraestructura propia e independiente.

QUINTO.- El día 14 de Julio de 2.006, la Empresa S Y S, SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A., presentó un Escrito en el que alegó, sustancialmente:

Con carácter previo, señalar que se le imputa la cesión de 4 trabajadoras, de un total de 11, que pertenecen a la plantilla de una Empresa de Trabajo Temporal, y que S Y S, S. A. no puede ceder, al no ser su Empresario.

Seguidamente, efectuó alegaciones, de Nulidad del Acta de Infracción, por incompetencia de la Inspección Provincial de Trabajo, y sobre el Fondo del Asunto, similares a las de EUROPASTRY, S. A.

SEXTO.- El Expediente Administrativo incorporó también:

Informe de la Inspección Provincial de Trabajo de fecha de 30 de Mayo de 2.006.

Escrito en relación a la posible cesión ilegal de trabajadores, "externalización" fuera del Convenio Colectivo de Masas Congeladas.



Orden de servicio número I 7678 / 06.

Escrito dirigido a la Inspección Provincial de Trabajo por Don Mariano Bastos (Presidente) y Efrain y Florencio (miembros del Comité de Empresa de EUROPASTRY, S. A.).

Diligencia practicada por el Inspector de Trabajo a la Empresa EUROPASTRY, S. A.

Resolución de 24 de Noviembre de 2.004, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Empresas de Trabajo Temporal para los años 2.003 a 2.005, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de fecha de 20 de Enero de 2.005.

Convenio Colectivo del Sector de Masas Congeladas de Cataluña 2.002-2.003 y 2.004.

Ficha de Contratos de fecha de 17 de Mayo de 2.006.

Oficio dirigido al Cap de la Unitat de Relacions Laborals i Ocupació de la Inspecció de Treball.

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, y Contrato de Trabajo de la trabajadora Caridad .

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, Contrato de Trabajo, y comunicación del Contrato de Trabajo de la trabajadora Evangelina .

Contrato de Trabajo, y comunicación del Contrato de Trabajo de la trabajadora Concepción .

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, Contrato de Trabajo y comunicación del Contrato de Trabajo de la trabajadora Graciela .

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, Contrato de Trabajo y comunicación de conversión del contrato temporal en indefinido de la trabajadora Nicolasa .

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, Contrato de Trabajo y comunicación de conversión del contrato temporal en indefinido de la trabajadora Tomasa .

Hoja de Salario del mes de Febrero de 2.006, Contrato de Trabajo y comunicación de conversión del contrato temporal en indefinido de la trabajadora Tania .

Contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre EUROPASTRY, S. A. y S Y S, S. A., SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A., de fecha de 23 de Agosto de 2.002.

Diligencia practicada por el Inspector de Trabajo a la Empresa S Y S, S. A., SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S. A."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante y demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda de oficio instada por la representación letrada de la Generalitat sobre la base de sendos expedientes sancionadores, y a tenor de la cual se solicitada de la jurisdicción laboral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.2 del TRLPL , que se declarase que los hechos que recogían las actas de infracción debían ser calificados de cesión ilegal, ahora, se interpone, por el Letrado de la Generalitat, y por el Comité de Empresa de Europastry, S.A., que se allanó a la demanda originaria, sendos recursos, en los que los recurrentes vienen a coincidir en lo esencial, la infracción por aplicación indebida del artículo 43 del TRET, aunque, el primero lo hace, también del párrafo segundo de este precepto, y lo pone en relación con el artículo 8.2 del RDLeg 5/2000 del 4 de agosto porque el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social , así como la jurisprudencia y doctrina que se cita. Por parte del segundo, se añade a la censura jurídica, la relación de la norma que se indica infringida con el artículo 1 del Convenio Colectivo para empresas que fabriquen Masas Congeladas de la provincia de Barcelona. Los dos recurso fueron impugnados, el de la Generalitat, únicamente por la empresa Europastry, S.A. y el del Comité de Empresa, por la dos empresas demandadas.

SEGUNDO.- El procedimiento de oficio, que ya contaba con viejos precedentes legislativos de las Ordenes Ministeriales 7 julio y 30 septiembre 1942 y en los Decretos 11 noviembre 1943 y 13 abril 1945, aparece regulado en la forma actual, por los artículos 146 a 150, ambos inclusive, de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril.

El artículo 146 permite la iniciación del procedimiento de oficio de los tres siguientes supuestos: a) Como consecuencia «de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de



las actas de infracción... en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados»; b) Como consecuencia de los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores -la antigua ley también incluía los acuerdos de modificación de la relación laboral-; y c) Por medio «de las comunicaciones de la Autoridad Laboral a que se refiere el artículo 149. Este artículo referenciado en el apartado c), con idéntica redacción, señalan en su punto 2, que es el que aquí nos interesa, ya que la acción se halla ejercitada por esta vía:

« ... en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2 , 6 , y 10 del artículo 7 y 2 , 11 y 12 del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Estatutos de los Trabajadores , y el sujeto responsable las haya impugnado con base a alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ".

Ha de destacarse que es característica de este específico procedimiento el pretender una sentencia que, a modo de cuestión prejudicial devolutiva, en cuanto que la admisión de la demanda suspende el expediente administrativo -artículo 150.2 -, deje expedita o, por el contrario, cierre definitivamente la vía sancionadora.

Así, una vez resuelta por esta jurisdicción si la propia administración es o no competente para ejercitar su potestad sancionadora, en el caso de que la autoridad laboral dictara resolución sancionadora, ésta podría ser impugnada en vía administrativa, agotada la cual, correspondería su revisión a los Órganos del orden contencioso-Administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, en relación con el artículo 54 de la Ley 5/2000, de 4 agosto (RCL 1988\ 780), sobre infracciones y sanciones en el orden social y 19 del RD 928/98 de 14 de mayo. Por lo tanto en este tipo de situaciones no se está discutiendo o cuestionando derecho alguno de los trabajadores, que permanecen intactos, sino sólo quien debería conocer de una determinada cuestión de hecho.

En el caso que nos ocupa, según recoge el acta de Inspección de Trabajo, rúbrica la demanda, y analiza la sentencia impugnada, el objeto de la misma, únicamente descansa en el artículo 8.2 de la LISOS, por considerar que las trabajadoras afectadas lo hacían de forma prohibida para la empresa Selección y Servicios Integrales, S.A. (en adelante SYS,SA) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 del TRET, cuando lo debieran hacer directamente para la principal la empresa EUROPASTRY, S.A.

TERCERO.- En nuestro ordenamiento admite la cesión de mano de obra entre empresas, pero lo hace a través de la triangulación de la relaciones mediatas y utilizando para ello como instrumento exclusivo y excluyente a las Empresas de Trabajo Temporal, y ello, aunque se de la paradoja que sólo es posible la cesión de forma temporal, circunstancia esta que ha generado muchos problemas interpretativos, derivados principalmente de la tercerización de la economía - potenciación del sector servicios- y sobre todo por la consolidación de subcontratación como forma ordinaria de llevar a cabo cualquier actividad productiva. Por consiguiente, el problema que se suscita de forma casi reiterada, pasa siempre por determinar, en supuestos como el enjuiciado, si la técnica del "outsourcing" empleada por las dos empresas demandadas, en esos nuevos espacios donde se mueve la actividad empresarial, responde a la realidad del modelo de contrata, en el bien entendido, que toda externalización es admitida en nuestro ordenamiento a la vez que permite su justificación de la más variopintas formas, o por el contrario estamos ante un suministro de mano de obra encubierto de carácter permanente o temporal no permitido por el artículo 43 ET .

Para resolver esta cuestión, debemos acudir a la doctrina jurisprudencial y a pesar de que los criterios jurisprudenciales utilizados, son diversos, entendemos que se pueden sistematizar en tres grandes grupos: En el primero, quedarían agrupados aquellos requisitos o elementos que siendo necesarios no son suficientes para calificar una cesión de ilegal; en el segundo, nos encontraríamos a los indiciarios, y en el tercero, los que de concurrir, siempre provocarían que se calificará de cesión de ilegal. Siguiendo esta clasificación en el primero deberían integrarse todas aquellas sentencias que de un modo u otro recogen la teoría del empresario aparente con sus matizaciones posteriores - SSTS de 19 de Enero de 1994 (RJ. 1994/352); 12 de Diciembre de 1997 (RJ. 1997/9168), 14 de Diciembre de 2001 (RJ. 2002/582), 17 de Enero de 2002 (RJ. 2002/3755) y 16 de Junio de 2003 (RJ. 2003/7092) y las que allí, se citan, también, son relevantes las sentencias de 19 Enero de 1991 , (RJ 1991/58) y STS de 19 de Febrero de 1993 , (RJ 1993/1177), SSTS de 7 de marzo y 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988/1862) y (RJ 1988/6877); 16 de febrero de 1989 (RJ 1989/874); 17 de julio y de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/5688 y RJ 1993/8693) ; 31 de Octubre de 1996 (RJ 1996/8186), estas tres últimas de signo diferentes se refieren a locutorios contratados con la empresa Telefónica; STS 19 Enero de 1994 (RJ 1994/352) ; 12 de Diciembre de 1997 (RJ 1997/9315)- como las referidas a la concurrencia de conductas empresariales, o a la necesidad de tener una auténtica organización real y efectiva, en definitiva, en este primer supuesto, se incardinarian todos aquellos criterios jurisprudenciales en los si se daban de inicio



se evitaba la calificación de cesión ilegal pero no descartaban que por la concurrencia de otras circunstancias valoradas en el caso concreto se pudiese considerar que se estaba ante una cesión ilícita.

La teoría indiciaria, fruto de los nuevos fenómenos organizativos, se elaboró por nuestros tribunales, para dar respuestas a todos aquellos otros fenómenos que bordean los requisitos del anterior grupo. Esta, como no podía ser de otra manera se fijaba con más detenimiento en el supuesto concreto - STS de 12 de setiembre de 1998 (Rj 1998,6875)-, de tal forma que al valorarlo a través del análisis y concurrencia determinados factores, que individualizados no eran decisivos, podía declarar que la actividad enjuiciada era una cesión de mano de obra prohibida teniendo en cuenta en conjunto de los elementos concurrentes. Entre estos elementos, cabe destacar: la referencia a la propiedad de los útiles, equipos y maquinaria utilizados en la ejecución de la actividad, normalmente en relaciones empresariales en los que intervenían una contrata o subcontrata; los servicios ofrecidos por la empresa principal a sus empleados y, en concreto, el uso y disfrute que de ellos hacían los trabajadores de la contrata o subcontrata sometida a valoración - STS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994,352)-; la participación de los trabajadores presuntamente cedidos en actividades de formación ofertadas por la empresa principal, o de cualquier otro tipo, incluidas las deportivas o lúdicas; la coincidencia o similitud entre los trabajadores, de una y otra, en cuanto a la jornada, horario, descanso, uso de uniforme, lugar de trabajo, y salario; la forma de participación en las actividades sindicales de la empresa principal; el modo, forma y quien dirige el ejercicio del poder disciplinario, y un largo etcétera más.

En el último grupo se debería incluir todos aquellos criterios doctrinales que conforman la teoría del empresario efectivo, o la teoría que intenta determinar quien es el empresario real y efectivo, al margen de las simulaciones jurídicas que lo oculten o lo amparen. Esta nueva doctrina, bien pudiera decirse que se inicia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988,6878), pero no alcanzará su consolidación hasta la sentencia de 19 de enero de 1994, ya citada, donde se establece que para discernir entre contratas o subcontratas en general y de obras o servicio reales o ficticias, y más cuando la prestación se realiza en los locales de la empresa principal es clarificadora la STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008,1902) se debe estar a la forma y modo en que el empresario ocupa, desempeña, o gestiona su posición - STS de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/8152) y todas las que está cita. Más recientes, las SSTS de 3 de febrero 2000 (RJ 200/1600), de 27 de diciembre de 2002 (RJ 2003/1984), de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092), de 3 del octubre del 2005 (RJ) 2005/7333 , del 24 de abril de 2007 (RJ 2007/6372), de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8596)- en relación con el trabajador o trabajadores contratados. Y para ello, se deberá tener en cuenta, circunstancias tan relevantes, como:

a) La existencia de una organización adecuada, concepto que va más allá de la existencia de una empresa real, la empresa "auxiliar" debe tener capacidad para llevar a cabo la obra o servicio contratado, en definitiva debe contar con suficientes y adecuados medios materiales y personales para desempeñar el encargo cometido. En este sentido, véase, la doctrina contenida en las STS de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/8152) y todas las que está cita. Más recientes, las SSTS de 3 de febrero 2000 (RJ 200/1600), de 27 de diciembre de 2002 (RJ 2003/1984), de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092), de 3 del octubre del 2005 (RJ) 2005/7333 , del 24 de abril de 2007 (RJ 2007/6372), de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8596).

b) La asunción del riesgo de la operaciones en las que interviene, el cedente, no puede ser un mero intermediario que percibe una retribución por el simple hecho de enviar trabajadores que ha contratado independientemente del resultado de la actividad.

c) El objeto de la contrata de tal modo que la actividad que realiza la empresa auxiliar se pueda diferenciar de la empresa principal; debe examinarse quien aporta y de que forma aporta los útiles y herramientas. (STS de 25 de octubre de 1999 , de 12 de diciembre de 1997 , y la relevante sentencia de 19 de enero de 1994)

d) El lugar dónde se presta o se ejecuta la obra o servicio contratado.

e) Como se presta el servicio por los trabajadores, la solvencia - STS de 3 de octubre y de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7333 y RJ 2006/1231), de 17 de abril y 20 de julio de 2007 (RJ 2007/ 3173 y RJ 2007/6961)-, de las empresas o incluso la retribución percibida - SSTS de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/8186), de 20 de julio de 1999 (RJ 1999/6839), de 14 de setiembre de 2001 (RJ 2002/582), de 17 de enero de 2002 (RJ 2002/3755), de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092), o la de 14 de marzo de 2006 (ROJ: STS 1976/2006) Recurso: 66/2005 -, también ha sido relevante, si la empresa tiene desplazado, en el caso que comparta el mismo espacio de trabajo, un mando intermedio - STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092), sería cesión ilegal, si el mando intermedio es un delegado de la empresa contratista, y no un trabajador más de la empresa principal-

A la luz de la doctrina que nos precede, y fijados los diferentes elementos a tener en cuenta a la hora de determinar si estamos o no ante una cesión legal o ilegal, podría llevarnos a la creencia, que la apreciación de esta figura prohibida, puede realizarse de cualquier manera. Conclusión que sería errónea, pues del análisis de las sentencias que se citan, y de otras muchas que no hemos citado, se llega rápidamente a la convicción,



que todos y cada uno de los Juzgados y Tribunales que les ha tocado conocer de estos asuntos, con más o menos precisión, siguen un proceso lógico común, del que ha dado buena cuenta la doctrina científica. En esa labor que siempre está presidida por la lógica y la razón, y de la que esta proscrita todo tipo de arbitrariedad o interpretación absurda, lo primero que se debe hacer es verificar si existe o no una empresa real y, para ello se deben tener en cuenta los elementos estáticos y dinámicos, en definitiva, se debe investigar sobre la base de los indicios antes apuntados, y de llegarse a la conclusión que la empresa no existe bajo esos parámetros, el proceso se concluye, con la declaración de cesión ilegal. De existir estos elementos, que determinan la existencia de una empresa real, el paso siguiente en la comparación, pasa por establecer, si la empresa o empresas, objeto de examen, han puesto en juego para el desarrollo de su actividad mercantil medios propios, calificándose de ilegal en caso negativo. Pero si finalmente, se superan los dos anteriores filtros, el último estadio nos obligaría a examinar el modo y forma que ha ejercitado los poderes inherentes a la condición de empresario, si ha actuado como un empresario efectivo frente a trabajador o trabajadores que han denunciado la supuesta cesión ilegal.

Por tanto, de la forma que se expone, los criterios dibujados por la doctrina del Tribunal Supremo, siendo estos de notable trascendencia en la praxis judicial, también es justo reconocer que a pesar de ello, al menos hasta la reforma del artículo 43 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, operada por el RD-L 5/2006, convalidado más tarde por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, hoy por hoy, no ha sido posible construir unos límites claros entre la cesión legal o ilegal de trabajadores, al menos, en relación con la figura que tiende a encubrirla: la contratación o subcontratación de obras o servicios determinados. Las dificultades para alcanzar una respuesta concluyente, es evidente que no puede imputarse a la doctrina judicial, sino a la propia naturaleza jurídica de la cesión y, en particular de la contrata o subcontrata, que son en realidad dos especies de un mismo género. Del mismo modo, en esa indefinición, ha contribuido la regulación normativa, y, sobre todo la aparición en el mercado de nuevas prácticas empresariales, y otras no tan nuevas, pero con derivaciones más actualizadas, que obligan a la doctrina judicial a añadir nuevos supuestos al catálogo de situaciones que hasta este momento han sido sometidas a consideración de la justicia. Y entra nuevas situaciones, están, las denominadas empresas multiservicios, que bajo esta denominación, agrupan un nutrido número de empresas con un objeto plurifuncional y dedicadas a prestar todo tipo de servicios a otras empresas, que está resultando muy problemática su inclusión en sectores tradicionales de actividad en los que convencionalmente se ha parcelado y organizado nuestra economía a efectos laborales. Ya en el año 2004, un informe de la Comisión de Expertos para el Dialogo Social, ya alertaba, que este tipo de empresas habían potenciado el desarrollo de los procesos de descentralización productiva encauzando su actividad a través de la figura de la contrata y subcontratas de obras y servicios del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Su funcionamiento, de entrada, es legítimo ya que se articula en base a un objeto social muy amplio que va desde prestar servicios de una nula o escasa cualificación, muchos de los cuales carecen de un soporte material y organizativo significativo, como puede ser la mensajería, reparto, reparto de publicidad, etcétera, hasta abarcar otras actividades que requieren una cierta especialización y profesionalidad, como puede ser el procesamiento de datos informáticos.

Pero igualmente, su *modus operandi* no tiene fácil encuadre en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, por lo menos, por lo que se refiere a aquellas empresas que carecen de soporte material y organizativo de cierta importancia, sino que generan más de una duda sobre que si bajo esta nueva formulación empresarial en realidad se este intentando evitar los efectos de la prohibición del artículo 43 ET. Algún sector de la doctrina científica, ha visto en su funcionamiento un claro desafío al régimen de la cesión, hasta el punto de manifestar que las actividades que ofrecen, así como su forma de organizarse, y operar en el mercado responde más al modelo de la Empresas de Trabajo Temporal que al de las contratas o subcontratas de servicios. Situación ésta, de desregulación de mercado de trabajo, que les permite competir en desigualdad de condiciones, con las Empresas de Trabajo Temporal, al dar una respuesta más ágil a la exigencias del mercado, a la vez que pueden ofertar, al no tener que cumplir las cargas que deben soportar la ETT, con unos precios más competitivos, escenario este que reproduce fielmente y nos recuerda el de los años noventa cuando las empresas de trabajo temporal, utilizando idéntico instrumento jurídico, la contratas y subcontratas, operaban en el tráfico mercantil de forma irregular.

Con este fenómeno se está configurando un nuevo supuesto de cesión, no contemplado ni permitido por nuestro ordenamiento como es la cesión permanente de trabajadores, al poder usar de forma indefinida o temporal servicios externalizados para desempeñar funciones estructurales de la empresa que se cubren mediante las suscripción sucesiva entre la empresa cedente y cesionaria contratos de prestación de obra o servicios que tienen como consecuencia producir el mismo efectos sobre los contratos laborales. Fenómeno que debería de calificarse de cesión ilegal cuando se den los presupuestos que describe el artículo 43 ET.

Y por último, cabe recordar que Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, y más tarde, convalidado por Ley 43/2006, de 29 de diciembre modificó el artículo 43 del Texto



Refundido del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo en la redacción del precepto un nuevo apartado, que señalado con el número dos, perseguía, así lo recoge la exposición de motivos, establecer "una definición de la cesión ilegal de trabajadores" en base a la doctrina jurisprudencial citada, afirmándose, que en todo caso, con clara referencia al párrafo 1º de ese mismo precepto, se entenderá por cesión ilegal de trabajadores aquellos negocios jurídicos o operaciones mercantiles cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 1º) Que el objeto de los contratos de servicios entre empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria. 2º) Que la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia o estable. 3º) Que la empresa no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad, y 4º) o que la empresa no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

CUARTO.- Inalterado por decisión expresa de todas las partes en ese proceso, y en particular por los recurrentes, nos encontramos que las circunstancias fácticas que afectan a la presente resolución, son, en esencia las siguientes:

Europastry, S.A.: a) Europastry, S.A. cuenta con varios centros de trabajo repartidos en Sant Joan Despí, Barbera del Vallès, y Rubí; b) Es titular de los medios de producción, y de los locales, donde se ubican los diferentes centros de trabajo; c) Tiene una organización específica que se gestiona a través de las oficinas centrales del Sant Cugat del Vallès, d) Tiene una plantilla de trabajadores que asciende a 456, y concretamente, en el centro al que se ciñen estas actuaciones, están vinculados 57; e) Su actividad principal es la elaboración de masas congeladas alimenticias, para la elaboración de croissants y magdalenas, y regula los derechos y obligaciones que nacen del contrato de trabajo, en virtud del Convenio Colectivo provincial para empresas elaboradoras de masas congeladas de Barcelona.

SYS, S.A: a) Es una empresa especializada en recursos humanos, pertenece a un grupo USG, del que nada se dice o sabemos, o al menos nada al respecto ha quedado probado en estas actuaciones; b) Su actividad, es la explotación de todas aquellas actividades de outsourcing industrial, y que, se dice, en el caso presente, desarrolla en uno de los centros del que Europastry, S.A. es la titular (hecho probado 35º, en relación con el fundamento de derecho cuarto); c) Desarrolla su actividad empresarial, a través de la contratación de trabajadores con contratos por obra y servicio determinado, para que estos presenten servicios en el centro de envasado de Europastry, S.A (hecho probado 32º); d) Para llevar a cabo el proceso de pre-ensado, y el envasado de toda la producción de bollería de la empresa principal, utiliza la estructura empresarial de Europastry, S.A. (hecho probados 17º, 21º, 22º, 23º, y 35º); e) No aporta medios materiales alguno propios (excepto la roba de sus trabajadores (hecho probado 13º); f) La mano de obra la contrata o bien lo hace directamente, o a través de una ETT (hecho probado noveno); g) Con respecto a los poderes inherentes a su condición de empresario, no los ejercita la empresa Europastry, S.A, como lo demuestra: 1º) que las trabajadoras contratadas, "pueden ser destinadas a una línea u otra en función de las necesidades productivas fijadas por Europastry, S.A." (hecho probado décimo "in fine"); 2º) la jornada de trabajo es la misma que la que debe realizar los trabajadores de Europastry, S.A., no hay diferencias de funciones, aunque únicamente se diferencia en el régimen de descansos (hecho probado 14º y 35º); 3º) el responsable de la empresa SYS, S.A. se desplaza al centro para contactar con su personal y con el responsable del centro, pero no se encuentra en el mismo para dar impartir las correspondientes ordenes e instrucciones (hecho probado decimoquinto); 4º) la Coordinadora, trabajadora contratada por esta empresa, es la encargada, únicamente de controlar las asistencias de sus compañeras, distribuye las vacaciones y redacta las incidencias en las nóminas (hecho decimosexto); 5º) la empresa Europastry, S.A., es a su vez, la encargada de la formación de las trabajadoras de SYS, S.A., para el uso y manipulación de la maquinaria, y las propias trabajadoras, algunas que ya lo fueron de Europastry, S.A., son las encargadas de formar a las nuevas (hecho probado 25º y 27º); 6º) A las trabajadoras de SYS, S.A. se les aplica el convenio propio de esta empresa, cuando la actividad esta dentro de ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de empresas fabricantes de masa congelada de la provincia de Barcelona.

En consecuencia, a la vista de estas circunstancias, y del resto que se ha elevado al rango de hecho probados, podremos decir que la verificación de si estamos ante dos empresa reales, sólo se puede predicar de la empresa principal Europastry, S.A., pero, no podemos decir que lo mismo de la empresa SYS, S.A., ya que no posee una estructura empresarial que responda a dicho criterio, su actividad principal no es la fabricación de masas de bollos, sino la de recursos humanos, y no consta que haya asumido riesgo empresarial alguno. Por otra parte, no hay que obviar, que el objeto de la contrata, el preensado y envasado de los productos que fábrica la empresa principal, no permite diferenciar una actividad de otra, máxime teniendo en cuenta que el sistema de producción es continuo, se hace a través de tolvas, cintas transportadoras, etcétera, -según recoge la sentencia, en el hecho 35º donde se reproduce el acta de infracción-, y se encuentra integrado en el ámbito productivo de la empresa principal. Por lo tanto, deberíamos concluir, ya a este nivel del razonamiento, que estamos ante un supuesto de cesión ilegal.



Pero, aunque sólo sea para fortalecer ésta convicción, tampoco ha quedado acreditado que la empresa SYS, S.A. ejerciera los poderes inherentes a su condición de empresario, no había en el centro un responsable de la dirección de la empresa, este acudía de vez en cuando al centro de trabajo, dejando el poder de dirección y organización en una coordinadora, que sólo se encargada del control de las asistencias, de la gestión de las vacaciones y de aquellas incidencias que tuviera algún efecto en las nóminas, pero tanto la formación, control, y gestión del trabajo era supervisada por los responsables de la empresa principal, sólo la empresa contratista le impartió la formación en materia de prevención de riesgo, y les daba la ropa de trabajo para aparentar que pertenecían a otra empresa sus trabajadores.

Por lo tanto, como ya aventuramos en otra parte de ésta resolución, la empresa SYS, S.A. es una empresa de multiservicios que amparándose en la ambigüedad legal del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , y bajo la forma legal de la "contrata" y la figura del "outsourcing", ha pretendido eludir las rigideces que se le imponen a la Empresas de Trabajo Temporal, contratando mano de obra para ponerla a disposición de un tercero, la empresa principal, a cambio de un precio, y lo ha hecho sin asumir ningún tipo de riesgo empresarial, y sometiendo a los trabajadores contratados a peores condiciones que la que les hubiere correspondido de haber sido contratados directamente por la empresa principal o a través de una ETT.

En definitiva, como la sentencia de instancia no refleja en su fallo el resultado al que ha llegado la Sala, procede, estimar los dos recursos interpuestos, y previa revocación de la sentencia, declarar que el supuesto, sometido a consideración de la Sala estamos ante una cesión ilegal del artículo 43 del ET , tanto en su versión originaria, como en la actual y vigente, al momento de dictarse esta sentencia.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

FALLAMOS

Estimar los recursos de suplicación interpuestos por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, y por el Comité de Empresa de la empresa Europastry, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Barcelona, de fecha 22 de mayo de 2007 , en sus autos 783/06, seguidos a instancia del primero, frente a la también recurrente, EUROPASTRY, S.A., SELECCIÓN Y SERVICIOS INTEGRALES, S.A. y Caridad , Evangelina , Concepción , Graciela , Nicolasa e Tomasa , en proceso de oficio, y en consecuencia se revoca la sentencia recurrida, y se declara que los hechos que ha sido sometido a consideración de esta Sala deben ser calificados de cesión ilegal del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Sin costas.

Procédase a devolver a las recurrentes las cantidades constituidas para recurrir.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

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.

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/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.