



Roj: **STS 5913/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5913**

Id Cendoj: **28079140012007101030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2007**

Nº de Recurso: **76/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2575/2006,**
STS 5913/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por la FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTE DE CC.OO., representada y defendida por el Letrado Sr. Martín Aguado, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 28 de abril de 2.006, en autos nº150/05, seguidos a instancia de dicha recurrente contra las empresas FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., RYAN INTERNACIONAL AIRLINES, INCORPORACION, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la empresa FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Marí Colomar.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. AURELIO DESDENTADO BONETE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTE DE CC.OO., presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1) la existencia de cesión ilícita de trabajadores en las prácticas empresariales relatadas, 2) que la codemandada Futura Internacional Airways, S.A., no puede ceder pilotos de su plantilla a ninguna otra Cia. Aérea y no puede aceptar la cesión de pilotos de otras plantillas, 3) el derecho de los pilotos cedidos a adquirir la condición de fijos de plantilla, a su elección, en la empresa cedente, o bien en la cesionaria. Condenando a las demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones. Que asimismo, se condene a las codemandadas a cesar y a poner fin, de forma inmediata, en dichas prácticas empresariales de cesión ilícita de mano de obra. Que se condene a la codemandada Futura Internacional Airways S.S. a que cubra los puestos de trabajo vacantes de pilotos, mediante la contratación directa de trabajadores.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 28 de abril de 2.006 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos las excepciones procesales de incompetencia de jurisdicción y de inadecuación de procedimiento opuestas y, a su vez, desestimamos la demanda deducida por FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTES DE CC.OO. (FCT-CC.OO.) contra FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A. y RYAN INTERNACIONAL AIRLINES, INC. CORPORACION a quienes absolvemos íntegramente de todas las pretensiones deducidas en su contra en la demanda".



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- Por acuerdo de 9 de julio de 2004 se aprobó por su Comisión negociadora el IV Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Futura Internacional Airways, SA. En el artículo 52 del IV Convenio Colectivo, actualmente vigente, se dispone:

«Artículo 52º. Licencia Invernal.- 1. Anualmente, entre el 1 de noviembre y 15 días antes de viernes santo, los pilotos tendrán derecho a solicitar para asuntos particulares la licencia invernal por un plazo de tiempo comprendido entre 30 y 85 días. -2. La Compañía concederá la licencia a su criterio. -3. Durante el período en que un piloto esté en régimen de licencia invernal, no podrá llevar a cabo ninguna Actividad de Vuelo remunerada. -4. El límite de concesión de licencias invernales, en cuanto al número de pilotos que puedan disfrutar simultáneamente de esta licencia, se determinará por la Compañía. -5. Durante el período de licencia invernal serán a cargo de la Compañía los gastos de Seguridad Social y otros seguros abonados al colectivo de pilotos y contemplados en el artículo 136ª . La Compañía fijará periódicamente el importe económico que percibirán mensualmente los tripulantes que disfruten de dicha licencia, y que se incorporará como D.A.C. -6. Para evitar alteraciones en la programación de vuelos, la petición de licencia invernal deberá presentarse con una antelación de 15 días con respecto a la fecha en que se desee comenzar la licencia. -7. En el supuesto de que, para un determinado período de tiempo, concurren más solicitudes de licencias Invernales que las ofertadas por la Compañía, se les concederán las licencias a los que menos veces las hubieran disfrutado en cada categoría, en caso de igualdad se les concederán a los que menos tiempo las hubieran disfrutado y en caso de persistir la igualdad a los de mayor antigüedad administrativa. -8. El disfrute de este tipo de licencia conlleva la obligación por parte del piloto de someterse a los entrenamientos y a las revisiones médicas que deban efectuarse durante el período de disfrute de la licencia. Así mismo, el disfrute de estas licencias podrá ser interrumpido en caso de que el piloto deba comenzar un período de instrucción por promoción o progresión. Si el piloto no aceptara interrumpir por esta causa la licencia invernal perderá los derechos que tuviera de cara a la promoción o progresión. -9. El piloto designará un domicilio y teléfono de localización».

—2º.- No obstante lo dispuesto en el punto 3 del artículo 52 del Convenio Colectivo entre algunos de aquellos trabajadores que estaban en situación de licencia invernal y la empresa se vinieron suscribiendo acuerdos individuales de contenido según el siguiente modelo:

«Primero.- Que es interés del trabajador solicitar de la Compañía una licencia extraordinaria retribuida en los términos previstos en el artículo 52 del IV Convenio Colectivo de Trabajo para los tripulantes de Futura, con expresa exclusión del apartado tercero del citado artículo. Segundo.- Que en atención a las circunstancias concurrentes, la Compañía acepta conceder la licencia extraordinaria retribuida solicitada por el trabajador, para el período que media entre el 01 de octubre de 2005 y hasta el 30 de abril de 2006. Tercero.- Que, exclusivamente durante el período indicado en el artículo anterior, el trabajador podrá prestar sus servicios para la compañía AIR (IOM) Limited, consistentes en la realización de "actividades de vuelo remuneradas". Cuarto.- Que ambas partes acuerdan, que la relación laboral que vincule al trabajador con la Compañía AIR (IOM) Limited durante el período señalado, no generará obligaciones salariales (ordinarias y de trámite), extrasalariales o indemnizatorias de ningún tipo para Futura Internacional Airways, SA (Futura). Quinto.- Que durante el período en que el Trabajador esté disfrutando de la licencia extraordinaria retribuida regulada en los presentes acuerdos, la Compañía le abonará al Trabajador una cantidad bruta de 2.813,40 euros mensuales, en concepto de salario base. Sexto.- Que durante el período en que el Trabajador esté disfrutando de la licencia extraordinaria retribuida en los presentes acuerdos, la Compañía continuará cotizando a la Seguridad Social para las retribuciones devengadas por aquél. Séptimo.- La concesión de la licencia extraordinaria retribuida al Trabajador en las condiciones recogidas en el presente documento tendrá la condición de derecho no consolidable y únicamente será válida para el período indicado en el acuerdo segundo del mismo. Octavo.- El disfrute de dicha licencia extraordinaria conlleva la obligación por parte del trabajador a someterse a los entrenamientos, vuelos y simuladores así como a las revisiones médicas que deban efectuarse durante el período de disfrute de dicha licencia extraordinaria con el fin de mantener la validez de su licencia de vuelo española». Dicha circunstancia fue puesta en conocimiento de las representaciones sindicales en la empresa mediante los escritos de Futura a los sindicatos de fecha 26-3-03 recibidos y conformes por estos; escritos que obran en autos y que se tienen por reproducidos por remisión. Asimismo se puso en conocimiento general por vía de la circular de 2-6-05 obrante al documento 2 de la prueba de la empresa y que se reproduce por remisión".

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación a nombre de la FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTE DE CC.OO., y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Letrado Sr. Martín Aguado, en escrito de fecha 18 de diciembre de 2.006 , se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO.- Al amparo del artículo 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral , por error de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en autos. SEXTO.- Al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral , por vulneración de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores y los Convenios 34 y 96 de la OIT.



SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión deducida en el presente conflicto colectivo tiene por objeto que se declare cesión ilícita de trabajadores la práctica que se imputa a las empresas demandadas - FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, SA (FUA) y RYAN INTERNACIONAL AIR LINES- y que, según lo que ha quedado acreditado en los hechos probados, consiste en que determinados pilotos de FUA se acogen a la denominada licencia invernal -de 30 a 85 días- en los términos previstos en el artículo 52 del IV Convenio Colectivo Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Futura Internacional Airways, SA, manteniendo la empresa el abono de "un importe económico" y haciéndose cargo de los gastos de "Seguridad Social y otros seguros". Los modelos de acuerdos individuales para la aplicación de estas licencias hacen expresa exclusión de la prohibición de realizar actividades de vuelo durante la licencia y autorizan realización de vuelos por cuenta de la empresa AIR (IOM) Ltda., aunque en la práctica esa prestación de servicios ha de entenderse autorizada respecto a la empresa RYAN, bien directamente o a través de AIR. También prevén esos acuerdos que la empresa continuará abonando el salario base de los pilotos y las cotizaciones de la Seguridad Social. La prestación de servicios del personal de FUA para RYAN se realiza, según el hecho probado sexto, de la siguiente forma: 1º) se solicita voluntariamente licencia invernal de Futura y se concede esta licencia, 2) se suscribe el acuerdo individualizado en los términos indicados, 3) se suscribe acuerdo con la empresa para que ésta pueda poner a disposición de RYAN este personal. Hay que precisar también que el hecho probado cuarto recoge la existencia de un contrato de 25 de julio de 2003 entre RYAN INTERNATIONAL y la COMPAÑÍA HISPANO IRLANDESA SA, -que era, al parecer, la anterior denominación de FUTURA-, sobre colaboración entre esas empresas. Por su parte, el hecho probado quinto se refiere a otro contrato de 26 de marzo de 2004 -ahora entre RYAN y FUTURA-, que también obra en autos y en virtud del cual, "Ryan empleará tanto personal como esporádicamente se acuerde entre las partes, a efecto de prestar servicios en nombre de Futura en sus operaciones europeas", y que dicho "personal de Ryan estará localizado en la Base" y "una vez en la base, todos los miembros de la tripulación quedarán bajo el mando, dirección y control de Futura". El mencionado hecho probado añade que "dicho contrato de 26-3-04 fue operativo con base en España-Palma de Mallorca y desde 2005 la base asignada ya no fue la de Futura Internacional Airways SA en Mallorca sino la de Futura Gael por lo que el personal de Ryan operó desde el año 2005 con base en Irlanda exclusivamente y para Futura Gael".

La sentencia recurrida, después de rechazar las excepciones de falta de jurisdicción e inadecuación de procedimiento, desestima la demanda, razonando respecto al personal americano que ha prestado servicios en España que no existe cesión de este personal porque los trabajadores americanos "que prestaron servicios en 2004 para la empresa española lo hicieron "esporádicamente" -como así figura en el apartado 3 del contrato de 26-3-04- y con el conocimiento y anuencia de la representación sindical española, de forma que esa cesión de personal americano no lo fué bajo la finalidad de "cederlo temporalmente a otra empresa", sino que tal cesión correspondió a la voluntad consensuada del piloto norteamericano y su empleadora, por un acuerdo de efectividad esporádica, bien lejano a la intención unilateral del empresario de efectuar la contratación de trabajadores precisamente para cederlos a otro empleador, al margen de la voluntad del trabajador contratado". Para el personal español que ha prestado servicios para RYAN también se dice que no ha sido contratado para cederlo a la empresa americana, sino que la prestación de servicios en EE.UU resulta, por sus condiciones y por evitar el recurso al expediente de regulación de empleo, de interés para los propios trabajadores implicados y que, por ello, ha tenido la conformidad cuando menos tácita de los sindicatos, concluyendo que no se aprecia el ánimo torticero propio de la cesión.

SEGUNDO.- No vuelven a suscitarse en el recurso los temas relativos a la jurisdicción y a la adecuación del procedimiento que la empresa planteó como excepciones en la instancia y cuyo rechazo ha consentido. La Sala, sin embargo, debe abordar el problema de la competencia internacional de los tribunales españoles por tratarse de una cuestión de orden público. En este punto las conclusiones pueden, en principio, variar según el demandado. Para la empresa americana, no es aplicable el Reglamento CE 44/2001, porque no está domiciliada en la Comunidad Europea, ni tiene en ella agencia, sucursal o establecimiento (art. 18.2). La competencia se rige, por tanto, según el propio Reglamento (art. 4) por el derecho interno español, que es el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este artículo contiene en su número 1 la regla aplicable en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo y el número 2 se refiere a los conflictos colectivos, estableciendo que corresponde a los órganos judiciales españoles la competencia para conocer de las pretensiones derivadas de los conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español. A partir de una interpretación literal podría concluirse que, como el presente conflicto colectivo se



ha planteado en España, la competencia corresponde a los tribunales españoles. Pero esta interpretación, por excesiva, conduciría al absurdo. Para que los conflictos colectivos se sometan a los tribunales españoles tienen que tener un elemento de conexión con el territorio nacional. Cuando se trata además de un conflicto colectivo como el presente, que afecta de forma directa al contrato de trabajo, esos elementos de conexión tienen que ser los que precisa el nº 1 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial : prestación de servicios en España, celebración del contrato de trabajo en territorio español, domicilio del demandado en España, nacionalidad española del trabajador y del empresario. Es así porque no se trata propiamente de una confrontación colectiva en sentido estricto, sino de una controversia sobre los contratos de trabajo; controversia que se sustancia procesalmente de forma colectiva porque afecta a un grupo de trabajadores y se plantea desde una perspectiva más general. Pues bien, en relación con las pretensiones ejercitadas contra RYAN, no se cumplen estas exigencias de conexión. En efecto, en la cesión de los trabajadores españoles, la prestación de trabajo no se realiza en España, sino en Estados Unidos; el contrato de trabajo entre RYAN y los trabajadores pretendidamente cedidos, de existir, no se habría celebrado en España; la empresa no tiene nacionalidad española y tampoco tiene domicilio en España, ni consta que tenga aquí sucursal, delegación, agencia o cualquier otro tipo de representación. Lo mismo sucede con la pretensión relativa a la cesión por RYAN de trabajadores americanos para que presten servicios para FUTURA, pues la prestación de servicios que tiene lugar en España no se ejecuta para RYAN, sino para FUTURA; el contrato de trabajo tampoco se ha celebrado en España; no se acredita que los trabajadores y la empresa tengan nacionalidad española y RYAN no tiene en España domicilio, sucursal, agencia o representación. La conclusión que se impone, por tanto, es que los órganos judiciales del orden social no son competentes para examinar esta pretensión. Es cierto que con ello se escinde el enjuiciamiento de la cesión como fenómeno unitario, aunque complejo, en la medida en que cada una de las implicaciones de la cesión -la que deriva para el cedente y la que afecta al cesionario- corresponderían a jurisdicciones distintas. Pero ésta es la consecuencia de las reglas de competencia y acumulación: no cabe acumular acciones que no corresponden al mismo tribunal (artículo 71.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, en relación con las pretensiones dirigidas contra RYAN ha de declararse la falta de jurisdicción de los órganos judiciales españoles del orden social.

Por el contrario, para la pretensión que se dirige contra FUA la competencia de los tribunales españoles es clara en virtud del artículo 19 del Reglamento CE 44/2001 , pues tal pretensión se formula contra un empresario que tiene su domicilio en España.

TERCERO.- También hay que realizar algunas aclaraciones sobre el procedimiento seguido. La materia de la cesión no es por lo general susceptible de dar lugar a un conflicto colectivo y ello en la medida en que en ella no se trata de establecer propiamente la forma cómo ha de ser aplicada una norma desde la perspectiva de un supuesto fáctico uniforme que cubre a un grupo homogéneo de trabajadores en la misma situación. Las controversias sobre cesión entran normalmente dentro de lo que la Sala ha considerado como litigios sobre el establecimiento o la valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en que en cada caso se realiza la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales. Sobre este tipo de controversias y su exclusión del proceso de conflicto colectivo se ha pronunciado la Sala en sus sentencias de 19 de mayo de 1997, 6 de marzo de 2002, 21 de abril de 2004 y, más recientemente, en la sentencia de 7 de diciembre de 2005 , sobre la contratación temporal en Correos y Telégrafos. En esta sentencia se dice que la presencia de valoraciones individuales "elimina la concurrencia del interés general que califica el conflicto colectivo e impide darle el tratamiento procesal establecido en el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral , cual ocurre con carácter general cuando se ejercitan demandas que aun afectando a un grupo numeroso de trabajadores inciden sobre derechos individuales de forma directa, cual en nuestro caso ocurriría, en supuestos en los que cada uno de los interesados o diversos grupos de entre ellos, pueda tener argumentos propios para defender su concreto derecho ante un Tribunal. En estos casos la solución de su problema en un conflicto colectivo deviene inaceptable no solo por no adecuarse a las exigencias del artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral , sino porque podría atentar a su propio derecho de tutela judicial". Ahora bien, la Sala en virtud de lo dispuesto en los artículos 240.2.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 227.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede entrar de oficio en esta cuestión. Por otra parte, en el presente caso la pretensión podría considerarse dentro del límite del proceso de conflicto colectivo en la medida en que se trata de una practica empresarial dotada de suficiente homogeneidad, si bien ha de aclararse respecto al efecto que contempla el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral que el pronunciamiento que se adopte se mantiene en ese plano general sin prejuzgar las eventuales situaciones individuales que puedan tener fundamentos distintos de los examinados en este proceso.

CUARTO.- El recurso formaliza seis motivos. Los cinco primeros se amparan en la vía del error de hecho del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral y, por ello, antes de entrar en su examen hay que recordar la doctrina de la Sala sobre las exigencias de las revisiones fácticas en casación, tal como se recoge, entre otras, en las sentencias de 2 de febrero de 2000 y 8 de marzo de 2004 . En estas sentencias se



establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso que: 1) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones, 4) el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo. En aplicación de esta doctrina no puede prosperar ninguno de los motivos por las razones que a continuación se exponen para cada uno de ellos:

1º) El primero, que propone que se precise que el Convenio de Tripulantes Técnicos de Futura, al que alude el hecho probado primero, es un convenio de eficacia limitada, porque ni la rectificación que se interesa surge directamente de la documental que se cita, ni se trata propiamente de incorporar un hecho, sino más bien de establecer una conclusión jurídica sobre la naturaleza del convenio de referencia; conclusión que además es irrelevante en orden al fallo, porque la calificación del supuesto no depende de la aplicación del convenio que no legaliza el eventual supuesto interpositorio, ni podría hacerlo en contra de lo que previene una norma imperativa de rango legal, como es el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

2º) El segundo, en el que se intenta que se elimine del hecho probado segundo la referencia a que los modelos de acuerdos de licencia fueron conocidos y recibieron el conforme de las representaciones sindicales de la empresa para precisar que esta información fue puesta en conocimiento de algunos representantes de los trabajadores, porque la rectificación no se evidencia con la claridad de la documental alegada y además se apoya en la alegación de prueba negativa, que no es hábil a estos efectos. La modificación es también irrelevante, por lo que ya se ha dicho en el apartado anterior: la aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores no es disponible por los sindicatos y la licitud de la cesión no está en función de que éstos la conozcan y consientan. El recurso no se da contra los fundamentos de la sentencia, sino contra el fallo.

3º) El motivo tercero, que pretende la modificación del hecho probado cuarto para que se precise que "RYAN se comprometía a contratar pilotos para cederlos temporalmente a CHIA", porque lo que se trata de introducir es una calificación jurídica determinante del fallo, que no surge directamente del medio de prueba designado, el acuerdo de 25 de julio de 2003 entre RYAN y CHIA, que para establecer la conclusión que se mantiene tendría que ser objeto de interpretación jurídica. El motivo es además irrelevante, porque todo el contenido del acuerdo ha de considerarse probado dados los términos del hecho cuarto, con lo que la Sala puede entrar directamente en su examen a partir de la denuncia que se formule por la vía del apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral.

4º) Los motivos cuarto y quinto han de rechazarse por las mismas razones, pues en ellos se propone que se introduzca como probado que "RYAN contrata personal y lo asigna o cede temporalmente a la empresa FUTURA a fin de cumplir con los términos y condiciones de este contrato de servicios" (en referencia al acuerdo entre RYAN y FUTURA) y que se precise que "RYAN y FUTURA suscribieron en marzo y abril de 2004 un contrato de servicio, -cuyo contenido real era un acuerdo de puesta a disposición- por el cual RYAN se comprometía a contratar personal y cederlo temporalmente a la otra compañía de transporte aéreo. El personal cedido pasaba a integrarse en la estructura rectora y organizativa de la empresa FUTURA, la cual, le proporcionaba también todos los medios instrumentales", pues en ambos casos se trata de versiones más o menos sesgadas -en orden a predeterminar conclusiones jurídicas-, de forma abusiva e innecesaria cuando la Sala responde del texto del acuerdo de 26 de marzo de 2004 que ha de considerarse probado en su totalidad a la vista del hecho probado quinto de la sentencia recurrida.

QUINTO.- El motivo sexto se ampara en el apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral y denuncia la infracción de los artículos 43 y 42 del Estatuto de Trabajadores en relación con los Convenios 34 y 96 de la OIT y con la doctrina de la Sala que cita.

Hay que empezar señalando que la denuncia es defectuosa. Los Convenios de la OIT mencionados se citan de forma genérica en el encabezamiento y no vuelven a examinarse en el desarrollo del motivo. Este trata además de forma unitaria dos situaciones que no son iguales: la de los trabajadores de FUA en licencia invernal que prestan servicios para RYAN y los contratados de RYAN que lo hacen para FUA (antes designada como CHIA). El motivo parte de los dos contratos de servicios mencionados, que sólo son aplicables a la segunda situación, la cual únicamente se aborda de forma específica con referencia a la licencia invernal en la última parte del escrito, mientras que en el resto de desarrollo parece partirse de que el régimen de los contratos de servicios de 27 de julio de 2003 y 26 de marzo de 2004 es también aplicable a la primera situación, lo que no puede compartirse, porque esos contratos se refieren al personal contratado por RYAN y destinado a prestar



servicios en CHIA o FUA. Con todo, la denuncia está razonada, al menos para el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina que se cita y debe examinarse en esos términos.

Pero antes ha de determinarse cuál es la ley aplicable, pues hay dos ordenamientos en concurrencia: el de los EE.UU. y el español. En principio, la selección de la norma puede ajustarse a dos sistemas, el convencional europeo contenido en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, norma universal de conflicto en la medida en que su artículo 2 establece que "la Ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante", y el sistema interno integrado por el artículo 10.6 del Código Civil y el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. El sistema europeo tiene preferencia aplicativa y a él ha de estarse. Este sistema parte del principio de elección de la ley aplicable por las partes con ciertas limitaciones en función de la garantía de la aplicación de las disposiciones imperativas (artículo 3). Pero en el presente caso no ha habido elección y juegan los criterios alternativos del artículo 6.2 del Convenio -la ley del país donde se realiza habitualmente el trabajo, aunque con carácter temporal el trabajador haya sido enviado a otro país, y, subsidiariamente, si no hay lugar habitual de la prestación de trabajo, la ley del lugar donde se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a no ser que exista vínculo más estrecho con otro país-. Para los pilotos de FUA que en licencia invernal van a prestar servicios a EE.UU. la legislación española es la aplicable, porque es España el lugar habitual de la prestación de servicios. Para los pilotos que se contrataron por RYAN para prestar servicios en España, la conclusión resulta más problemática, porque, a diferencia de lo que ocurre con el personal anterior, no hay constancia de una prestación de servicios habitual en EE.UU. para RYAN. Lo que consta es lo que se deriva de los términos de los contratos de servicios y es que RYAN contrata al personal y lo pone a disposición de CHIA o FUA. La fórmula, como luego se verá con más atención, consiste en que RYAN empleará -en futuro y quizá con la acepción de contratará- tanto personal como esporádicamente se acuerde entre las partes a efectos de prestar servicios en nombre de FUTURA en sus operaciones europeas-. Si fuera una contratación "ad hoc" para prestar servicios en España, el derecho español sería el aplicable. Pero si se tratara, como ocurre con los pilotos españoles que se envían a EE.UU., de trabajadores de la plantilla de RYAN que en ocasiones son destinados a prestar servicios en FUA, se aplicaría el Derecho norteamericano. Pero hay que indicar, como también señala la sentencia recurrida, que en este caso el Derecho español se aplicaría también en esta segunda hipótesis, pues esta Sala en su sentencia de 4 de diciembre de 2004, acordada por el Pleno, ha rectificado su doctrina anterior sobre los efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero para adaptarla a la doctrina del Tribunal Constitucional. Esa falta de prueba ya no determina la desestimación de la demanda por no haberse probado las normas que fundamentan la pretensión por quien tenía la carga de hacerlo, sino que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la falta de prueba del Derecho extranjero lleva a la aplicación del Derecho interno. La Sala acata esta doctrina, aunque no la comparte, y, por otra parte, dada la situación a que se ha hecho referencia, no procede examinar la sugerencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre el posible planteamiento de una cuestión prejudicial por la eventual oposición entre el criterio de aplicación del Derecho nacional por falta de prueba del Derecho extranjero y la regulación del Convenio de Roma.

SEXTO.- La pretensión impugnatoria debe examinarse distinguiendo dos situaciones. La primera es la de los pilotos de FUA que en régimen de licencia invernal prestan servicios para RYAN en EE.UU. La sentencia recurrida descarta la cesión con argumentos que ponderan la conveniencia de este destino en EE.UU. y la conformidad al menos tácita de los representantes sindicales, a lo que se une una consideración más general sobre la inexistencia de cesión porque los trabajadores no han sido contratados para ser cedidos. Estos argumentos no pueden acogerse para excluir la cesión. Las consideraciones de conveniencia no son ponderables para excluir la aplicación de una norma imperativa; en todo caso, podrían determinar que el afectado no ejercite su derecho si no le conviene hacerlo. Pero el órgano judicial no puede sustituirle en ese juicio de conveniencia. Algo similar hay que decir sobre la conformidad sindical, pues, como ya se anticipó, tal conformidad no podría justificar la inaplicación de una disposición de Derecho necesario, lo que también es extendible al convenio colectivo, si el mismo tratara de legalizar una cesión prohibida, lo que, a juicio de esta Sala, no ha hecho. Por otra parte, 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; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. La sentencia recurrida parece identificar cesión con cesión fraudulenta y en este sentido señala que las circunstancias del caso alejan totalmente el supuesto de una "intención torticera" que preside la redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como ha señalado nuestra doctrina, el ámbito de la cesión del artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas (sentencias 14 de diciembre de 2001, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005 y 5 de diciembre de 2005). Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores -dice la sentencia de 14 de diciembre de



2001 - es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador, y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1.997 y 3 de febrero de 2.000, que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios". Puede producirse también sin finalidad fraudulenta, lo que no impide que el trabajador pueda deshacer el fenómeno interpositorio, aunque no estemos en el ámbito sancionador.

Lo que sucede es que en el caso de los pilotos en licencia invernal que trabajan para RYAN con la conformidad de FUTURA no hay elementos para establecer la existencia de interposición. No los hay, porque lo que caracteriza la interposición no es simplemente el trasvase de trabajadores de una empresa a otra -como suele ser frecuente en los grupos de empresa-, sino que ese paso de una empresa a otra se produzca ocultando la posición empresarial real de quien percibe la prestación de servicios, de manera que el vínculo laboral formal oculte el vínculo laboral real. Y esto no sucede en este caso, porque no se ha acreditado que RYAN no haya incorporado a su plantilla, temporalmente durante la vigencia del servicio, a los trabajadores implicados. Más bien se deduce lo contrario, pues FUTURA sólo sigue abonando el salario base con lo que hay que entender que el resto de la retribución corre a cargo de RYAN, asumiendo así ésta una posición empresarial. Estamos, por tanto, no ante un fenómeno interpositorio, sino ante una suspensión de contrato de trabajo atípica, que se ampara en el artículo 45. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores y que puede además tener las finalidades lícitas y convenientes que aprecia la sentencia recurrida.

Pero para el personal americano que es contratado por RYAN para prestar servicios para CHIA o FUA la conclusión es distinta, según se desprende de los términos de los contratos de servicios. Conforme a estos contratos, "RYAN empleará tanto personal como esporádicamente se acuerde entre las partes a efectos de prestar servicios en nombre de CHIA o de FUTURA en sus operaciones europeas". "Una vez en la base todos los miembros de la tripulación quedarán bajo el mando, dirección y control" de CHIA o FUTURA, supeditados a las instrucciones diarias, agenda y dirección "de CHIA o FUTURA". Son, por tanto, estas empresas las que reciben y dirigen la prestación de trabajo. En el contrato de servicios de 25 de julio de 2003 con CHIA, ésta sólo asume como obligaciones las de facilitar el alojamiento, asignar reglas de trabajo, facilitar un automóvil para cada uno de los miembros de la tripulación, aparte de cumplir en nombre del personal y de RYAN las obligaciones relacionadas con los servicios. RYAN contrata al personal, le ofrece ventajas y beneficios equiparables a los de su propio personal y presenta "declaraciones trimestrales en las que (hace) constar que está al día con los pagos relativos, seguros y seguridad social debidos a su personal", aunque luego se le pagan a RYAN "los costes de su prestación de servicios". Hay que concluir, por tanto, que, aunque la prestación de trabajo se recibe y dirige por CHIA, es RYAN quien sigue apareciendo como empresario a efectos del pago de salarios y Seguridad Social. En el contrato de 26 de marzo de 2004 con FUTURA los términos son más complejos, porque la empresa española asume la obligación de "pagar los salarios, las contribuciones de la seguridad social y los seguros relacionados con su personal asignado por este contrato", con lo que asumiría la posición empresarial frente al personal aportado por RYAN. Pero en el mismo apartado, después de afirmar que RYAN declara que está al día en estos pagos, se dice que "RYAN acuerda que presentará trimestralmente a FUTURA prueba de los pagos de los salarios, contribuciones de la seguridad social y seguros aplicables", con lo que se concluye que también aquí sigue pagando RYAN los salarios y FUTURA le reintegra lo abonado en la forma especificada en el epígrafe pagos del contrato. Por ello, en ambos casos hay la escisión típica de los fenómenos interpositorios,



aunque no concurra intención especulativa o fraudulenta: aparece como empresario durante el periodo de prestación de trabajo para CHIA y FUTURA alguien que no es empresario real en ese periodo y ello permite apreciar la cesión. Es muy posible que la finalidad perseguida sea, como sugiere la sentencia recurrida y señala la parte demandada, la de mantener el empleo, evitando, mediante las asignaciones o intercambio de personal, regulaciones de empleo en la temporada baja. La fórmula, respetando siempre la voluntad de los trabajadores, tendría que haber sido distinta: suspensión del contrato de trabajo con RYAN y mantenimiento de un vínculo laboral con CHIA o FUTURA durante la temporada alta.

Con este alcance ha de estimarse el recurso, pero declarando también de oficio la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer las pretensiones deducidas en la demanda contra RYAN. En conclusión, se declara la falta de competencia en los términos señalados; se estima la demanda frente a FUTURA respecto al personal de RYAN que ha prestado hasta 2005 servicios para FUTURA y se mantiene la desestimación de la demanda en lo relativo al personal de FUTURA que, en licencia invernial, pasa a prestar servicios para RYAN. En el suplico de la demanda se pide también que se haga un reconocimiento de los derechos de los trabajadores cedidos en orden a la opción prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, lo que excede el ámbito de un proceso de conflicto colectivo, aparte de que, a la vista de las circunstancias que recoge el hecho probado quinto en su párrafo segundo, tal reconocimiento podría ser contrario a la doctrina de la Sala sobre la exigencia de que la opción se produzca cuando está vigente el vínculo con el cesionario (sentencias de 11 de septiembre de 1986 y 17 de enero de 1991). También son improcedentes, dentro de un proceso colectivo, las condenas de presente, pero sobre todo de futuro, que se piden en el párrafo segundo del suplico, en especial la relativa a la forma de cobertura futura de las vacantes mediante contratación directa. De acuerdo con el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no procede la imposición de costas.

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

FALLAMOS

En el recurso de casación interpuesto por la FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTE DE CC.OO., contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 28 de abril de 2.006, en autos nº150/05, seguidos a instancia de dicha recurrente contra las empresas FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., RYAN INTERNACIONAL AIRLINES, INCORPORACION, sobre conflicto colectivo. Declaramos de oficio la falta de competencia de los órganos judiciales sociales españoles para conocer de las pretensiones ejercitadas en la demanda frente a la empresa RYAN INTERNACIONAL AIRLINES, anulando el pronunciamiento de instancia que se pronuncia sobre esas pretensiones. Estimamos el mencionado recurso. Casamos la sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de abril de 2.006, con el alcance que más adelante se precisará, anulando con el mismo alcance sus pronunciamientos. Estimamos la demanda frente a FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., en relación con los trabajadores enviados por RYAN para prestar servicios para FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., y declaramos que respecto a esos trabajadores ha existido cesión. Confirmamos la desestimación por la sentencia de instancia de la pretensión dirigida contra FUTURA INTERNACIONAL AIRWAYS, S.A., en relación con los trabajadores de ésta que, en régimen de licencia invernial, pasan a prestar servicios para RYAN. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.