



Roj: **STSJ LR 370/2019 - ECLI:ES:TSJLR:2019:370**

Id Cendoj: **26089340012019100145**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2019**

Nº de Recurso: **54/2019**

Nº de Resolución: **147/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE MUÑOZ HURTADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 7234/2018,**
STSJ LR 370/2019

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00147/2019

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico:

NIG: 26089 44 4 2017 0001557

Equipo/usuario: MPF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000054 /2019

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000500 /2017

RECURRENTE/S D/ña DACHSER SPAIN, S.A.

ABOGADO/A: LIDIA ARCOS GARRIDO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, TRANSPORTES AZKAR S.A. , Leoncio , TRALEM RIOJA, S.L. , FONDO DE GARANTIA SALARIAL , TRANSPORTES OLAPEMA S.L. , Marcial

ABOGADO/A: , LIDIA ARCOS GARRIDO , FRANCISCO JAVIER MARIN BARRERO , FRANCISCO JAVIER MARIN BARRERO , LETRADO DE FOGASA , , JOSE MARCOS ROMEO ROMERO

PROCURADOR: , , , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , , , ,

Sen t. N° 147/19

Rec. 54/19

Ilma. Sra. D^a. M^a José Muñoz Hurtado. :



Presidenta. :

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a once de julio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 54/19 interpuesto por la empresa DACHSER SPAIN S.A., asistida de la Letrada D^a. Lidia Arcos Garrido contra la sentencia nº 333 /18 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño de fecha 19 de diciembre de 2018 y siendo recurridos las empresas TRALEM RIOJA S.L. y Leoncio asistidas por el Letrado D. Francisco Javier Marín Barrero; TRANSPORTES AZKAR S.A. asistida de la Letrada D^a. Lidia Arcos Garrido; TRANSPORTES OLAPEMA S.L.; D. Marcial asistido del Letrado D. Marco Romero Romeo; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL asistido del Letrado de la Abogacía del Estado y el MINISTERIO FISCAL ha actuado como PONENTE LA ILMA. SRA. D^{ÑA}. M^a José Muñoz Hurtado.

ANT ECEDENTES DE HECHO

PRI MERO.- Según consta en autos, por D. Marcial se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, contra las empresas TRALEM RIOJA S.L. y Leoncio ;TRANSPORTES AZKAR S.A. ;DACHSERSPAIN S.A. ;TRANSPORTES OLAPEMA S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL en reclamación de DESPIDO.

SEG UNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 19 de diciembre de 2018, recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada TRALEM RIOJA S.L. con una antigüedad de 02.02.2004, categoría profesional de conductor, contrato indefinido a jornada completa, percibiendo una retribución neta mensual de 1.500 euros.

SEGUNDO.- La relación laboral del actor se inició el 2 de febrero de 2004 para la persona física Leoncio .

Mediante escrito público de 20 de octubre de 2006 se constituyó por D. Leoncio y su esposa, una sociedad de responsabilidad limitada bajo la denominación Tralem Rioja S.L., siendo el objeto de la sociedad el servicio de público de transportes de mercancías y cuantas actividades anexas o complementarias en relación al objeto social principal.

El 1 de junio de 2016 el trabajador paso a prestar servicios para la empresa TRALEM RIOJA S.L., reconociéndole ésta en nómina una antigüedad de 2 de agosto de 2004.

TERCERO.- A fecha 28 de septiembre de 2017 la empresa TRALEM RIOJA S.L. adeudaba al trabajador los salarios de los meses de septiembre de 2016 a agosto de 2017.

A la fecha de celebración de juicio oral la empresa adeudaba los salarios devengados desde el mes de marzo de 2017 hasta el 20 de febrero de 2018 a razón de 1.500 euros mensuales.

CUARTO.- En fecha 22 de febrero la empresa demandada notificó carta de 20 de febrero de 2018 en virtud de la cual se extinguía la relación laboral con efectos de la fecha de la carta con el siguiente contenido:

"Por medio de la presente, lamentamos comunicarle que la Dirección dc la empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de la relación laboral que le une con Vd., extinción que tiene efectos desde esta misma fecha.

Los hechos que motivan la decisión extintiva de la relación jurídico-laboral que se le comunica son la falla de trabajo para darle ocupación efectiva que se ha producido en la empresa en fecha 16 del presente mes de febrero, con carácter estructural de futuro y no coyuntural, al haber cesado en la prestación de servicios a instancia del cliente que constituía el núcleo Fundamental de la actividad de la empresa, careciendo de posibilidad de darle ocupación en el servicio a otros clientes por carecer de dichos servicios y clientes.



Todo cuanto antecede, se le traslada para su conocimiento y efectos oportunos a través de la presente, que se le remite a su domicilio por correo certificado con acuse de recibo."

QUINTO.- El empresario Leoncio contaba con 4 trabajadores en activo en febrero de 2016 y TRALEM RIOJA S.L. contaba con 1 trabajador.

En Junio de 2016 la empresa TRALEM RIOJA S.L. contaba con 6 trabajadores en activo.

En abril de 2017 el número de trabajadores se redujo a 4, pasando posteriormente a 2 en julio trabajadores, quedando finalmente solo el actor como trabajador de la empresa.

SEXTO.- El modelo 347 de relación de operaciones con terceras personas de la empresa TRALEM RIOJA S.L. del año 2017 refleja un total de 18 entidades o personas con un importe anual de 335.817,08 euros.

8 de las entidades se reflejan con la clave A correspondiente a compras realizadas por la empresa.

Con la clave B se recogen las siguientes operaciones:

- DACHSER SPAIN S.A. importe total 53.998,28 euros correspondientes al 1º, 3º, 4º trimestre del año 2017, desglosado 19.936,41 euros, 16.860,88 euros, 17.200,99 euros, respectivamente.
- TRANSPORTES VIGUERA S.A. importe anual 32.246,50 euros, 3 y 4 trimestre.
- TALLERES MAVIMA S.L. importe anual 45.980 euros 1º y 2º trimestre.
- TT DE MERCANCÍAS LOGROÑO S.L., 1º, 2º, 3º trimestre 26.934,59 euros.
- LOGROPAL S.L. 1º, 2º, 3º trimestre importe anual 4.985,20 euros.
- TRANSPORTES GTD RIOJA S.L. importe anual de 5.140,08 euros.
- TRANSPORTES OPALEMA S.L. importe anual 16.268,49 euros correspondientes al 2º trimestre.

El modelo 347 de transportes OPALEMA aparece con la clave A TRALEM RIOJA en un importe total de 16.268,49 euros. En los servicios consta con clave B:

- David con un importe en 1º trimestre 2017 de 8.69,07 euros.
- DACHSER SPAIN S.A. con un importe total 122.653,91 euros distribuidos en los cuatro trimestres del año.

SÉPTIMO.- La empresa TRALEM RIOJA S.L. es propietaria del vehículoYYN , vehículoFYH ,YYN .

El demandante utilizaba habitualmente el vehículoFYH , al menos durante el año 2017-2018.

OCTAVO.- La empresa transportes Azkar S.A. cambio su denominación a Dachser Spain S.A. por acuerdo del 28 de marzo de 2017.

La sociedad tiene por objeto social: la explotación del negocio de agencias de transportes y de comisionistas del tránsito, actividades de transporte de mercancías por vía terrestre, aérea, marítima y fluvial, tanto de ámbito nacional como internacional, de los servicios de logística y de los sistemas de información relacionados con las actividades anteriores.

NOVENO.- La empresa DACHSER SPAIN S.A. cuenta en La Rioja con un centro de trabajo dedicado a agencia de transporte.

La empresa recepciona los paquetes para reparto, gestiona su recepción y organiza el reparto. Para la realización del reparto en La Rioja no cuenta con servicios de transporte propios contratando los servicios de empresas del sector. Los vehículos utilizados para dicho transporte, propiedad de otras mercantiles, van en general rotulados con el logotipo y colores de la empresa DACHSER SPAIN. Los conductores de los vehículos utilizan un uniforme de Dachser Spain facilitado por esta empresa, así como una PDA propiedad de DACHSER SPAIN que facilita a cada conductor como medio de gestión del reparto. La organización de la ruta de reparto de cada conductor es realizada por DACHSER quien a su vez mediante el uso de la PDA se relaciona con los conductores para resolver las incidencias del reparto que surjan diariamente.

El centro de trabajo de DACHSER en La Rioja cuenta con una explanada anexa donde se guardan los vehículos que se utilizan para el transporte.

Los trabajadores acuden al centro de trabajo de DACHSER S.A. donde por dicha empresa se les facilita el reparto diario en un casillero asignado a cada conductor.

A la finalización de la jornada el actor entrega los albaranes en la empresa así como el efectivo cobrado por los portes realizados contrarembolso.



DÉCIMO.- El actor personalmente hizo entrega a la empresa DACHSER SPAIN S.A. en fecha 1 de marzo de 2018 de la PDA y ropa de trabajo que DACHSER le había facilitado para el desarrollo de su actividad.

UNDÉCIMO.- Igualmente las comunicaciones entre los encargados de Azkar y el conductor se realizaban vía contacto telefónico.

El actor trataba habitualmente con David , encargado de Azkar, constan conversaciones vía whatsapp cuyo contenido se da por reproducido.

En febrero de 2017 Javier creo un grupo general de whatsapp en la que se incluyeron a distintos conductores, denominado DIRECCION000 . La creación del grupo era para facilitar información rápida y de interés para todos.

Entre las comunicaciones se encuentran avisos sobre actuaciones de la Guardia Civil de tráfico, pero también relacionadas con el servicio. Así se el 13/02/2017 por Baltasar responsable de Azkar: *"los que recogieron la semana pasada Ignacio hermanos, IAC del sequero, que pasen esta tarde por el despacho"*.

Comunicaciones de Baltasar el 14.03.2017: *"seguimos teniendo problemas con las órdenes de recogida, no preguntamos por ellas y luego no lo decimos en oficina, y no adjuntamos la OR al igual que siguen viniendo mercancías sin identificar. Por favor tratemos de hacerlo bien"*.

31/03/2012 Javier : *" informaros que debido a una nueva ley estamos obligados a pasar toda la información de HACIENDA con CIF a de todos los envíos. Es por ese motivo que estamos obligados a solicitar esos datos en todas las recogidas, repartos o portes debidos que pasemos."*

Si tenéis cualquier duda preguntarme directamente."

5/04/2017 Javier : *"hoy descargaré todas las tarjetas de los tacógrafos, todo el que quiera que la deja esta tarde."*

24/04/2017 Javier : *"me faltan las vacaciones de algunos de vosotros. Necesito que me las deis esta semana."*

15/05/2017 Javier : *" Buenos días me siguen faltando vacaciones de alguno de vosotros, las necesito ya para cuadrar las rutas ."*

05/12/2017 Javier : *"Atención esta mañana han robado una furgoneta cargada dentro de las instalaciones de Viguera. Estaba con las llaves puestas y se la han llevado. Es importante que dejéis los camiones cerrados sin las llaves para evitar situaciones de este tipo."*

02/01/2018: David : *"me faltan las vacaciones de los siguientes repartidores: 14, 4, 18, 34, 11, 12, y el 13."*

15/01/2018: David : *" a partir de ahora es obligatorio que todos los albaranes de recogida vengán sellados con el sello que os dimos a todos os normas de Dachser, vamos a ver si lo hacemos bien."*

20/02/2018: El último mensaje que existe es: Javier te eliminó-

DUODÉCIMO .- El actor tenía asignado el número 14 como repartidor, vinculado al vehículoYYN de TRALEM RIOJA si bien los tacógrafos que llevan el nombre del actor están vinculados al vehículoFYH .

En el periodo del 4 de mayo de 2017 a 2 de agosto de 2017 el trabajador parece en las hojas de reparto como repartidor 14 con el mismo vehículo indicado pero con referencia a TRANSPORTES OPALEMA S.L. En este periodo el trabajador utilizaba el mismo casillero, realizaba la misma ruta y seguía exactamente el mismo método de trabajo indicado anteriormente. La ruta referida (Haro, Santo Domingo, Ezcaray) había sido asignada por transportes AZKAR a la empresa TRANSPORTES OPALEMA, realizando la misma el actor con el mismo vehículo de TRALEM RIOJA.

Las ordenes de trabajo de ese periodo iban referidas abajo a TRANSPORTES OLAPEMA (folios 1.391 a 1.549, las horas de impresión de control de repartos de ese mismo periodos de 4 de mayo a 2 de agosto referidas al repartidos 14 Marcial (folios 1.823 y siguientes) vienen referidas al domicilio social de TRALEM RIOJA. S.A

Las hojas de control de reparto de TRANSPORTES OLAPEMA obran a los folios 1037 y siguientes con el domicilio social de ésta empresa.

Ninguna hoja de control referida al demandante, repartidor 14, lleva referencia del domicilio social de TRANSPORTES OLAPEMA.

DECIMOTERCERO .- El 1 de agosto de 2015 la empresa TRALEM RIOJA S.L. y TRANSPORTES AZKAR firmaron un acuerdo sobre el sistema de facturación en nombre y por cuenta del prestador de servicios, dicho acuerdo obra a los folios 1.602 dándose su contenido por reproducido, y en el que se señala:

Que TRANSPORTES AZKAR S.A. y el PRESTADOR DE SERVICIOS, mantienen relaciones comerciales basadas en la mutua confianza que permite a ambas partes, en aras de la simplificación, normalización y celeridad en



sus procesos administrativos, considerar de interés que sea la propia TRANSPORTES AZKAR S.A. quien, en nombre y por cuenta de EL PRESTADOR DE SERVICIOS, materialice la facturación de los servicios prestados por éste a TRANSPORTES AZKAR S.A.

Y a tales efectos ambas partes establecen los siguientes acuerdos:

1ºel PRESTADOR DE SERVICIOS autoriza a TRANSPORTES AZKAR S.A para que expida en nombre y por cuenta del mismo, toda la facturación a que, en virtud de los usos mercantiles y normas tributarias, aquél viene obligado respecto de la prestación de servicios que efectúa a esta sociedad, incluyendo las facturas rectificativas de las anteriores.

Las prestaciones de servicios con respecto a las cuales surte efecto la presente autorización, consiste en servicios de transporte de mercancías propiedad de terceros en nombre y por cuenta de TRANSPORTES AZKAR S.A., incluida la carga, descarga, servicios de cobro y otros servicios accesorios, efectuados a partir de la fecha que consta en el encabezamiento.

....

2º las facturas expedidas por TRANSPORTES AZKAR S.A., de acuerdo con la autorización anterior, se ajustarán a las normas mercantiles y fiscales que les sean aplicables de conformidad con la legislación española y se considerarán realizadas en nombre y por cuenta del PRESTADOR DE SERVICIOS a todos los efectos. Dichas facturas expedidas por TRANSPORTES AZKAR S.A. serán los únicos documentos que acrediten en su caso, el IVA repercutido por EL PRESTADOR DE SERVICIOS y el IVA soportado por TRANSPORTES AZKAR S.A., así como el ingreso para el PRESTADOR DE SERVICIOS y el gasto e inversión para TRANSPORTES AZKAR S.A.

3º.- Las facturas las expedirá TRANSPORTES AZKAR S.A.entregando el original de las mismas EL PRESTADOR DE SERVICIOS en el plazo de un mes a partir de la fecha de su expedición..

4º.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS como sujeto pasivo que es del impuesto correspondiente y emisor de la facturación formalizada por mediación de TRANSPORTES AZKAR S.A. asume la responsabilidad del cumplimiento de las declaraciones e ingresos en la Hacienda Pública de la deuda tributaria correspondiente al IVA, sin que la sociedad TRANSPORTES AZKAR S.A., asuma responsabilidad alguna derivada de las obligaciones fiscales que aquél incumbe.

5º.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS se compromete a asumir todos los datos de la factura emitida en nombre y por cuenta del PRESTADOR DE SERVICIOS en sus libros de registro de IVA.....

6º.- La formalización de la facturación anteriormente indicada por TRANSPORTES AZKAR será libre de gastos para el PRESTADOR DE SERVICIOS que no soportará por tal concepto ningún cargo de aquellas.

DECIMOCUARTO .- El 27 de febrero de 2018 Javier remitió un correo electrónico a personal de DACHSER señalando en relación a una petición del Sr. Leoncio de facturar los servicios a una empresa.

El correo inicial señala: el proveedor el cual nos demandó su conductor y del cual hemos prescindido de sus servicios me ha mandado el correo que os envío y me ha llamado para que le facturemos el importe de este mes a una nueva empresa.

Existe una serie de contestaciones a dicho correo electrónico (folio 1645).

DECIMOQUINTO .- En fecha 14 de septiembre de 2017 se celebró acto de conciliación previo a la vía judicial que finalizó con el resultado de intentado sin efecto constando la remisión de correo certificado con acuse de recibo.

El 20 de marzo de 2018 se celebró acto de conciliación previo a la vía judicial en relación a la extinción del contrato del actor que finalizó con el resultado de sin avenencia respecto de TRANSPORTES AZKAR y respecto de TRALEM RIOJA S.L. y Leoncio intentado sin efecto por incomparecencia.

FALLO .- ESTIMO en parte la demanda presentada por don Marcial contra las empresas TRALEM RIOJA S.L., Leoncio , TRANSPORTES AZKAR S.A., DACHSER SPAIN S.A., con intervención de FOGASA y MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia:

- DECLARO IMPROCEDENTE la extinción del contrato del trabajador de fecha 20 de febrero de 2018.

- DECLARO extinguida la relación laboral con efectos del día de hoy, con derecho del trabajador a percibir una indemnización de 27.838,36 euros y los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la presente resolución.



- CONDENO solidariamente a TRALEM RIOJA S.L. y DACHSER SPAIN S.A. a abonar al trabajador las anteriores cantidades, así como la suma de 17.500 euros por salarios adeudados, cantidad que devengará los intereses moratorios del 10% anual.
- ABSUELVO a TRANSPORTES OLAPEMA S.L. y a don Leoncio de las pretensiones formuladas en su contra.
- CONDENO en COSTAS a la empresa TRALEM RIOJA S.L. incluidos los honorarios del letrado con un límite de 600 euros. "

TER CERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de Suplicación, por la empresa DACHSER SPAIN S.A., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUA RTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- El Sr. Marcial, vinculado mediante la formalización de un contrato de trabajo al Sr. Leoncio desde el 2/02/04, y a partir del 1/06/16 a Tralem SL, mercantil constituida por este último y su esposa, dedicada a idéntica actividad económica que el primero de ellos, presentó demanda en solicitud de que se declarara la extinción indemnizada de su relación laboral por incumplimiento empresarial de la obligación de abonarle puntualmente su retribución, y de la condena al pago de los salarios en cuya ineffectividad se basaba la acción extintiva.

Notificada al trabajador carta de despido con efectos al 22/02/18, el mismo impugnó judicialmente la decisión extintiva, dirigiendo ambas demandas frente a la sociedad que le tenía contratado como trabajador, la persona física a la que había estado ligado contractualmente con anterioridad, Transportes Olapema, en su condición de contratista con la que Tralem SL subcontrató servicios de su propia actividad a cuya ejecución estuvo destinado durante el periodo a que se contrae su reclamación salarial, y Dachser por su cualidad de empresa a la que había sido cedido ilegalmente.

Acumulados ambos procedimientos, el Juzgado de lo Social nº 2 dictó sentencia declarando la improcedencia del despido y extinguida la relación laboral desde la fecha de dicha resolución, condenando solidariamente a Tralem SL y a Dachser a abonar al demandante una indemnización de 27.838'36 €, así como los salarios de tramitación devengados desde el día del despido hasta el de dictado de la sentencia, y otros 17.500 € en concepto de salarios correspondientes al periodo comprendido entre marzo de 2017 y febrero de 2018.

En desacuerdo con el pronunciamiento de la anterior resolución, Dachser formaliza recurso de suplicación, estructurado en tres motivos de impugnación.

El segundo, de revisión fáctica, amparado procesalmente a través del apartado b del Art. 193 LRJS, tiene por objeto modificar el ordinal noveno, suprimir el undécimo, y añadir un hecho probado adicional al relato judicial.

El primero, articulado en régimen de subsidiariedad del anterior, de quebrantamiento de forma, por la vía del Art. 193.a LRJS, denuncia la infracción del Art. 97.2 LRJS, así como del Art. 24 CE, en relación con el Art. 248.3 LOPJ y con el Art. 120.3 de la norma fundamental.

El tercero, destinado al examen del derecho aplicado, con cobijo en el Art. 193.c LRJS, acusa la infracción, por inaplicación, del Art. 42 ET, y, por indebida aplicación, del Art. 43 del mismo cuerpo normativo.

El trabajador se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO.- A) En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL, la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación (SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional (STC 105/08, 218/06, 230/00), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09)

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por



no puestas (STS 30/06/08 , RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico (SSTS 22/12/11, Rec. 216/10)

b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar un nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo

e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho

B) 1.- Para el hecho probado noveno, en el que se deja constancia de la operativa seguida por Dachser para el reparto de mercancías en la Comunidad Autónoma de la Rioja, se propone el siguiente texto alternativo:

" La empresa recepciona los paquetes para reparto en La Rioja. No cuenta con servicios de transporte propios, subcontratando el reparto en empresas del sector. El vehículo que utilizaba Leoncio era de color blanco no identificable con Dachser. Para el reparto Dachser deja en el casillero de cada conductor las etiquetas de los paquetes a repartir. Revisados el peso y volumen de los paquetes las empresas subcontratadas deciden si pueden realizar o no la totalidad del reparto.

Dascher no tiene conocimiento de la organización de la ruta ni realiza un recorrido concreto a realizar por parte de los conductores en el reparto. La única obligación que impone es la entrega del paquete.

Los conductores cuentan con una PDA cedida a cambio de precio por parte de Dachser en el que cuando entregan el paquete escanean la etiqueta y la persona que lo escanea firma su recepción.

En el centro de trabajo de Dachser en La Rioja (en el momento en que sucedieron los hechos) no se cerraba pudiendo aparcar cualquiera.

A la finalización de la jornada el actor entrega el efectivo cobrado por los portes realizados contra reembolso"

Esta pretensión revisora se basa en:

- Respecto a la situación particular del vehículo empleado por el demandante, en las testificales practicadas de las que se deja constancia en el apartado quinto del noveno fundamento de derecho.



- La eliminación de la frase " *la realización de la ruta de reparto de cada conductor es realizada por Dachser quien a su vez mediante el uso de la PDA se relaciona con los conductores para resolver las incidencias que surjan diariamente*": a) en los documentos obrantes a los folios 1253 a 1571, en relación a los incorporados a los folios 2449 a 2606, pues en el primero de los bloques mencionados se observa que en el casillero de cada camión solo se deja la etiqueta identificativa de los paquetes cuyo reparto se propone, en la que solo se indican los datos precisos para saber si la carga cabe en el vehículo y el lugar de entrega, como son el número de bultos, el peso, el origen del paquete, el destinatario y su domicilio, evidenciando los folios 2499 y 2500 que el orden de entrega del reparto realizado el 11/03/16 no coincide con el preparado por la recurrente; b) En los folios 1574 a 1602, facturas entre Dachser y Tralem, se evidencia que ninguna de ellas tiene el mismo importe, lo que pone de manifiesto que el peso y el número de bultos no solo es importante para verificar si entra o no la preasignación, sino también porque en función de los mismos se cobra una cantidad diferente; c) La PDA solo sirve para escanear el código de barras una vez hecha la entrega, no para controlar al conductor ya que la recurrente solo encomienda a una empresa o autónomo la entrega de un paquete

- Folio 1571 bis, y folio 3 vuelto. El primero, respecto a la demostración de que las puertas de la explanada del centro de trabajo están siempre abiertas, y la misma no tiene espacio suficiente para aparcar 30 vehículos; el segundo, en cuanto expresivo de la alusión en la demanda a la ubicación del centro de trabajo en la sede social de Tralem

Las siguientes razones abocan al fracaso de la modificación fáctica propugnada:

a) En primer lugar, debemos advertir que el texto alternativo propuesto no solo persigue las finalidades que acabamos de relacionar, únicas enumeradas al desarrollar el motivo, sino que también pretende suprimir del hecho probado original los extremos relativos a la dedicación del centro de trabajo de la recurrente a la actividad de agencia de transporte, recepcionando los paquetes, gestionando su recepción y organizando el reparto; la utilización por los conductores de uniforme de Dachser y PDA propiedad de dicha compañía; la facilitación a los conductores que diariamente acuden al centro de trabajo del reparto diario en un casillero asignado individualmente a cada uno de ellos, y la entrega por el demandante al finalizar la jornada en el centro de trabajo de Dachser de los albaranes.

En relación a las anteriores circunstancias de hecho la recurrente no cita medio de prueba con virtualidad revisora que evidencie el error valorativo cometido por la Juzgadora a quo al tenerlas por probadas.

b) Dicho lo anterior, en lo que afecta a las características del vehículo utilizado por el demandante, al margen de que la prueba testifical no resulta hábil para cambiar los hechos probados en suplicación (SSTS 7/10/04, RJ 6553 ; 13/05/08, Rec. 107/07 ; 29/04/13, Rec. 62/12 ; 19/12/13, Rec. 37/13), y tampoco tiene tal virtualidad el interrogatorio de parte (STS 23/11/15, Rec. 369/14), la afirmación de que " *los vehículos ...propiedad de otras mercantiles van en general rotulados con el logotipo y los colores de la empresa DACHSER*" que la recurrente quiere suprimir, sin invocar prueba documental o pericial que refrende la equivocación en su valoración judicial al formar dicha convicción, no es en absoluto incompatible con la aseveración que se contiene en el noveno fundamento de derecho en el sentido de que " *no queda probado que en el caso de los de TRALEM RIOJA se llevara dicho logotipo*", sin que ello suponga relacionar en la narración judicial hechos ajenos al objeto del pleito y omitir aquellos que sí lo están, pues lo que se recoge en la versión judicial de los hechos, con apoyo probatorio en la testifical del Sr. Javier y el interrogatorio del representante legal de Transportes Olapema, es la regla general respecto al aspecto externo de los vehículos que realizan portes para Dachser, dejando expresa constancia en la fundamentación jurídica de que esa circunstancia no concurre en relación a los de TRALEM, lo que constituye claro signo de que judicialmente la instancia excluye expresamente que el vehículo utilizado por el Sr. Marcial estuviera rotulado con esos signos distintivos.

c) Formalmente, la recurrente no cumple el requisito legalmente exigido de identificar el concreto documento y la específica parte del mismo que evidencie el error en la valoración de la prueba cometido judicialmente al dar por probado que Dachser establece la ruta de reparto de los conductores con los que se relaciona mediante la PDA para solventar las incidencias diarias en el reparto, pues se remite en bloque a un ingente número de folios, sin ni siquiera mencionar medio de prueba alguno que revele el error fáctico denunciado respecto a los mencionados dispositivos digitales

Materialmente, las fichas de etiquetas que, tal y como se señala en el primer fundamento de derecho, han sido valoradas por la Jueza a quo conjuntamente con las de registro de reparto, la testifical del Sr. Javier y el interrogatorio del legal representante de Olapema, y las facturas emitidas por la recurrente en nombre y por cuenta de TRALEM (hecho probado 13º), no evidencian de manera concluyente cual fuera el modo de organización de la ruta de reparto de cada conductor, limitándose la recurrente a realizar meras interpretaciones valorativas de carácter personal y subjetivo de los citados documentos



d) El escrito de demanda no constituye un documento allegado al proceso con finalidad probatoria, no siendo pues medio de prueba que permita cambiar los hechos probados en suplicación (STS 24/01/96, Rec. 629/95), y la fotografía incorporada al folio 1571 bis solo revela que la puerta de la valla que rodea la explanada estaba abierta en el momento en que se tomó, sin que de ella quepa inferir sin acudir a hipótesis y juicios especulativos que ello siempre fuera así, y menos aún que dicha circunstancia excluya que los vehículos utilizados por los conductores que realizan el reparto se aparquen en tal emplazamiento, tal y como manifestó en prueba de interrogatorio de parte el representante legal de Transportes Olapema, a cuyo testimonio la Magistrada a quo ha dado prevalencia sobre el del testigo Sr. Javier , que fue quien declaró que a la explanada podía acceder cualquiera.

2.- La supresión del hecho probado 11º se sustenta, por un lado, en que el Sr. David no era encargado de la empresa, careciendo tal afirmación fáctica de base probatoria alguna, acreditando el documento incorporado al folio 133 que en 2017 era un trabajador autónomo del sector de transporte, y, por otro, en que, en caso de valorarse las conversaciones del grupo de whatsapp, la participación del actor en el mismo era residual y las escasas 7 veces que participó entre el 26/12/16 y el 20/02/18 solo en una ocasión responde a quien supuestamente le daba órdenes, sin que dicha persona estuviese en la compañía en dicha fecha, y las demás veces contesta a un número de teléfono no identificado, sin perjuicio de que en el periodo transcrito hay semanas sin conversaciones, en concreto, hay un total de 95 días laborables sin comunicación de ningún tipo, no teniendo la mayoría de las conversaciones relación con el trabajo.

Tampoco esta pretensión revisora puede merecer favorable acogida, atendiendo a las siguientes consideraciones:

a) No solo la ausencia de prueba que refrende la afirmación judicial no puede fundar la denuncia de un error de hecho en suplicación (SSTS 19/12/13, Rec. 8/2010 ; 18/07/14, Rec. 11/13), sino que además, las conclusiones de hecho que se quieren expulsar del factum, según se explica en los fundamentos de derecho primero y noveno, encuentran asiento probatorio en el documento de transcripción de mensajes que, no obstante haber sido impugnado por la parte demandada, fue refrendado por la declaración testifical del Sr. Javier , que reconoce haber creado un grupo para incidencias, y de hecho gran parte de las conversaciones están referidas a incidencias de tráfico, controles de la Guardia Civil...

b) El documento que la parte invoca solo es signo de que formalmente a efectos fiscales el Sr. David , tal y como se recoge en el hecho probado sexto, en la declaración de operaciones con terceros, hizo constar haber prestado servicios para dicha persona física durante el primer trimestre, sin embargo, dicha circunstancia no es obstativa a la existencia de una situación de pluriactividad, y tampoco acredita de forma indubitada que esa apariencia formal sea coincidente con la realidad material puesta de manifiesto en prueba de interrogatorio de parte por el representante legal de Olapema, a cuyo testimonio la Juez de instancia ha otorgado plena virtualidad probatoria, sin que la valoración judicial de dicho medio de prueba personal sea fiscalizable en suplicación por la Sala.

c) Los mensajes de whatsapp que han servido de sustento probatorio al hecho probado que se quiere eliminar, [que previa exhibición del teléfono móvil del trabajador, fueron objeto de cotejo por el LAJ (folio 1209)], no tienen la naturaleza de prueba documental, sino de medio técnico de reproducción de palabras sonidos e imágenes (Art. 299.2 LEC), habiendo reconocido el propio Sr. Javier al ser interrogado como testigo ser el creador de dicho grupo para comunicar a los participantes en el chat posibles incidencias, y corroborado su existencia el representante legal de Olapema en prueba de interrogatorio de parte, por lo que, no estando ninguno de los tres medios de prueba mencionados sujetos a reglas tasadas de valoración judicial, sino que se atribuye al Juez de Instancia la libre facultad de valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica (Arts. 382.2 , 376 y 316 LEC respectivamente), y careciendo todos ellos de eficacia para cambiar los hechos probados en suplicación, no es dable apreciar el error valorativo denunciado por la recurrente, mediante unos alegatos que se limitan a exponer su personal juicio crítico respecto a las conclusiones fácticas que de tales medios de prueba ha extraído la Magistrada de Instancia.

3.- El nuevo hecho probado con que se quiere enriquecer el relato judicial dice así:

"El arrendamiento de los servicios de Tralem Rioja se mantuvo en un volumen similar durante todo el año, salvo el periodo comprendido entre el 4 de mayo y 2 de agosto en que no se prestaron servicios directamente para Dachser"

Esta adición fáctica también va a ser rechazada, habida cuenta que, nuevamente, desde el prisma formal, la parte se remite en bloque a los documentos obrantes a los folios 1574 a 1601, y 1650 a 2000.

En el plano material, ya figura en el ordinal sexto el importe de la facturación de Tralem a Dachser declarada fiscalmente en el año 2017, lo que hace innecesaria, por superflua, la reiteración de dicho dato, del que no cabe



extraer, sin acudir a especulaciones y conjeturas, que las ausencias del demandante fueran cubiertas por otro trabajador designado por Tralem, que es la conclusión a la que nos quiere hacer llegar la recurrente, tal y como se indica a la hora de justificar la trascendencia decisoria de la revisión que examinamos.

Por otra parte, el primer inciso del texto propuesto contradice abiertamente la afirmación fáctica contenida en el noveno fundamento de derecho en el sentido de que no existe contrato de arrendamiento de servicios entre Tralem y Dachser, sino solo un documento en virtud del cual es la propia Dachser la que se encarga de realizar toda la facturación en nombre de Tralem

TERCERO.- Los quebrantamientos de forma originadores de indefensión determinantes de la nulidad de sentencia de instancia que se imputan a dicha resolución, son esencialmente tres: a) Haber valorado los mensajes de whatsapp que fueron impugnados en cuanto a su autenticidad y contradichos en cuanto a su contenido por los dos testigos que depusieron en el plenario, sin que se den ninguno de los cuatro requisitos que, conforme a la STSJ Galicia 28/01/16, son precisos para poder otorgarles virtualidad probatoria; b) El rechazo generalizado a valorar la prueba practicada a instancias de la recurrente, materializado en haber alcanzado de las testificales de los Sres. Javier y Jacobo las siguientes conclusiones plasmadas en los ordinales noveno y undécimo que no concuerdan con lo declarado por los testigos: i) Que Dachser facilitaba una PDA a los conductores cuando el Sr. Javier dijo que había un contrato de cesión de su uso a Tralem que no solo pagaba por su utilización sino que la facilitaba a sus empleados; ii) Declarar probado que la organización de la ruta la realiza Dachser, sin que ninguno de los testigos efectuara tal aseveración, pues según indicó el testigo Sr. Jacobo lo que hacía la recurrente era una preasignación de paquetes, tras cuya visualización él decidía si llevaba el pedido o no; iii) Tener por acreditado que en el centro de trabajo de Dachser se guardan los vehículos utilizados para el transporte, no obstante haberse declarado que la puerta estaba abierta y aparcaba quien quería; iv) Atribuir al Sr. David la categoría de encargado, negada por los dos testigos, sin que documento alguno sustente dicha circunstancia, salvo el listado de participantes en el grupo de whatsapp elaborado unilateralmente por el demandante para su aportación al proceso; c) La ausencia de motivación de la convicción.

A) La convicción fáctica debe ser motivada, pues así lo impone, en el plano de la legalidad ordinaria, el Art. 97.2 LRJS, y, desde la perspectiva constitucional, el Art. 120.3 CE, sirviendo dicha exigencia, integrada en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio, y, como elemento preventivo de la arbitrariedad, aunque la misma no debe ser entendida en el sentido de que coarte la libertad del Juez en la formación de su convicción o de que le imponga una extensa y prolija redacción, sino que, en términos generales, basta con que la motivación fáctica sea suficiente, considerándose satisfecho ese deber de motivación cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia se expresan las razones por las que se ha llegado a la conclusión fáctica plasmada en el relato histórico, explicando el proceso de deducción lógica seguido para alcanzar la convicción judicial. (SS 12/07/05, RJ 7328; 18/05/05, RJ 8930; 11/12/03, RJ 04/2557)

En cuanto a ese deber de motivación, la doctrina constitucional ha declarado reiteradamente que aunque no existe obligación de que el órgano judicial realice un pronunciamiento explícito sobre la eficacia probatoria que le merece cada uno de los medios de prueba sí es necesario que especifique el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (STC 126/2013), conculcándose la exigencia de motivación que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando, por la relevancia de las pruebas practicadas, es necesario un análisis suficiente para satisfacer el derecho de la parte a conocer las razones determinantes de la desestimación de su pretensión y el órgano judicial no ofrece una respuesta o valoración tácita de las mismas que permita tener conocimiento de las razones por las que se ha descartado su eficacia y virtualidad probatoria (STC 9/15)

B) En nuestro sistema jurídico procesal y en relación con la prueba rige el principio de adquisición procesal según el cual las pruebas una vez practicadas no son de la parte, sino del Juez, quien tiene la facultad de valorarlas todas por igual o unas con preferencia a las otras siempre que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria, (STS 31/05/90, RJ 4524; SSTC 55/84, 145/85; ATC 518/85), pudiendo quebrantarse el principio de igualdad de armas en el momento de la valoración de la prueba, bien por una defectuosa utilización de las reglas rectoras de la carga de la prueba (STC 140/1994), bien por prescindir de la contemplación racional de la prueba de una de las partes (STC 63/1993), pero no cuanto por el órgano judicial de instancia se toman en consideración todos los medios ofrecidos a su consideración por ambas partes y se fundamenta adecuadamente la convicción (STS 10/11/99, RJ 9113)

C) En relación a la valoración de la prueba, en su interpretación del Art. 24 CE, la doctrina constitucional también ha elaborado la doctrina del error patente ligado a aspectos fácticos, "error facti", señalando que concurre dicho vicio originador de indefensión, cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto de hecho que resulta erróneo a la luz de un medio de prueba válidamente incorporado a las actuaciones, cuyo contenido



no ha sido tomado en consideración, (SSTC 29/05, 211/09), siendo necesario para que el Art. 24 CE resulte quebrantada por tal causa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el error ha de ser determinante para la resolución adoptada, en el sentido de que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo; b) Para que el error esa patente ha de ser inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia (STC 55/01)

D) El discurso impugnatorio de la recurrente no puede ser aceptado por la Sala, por su absoluta inconsistencia y falta de solidez.

En efecto, en el primer fundamento de derecho de la sentencia de instancia, la Jueza de Instancia explicita de manera absolutamente ejemplar y pormenorizada los medios de prueba en los que descansa la convicción consignada en cada uno de los hechos probados que conforman el histórico, lo que excluye que se haya producido cualquier infracción del deber de motivación fáctica que impone el Art. 97.2 LRJS y gratuitamente se reprocha a la resolución recurrida.

La crítica relativa a la obtención de las conclusiones fácticas plasmadas en los hechos probados 9º y 11º prescindiendo de la ponderación de los medios de prueba practicados a instancias de quien recurre, carece de base alguna, como fácilmente se advierte a la vista de que los medios probatorios de carácter personal de continua cita han sido objeto de expresa valoración judicial sirviendo de soporte a los hechos probados undécimo y noveno, centrándose la línea argumentativa de la recurrente, más que en denunciar cualquier infracción procesal causante de indefensión, en mostrar su plena discrepancia con el convencimiento fáctico alcanzado por la Juzgadora a quo, pretendiendo sustituirlo por el que extrae de su personal y subjetivo criterio valorativo, sin que tampoco esa queja vaya acompañada de la denuncia de cualquier infracción de las normas reguladoras de las reglas de valoración de los medios de prueba de cuya apreciación judicial se discrepa, salvo la cita de una sentencia del TSJ de Galicia, que, conforme al Art. 1.6 CC , no constituye Jurisprudencia vinculante para esta Sala. (SSTS 25/09/13, Rec. 3/13 ; 16/07/14, Rec. 2141/13)

Finalmente, señalaremos que, descartado que judicialmente se haya incurrido en cualquier error valorativo, por las razones ya explicitadas al examinar el motivo de revisión fáctica, a las que nos remitimos, dándolas por reproducidas, lo que advertimos es que la Juzgadora a quo, en el ejercicio de sus facultades de libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, [y no *"en base a la valoración de criterios como la intuición subjetiva "* como infundadamente se le reprocha en el escrito de formalización], ha efectuado una valoración probatoria impecable y extensamente motivada que no merece reproche alguno desde la óptica de la legalidad ordinaria ni de la constitucional, y es la parte recurrente la que pervierte interesadamente las declaraciones del testigo y el representante de una de las codemandadas al ser interrogados en el acto del juicio, tratando estérilmente de suplantar la convicción judicial por la suya propia teñida de parcialidad.

En consonancia con lo previamente razonado, también este motivo de impugnación decae.

CUARTO.- En el noveno fundamento de derecho, la sentencia de instancia concluye que el demandante ha sido objeto de tráfico prohibido de mano de obra por parte de su empleadora formal TRALEM a DACHSER, toda vez que era esta última la que actuaba como empresario dirigiendo y controlando su actividad profesional, limitándose la primera a poner a su disposición al propio trabajador y un vehículo.

En el motivo de censura, la recurrente combate la decisión del Juzgado defendiendo la existencia de una lícita subcontratación, con la siguiente batería de argumentos: a) Los servicios han sido prestados con los medios materiales de Talem, que era la que tomaba las decisiones relativas al horario, vacaciones, permisos y descansos del trabajador; b) Dachser no impartía instrucción alguna al trabajador, que tampoco participaba activamente en el grupo de whatsapp, sino que al haber subcontratado una actividad de transporte se limitaba a indicar el paquete que había que llevar y el lugar donde había de entregarse; c) La facturación de Talem es variable calculándose en función de los paquetes transportados y su peso; d) El contrato es notoriamente anterior a la constitución de la persona jurídica y la subrogación del trabajador no limitándose pues los servicios prestados a los del actor; e) La única información que transmite Dachser es la estrictamente necesaria para que se pueda realizar el transporte conforme a la legislación vigente; f) La contrata tiene plena justificación técnica y su objeto total autonomía, pues el trabajador se ha limitado a realizar las funciones inherentes a la actividad externalizada que está perfectamente acotada y delimitada.

A) Desde la óptica de nuestro derecho positivo, en su redacción tras la reforma operada por la Ley 43/06, el Art. 43 ET dispone textualmente:

"1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.



2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

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

B) El concepto legal de cesión ilegal de trabajadores lo establece el apartado primero del precepto con un alcance general incluyendo dentro del mismo cualquier práctica empresarial consistente en la puesta a disposición de mano de obra sin seguir el único cauce arbitrado al efecto (empresas de trabajo temporal), o recurriendo al mismo pero para supuestos distintos de los legalmente autorizados.

La intensificación del proceso de descentralización productiva y la proliferación de empresas dedicadas a la prestación de servicios que pretenden eludir el régimen jurídico de la ETT, constituyen un fenómeno cada vez más frecuente en nuestra realidad social y económica, que es susceptible de generar el aumento de conductas abusivas y contrarias al espíritu y finalidad de la norma, motivo por el que con la reforma se han positivizado los criterios que la jurisprudencia había venido utilizando para identificar la cesión ilegal, singularizando determinados supuestos en los que se percibe con evidencia.

En tal sentido, el apartado 2 del art. 43 ET, establece que, "en todo caso", se considerará que existe cesión ilegal cuando concorra "alguna" de las circunstancias alternativas que enumera, delimitando los tres criterios principales que deben aplicarse para dilucidar si el trabajo se presta en régimen de subcontratación o de cesión.

La redacción de este apartado no puede interpretarse en el sentido de que el legislador haya querido introducir una noción de cesión ilegal más restringida que la amplia formulada en el primero, y tampoco como que se haya pretendido establecer una enumeración limitativa de las circunstancias determinantes de esa figura. La exégesis de la norma siguiendo un criterio gramatical y finalista conduce a la conclusión de que el objetivo del legislador reformista es facilitar su aplicación y reforzar la seguridad jurídica fijando unos criterios generalizables, que coadyuvan al establecimiento de perfiles y límites claros y definidos entre los supuestos de subcontratación lícita de servicios en la que están implicados los trabajadores como empleados de una empresa contratista y aquellos en que ese negocio encubre el suministro ilícito de mano de obra proscrito por el art. 43 del mismo Texto legal.

De lo anteriormente expuesto resulta que si bien la reforma de 2006 no ha supuesto una modificación del concepto de cesión ilegal, ha producido tres importantes efectos:

a) Con el texto vigente, la prueba de alguna de las circunstancias relacionadas en el art. 41.2 LET, que el legislador considera claramente indicativas de la cesión, será suficiente para declarar su existencia, si bien para la determinación de su concurrencia, en ocasiones habrá de acudir al método indiciario.

b) Permite reconducir y encuadrar los diferentes indicios y contraindicios de cesión valorados por la jurisprudencia, en una de las tres situaciones que describe, favoreciendo con ello el ejercicio de la acción y el adecuado enjuiciamiento de las situaciones de cesión ilegal.

c) No excluye la ponderación y valoración de otros criterios complementarios cuya aplicación, a diferencia de los legales, no determinará por sí misma la existencia de la cesión ilegal, sin perjuicio de que puedan llevar a tal conclusión, o reforzar la extraída a partir de las pautas legales.

C) Jurisprudencialmente, copiosa doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha sentado los siguientes principios en cuanto a la figura del tráfico prohibido de mano de obra o cesión ilegal de trabajadores (SS 4/03/08, Rec. 1310/07 ; 25/06/09, Rec. 57/08 ; 8/03/11, Rec. 791/10 ; 27/01/11, Rec. 1.784/10 y en las más recientes de 4/07/12, Rec. 967/11 , 11/07/12, Rec. 1591/11 y 5/11/12, Rec. 4282/11):

1.- Como regla general el legislador autoriza la externalización de la producción, amparando el Art. 42 ET) la licitud de la subcontratación empresarial con un tercero de la ejecución de una parte de su actividad suficientemente diferenciada, y ello, tanto respecto a las actividades nucleares o inherentes a su ciclo productivo como en cuanto a las meramente complementarias.



Pero la validez de dicha descentralización productiva se supedita a que la subcontratación sea tal y la empresa principal se limite a recibir el resultado de la actividad ejecutada por la contratista, aportando esta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, por lo que, cuando ello no es así y es la primera de ellas la que asume el control y organización de los trabajadores de la segunda que no compromete su estructura empresarial, la contrata se desnaturaliza y constituye una cesión ilegal de mano de obra prohibida por el Art. 43 ET .

2.- La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías y derechos de los trabajadores, pero ello no implica que dicho fenómeno solo pueda producirse a través de empresas ficticias e insolventes, sino que también puede darse entre empresas reales.

3.- Pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido, sino que resulta suficiente con que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual en la posición contractual propia del empresario se sitúa quien en realidad no la tiene.

4.- Por tanto, lo relevante a efectos de la cesión no es que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias, sino el hecho de que en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se hayan puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio.

5.- En la apreciación de la figura de la cesión ilegal, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, por lo que, aunque el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

6.- Ante las dificultades que entraña establecer la línea divisoria entre la descentralización productiva lícita (empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición) y una situación de prestamismo laboral, sobre todo en los supuestos en que la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, para determinar si bajo la apariencia formal de una contrata subyace una cesión ilegal, es necesario valorar casuísticamente las circunstancias específicas y particulares que en cada supuesto 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, siendo elementos a tomar en consideración para establecer dicha distinción, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia o estructura productiva.

D) La censura jurídica formulada está indefectiblemente abocada al fracaso, pues la misma se construye sobre unas premisas fácticas ajenas a las que ofrece el histórico, incurriendo en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión". (SSTS 12/07/17, Rec. 278/16 ; Rec. 244/16 ; 5/07/17 , 12/05/17 , Rec. 210/15 ; 23/11/16, Rec. 94/16 ; 16/12/16, Rec. 65/16)

Así, contrariamente a lo que se indica en el escrito de formalización, entre la recurrente y Tralem no ha mediado contrato de arrendamiento de servicios escrito, tampoco en el histórico se ofrece noticia del preciso y exacto alcance del objeto de la relación contractual y de los derechos y obligaciones contraídos por cada una de las partes, siendo el único documento que han suscrito el relacionado en el ordinal 13º, por el que se autoriza a Dachser para realizar en nombre y por cuenta de Tralem la facturación correspondiente a los servicios de transporte de mercancías, incluidas la carga y descarga, los servicios de cobro y otros servicios accesorios.

La anterior circunstancia evidencia que, no obstante la absoluta opacidad en cuanto al contenido de la prestación de servicios, el sistema y los criterios de facturación pactados, la actividad llevada a cabo por Tralem no ha sido exclusivamente la de transporte de mercancías, sino que también ha desarrollado otras labores auxiliares como el cobro de los portes, la recogida de albaranes y la carga y descarga de paquetes. Tampoco Dachser ha actuado como simple intermediario entre el transportista y el usuario, sino que ha asumido la organización, control y dirección del personal de Tralem que efectuaba los portes, así como la realización de la facturación de esta última compañía.

Es verdad que el vehículo utilizado por el Sr. Marcial era propiedad de Tralem, pero no por ello puede afirmarse que dicha sociedad haya comprometido su organización e infraestructura empresarial, ya que, en cuanto a los



medios materiales, para la ejecución de la actividad de transporte y las accesorias llevadas a cabo por el actor, este se servía de las instalaciones de Dascher a las que acudía diariamente al inicio y finalización de la jornada laboral dejando en ellas aparcado el vehículo, constituyendo pues tales dependencias su centro de trabajo, y además utilizaba un uniforme de trabajo y una PDA proporcionadas por dicha compañía

Respecto a los recursos humanos, lo que pone de manifiesto la versión judicial de los hechos es que D. Marcial tenía en el establecimiento de la recurrente un casillero asignado a él nominativamente, teniendo también un número identificativo individual como conductor, el 14, asignándosele cada día al inicio de la jornada la ruta de reparto que debía realizar, y comunicándosele tanto a través del dispositivo digital como mediante comunicaciones al teléfono móvil a través de un grupo de whatsapp creado por un responsable de Dascher, las incidencias, y entregando en dichas dependencias al finalizar la jornada los albaranes, discos tacógrafo y recaudación correspondiente a los cobros de los portes contra reembolso, lo que constituye signo inequívoco de la inserción del trabajador en el círculo rector y organicista de dicha compañía y no de aquella otra que formalmente le contrató.

No se ha producido la infracción jurídica denunciada. Se desestima el motivo, y, consiguientemente, el recurso.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), la desestimación del recurso lleva aparejada la condena en costas a la parte recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita, cifrando el importe de los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cantidad de 900 €, más el correspondiente IVA.

SEXTO.- Conforme al Art. 204 LRJS (L 36/11), se decreta la pérdida de la consignación y el depósito efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

SÉPTIMO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

FALLAMOS

Se DESESTIMA el recurso de suplicación interpuesto por DACHSER SPAIN, S.A. contra la sentencia 333/18 de fecha 19 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, confirmando dicha resolución en su integridad, condenando a la recurrente al pago de las costas procesales, cifrando el importe de los honorarios de Letrado de la parte impugnante en la cantidad de 900 €, más el IVA correspondiente.

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0054-19, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0054-19.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

E./

PUB LICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, Ilma. Sra. Dña. M^a José Muñoz Hurtado, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.