



Roj: **STSJ GAL 3716/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:3716**

Id Cendoj: **15030340012019102570**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2019**

Nº de Recurso: **154/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA -SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO-**

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15030 44 4 2016 0002865

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000154 /2019 - FF**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000569 /2016

Sobre: CESION ILEGAL

**RECURRENTE/S D/ña** Regina , Rita , Cecilio

**ABOGADO/A:** FRANCISCO JAVIER ANTAS PEREZ, FRANCISCO JAVIER ANTAS PEREZ , FRANCISCO JAVIER ANTAS PEREZ

**PROCURADOR:** , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

**RECURRIDO/S D/ña:** PROSEGUR SEGURIDAD SA, ESC SERVICIOS GENERALES SL , ABANCA CORPORACION BANCARIA SA (ANTES NCG BANCO SA)

**ABOGADO/A:**

**PROCURADOR:** , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

A CORUÑA, A TRECE DE JUNIO DE DOS MIL DIECINUEVE.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY****Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0000154 /2019, formalizado por el LETRADO D. FRANCISCO JAVIER ANTAS PEREZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D/Dª Regina , DOÑA Rita Y D. Cecilio contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000569 /2016, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª Regina , Rita Y Cecilio presentaron demanda contra PROSEGUR SEGURIDAD SA, ESC SERVICIOS GENERALES SL y ABANCA CORPORACION BANCARIA SA (ANTES NCG BANCO SA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha diez de septiembre de dos mil dieciocho .

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

1º.- El demandante D. Cecilio es trabajador por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tempo completo, con antigüedad de 02/08/1999, categoría profesional de Técnico de Sistemas, y un salario mensual bruto de 1.994,97 €, con prorrata de pagas extras.-  
2º.- La demandante Dª. Regina es trabajadora por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tempo completo, con antigüedad de 01/06/2008, categoría profesional de Gestor Telefónico, y un salario mensual bruto de 1.549,26 €, con prorrata de pagas extras.-  
3º.- La demandante Dª. Rita es trabajadora por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tempo completo, con antigüedad de 01/11/2002, categoría profesional de Técnico de Sistemas, y un salario mensual bruto de 2.267,99 €, con prorrata de pagas extras.-  
4º.- El centro de trabajo de los demandantes se ubica en el Pg. POCOMACO, Parcela F-1, de A Coruña.- 5º.- Los demandantes cuentan con sendas tarjetas de identificación en las que consta el logotipo corporativo de la mercantil ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA y en la que consta igualmente la identificación de "Personal externo y aparece igualmente el nombre de la mercantil HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA SL. Dichas tarjetas electrónicas no les permiten el acceso a todas las dependencias existentes en dicho centro de trabajo.- 6º.- La extensión del correo electrónico de los tres demandantes es @externos.abanca.com - 7º.- En el año 2010 el demandante D. Cecilio recibió, un curso de formación "Performance monitor: monitoring vital signs", cuya acreditación viene expedida por CAIXA GALICIA y la empresa MICROSOFT Services.- 8º.- En fecha de 01/04/2015 los servicios que venía realizando la mercantil HEWLETT PACKARD SERVICIOS SL para el grupo ABANCA pasaron a ser prestados por la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL.- 9º.- En fecha de 05/05/2016 los demandante presentaron denuncia frente a las mercantiles ahora demandadas ante la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL de A Coruña por una posible cesión ilegal de mano de obra. Por la INSPECCIÓN DE TRABAJO se giró visita al centro de trabajo, constatándose por el funcionario actuante que los trabajadores demandantes comparten instalaciones con personal propio de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA y de otras empresas, que tienen acceso a las mismas mediante una tarjeta emitida por ABANCA, que los equipos informáticos y mobiliario empleados en su trabajo son titularidad de ABANCA. - 10º.- Los trabajadores de ESC SERVICIOS GENERALES SL comparten instalaciones con los de ABANCA, existe una separación física entre aquellos y estos. Asimismo la mercantil PROSEGUR ha mantenido a un empleado a modo de coordinador del servicio al que están adscritos los demandantes. - 11º.- Por parte de personal de ABANCA se remitieron frecuentes correos electrónicos a, entre otros, los ahora demandante relativos a asuntos propios del desempeño cotidiano de sus funciones. Asimismo también son repetidos y constantes los mails remitidos en ese sentido por parte de personal de ESC SERVICIOS GENERALES SL, el cual, en concreto, y de forma específica, controlaba el absentismo laboral de los trabajadores que tenía en el centro de trabajo del Pg. POCOMACO.-

12º.- Las mercantiles ahora demandadas suscribieron, en fecha de 30/03/2016, un contrato de arrendamiento, por el cual ESCERVICIOS GENERALES SL alquilaba a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA una serie puestos de trabajo en las instalaciones de esta última en Pg. POCOMACO, Parcela F-1, de A Coruña a efectos de que aquella prestase a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA los servicios de "Contrato de Telefonía Back Office",



"Contrato de Gestión Hipotecaria" y "Contrato de Gestión Financiera", abonándose por la primera de ellas los correspondientes pagos mensuales en concepto de tal arrendamiento. - Similar contrato se había suscrito previamente entre PROSEGUR CIA. DE SEGURIDAD y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, en fecha de 01/12/2017.- 13º.- En fecha de 03/05/2015 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la petición sobre cesión ilegal de trabajadores, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 13/05/2016, el cual concluyó sin avenencia. - En fecha de 28/07/2016 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la primera de las reclamaciones de cantidad, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 11/08/2016, el cual concluyó sin avenencia. - En fecha de 28/07/2017 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la primera de las reclamaciones de cantidad, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 24/08/2016, el cual concluyó sin avenencia".

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: QUE DESESTIMANDO la demandas presentadas por D<sup>a</sup>. Regina , D<sup>a</sup>. Rita y D. Cecilio , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las mercantiles ESC SERVICIOS GENERALES, ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA y PROSEGUR AVOS ESPAÑA SL de los pedimentos frente a estos deducidos".

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por los demandantes, sobre cesión ilegal, contra E.S.C. SERVICIOS GENERALES S.L. ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. y PROSEGUR AVOS ESPAÑA S.L., absolviendo a los citados demandados de las pretensiones frente a ellos ejercitadas en la demanda rectora.

Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la representación Letrada de la parte demandante, en cuyo primer motivo, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la L.R.J.S ., solicita la nulidad de la sentencia por falta de motivación, denunciando la infracción del artículo 97.2 de la L.R.J.S ., artículo 248 de la L.O.P.J . y artículo 218 de la LEC , todo ello en relación con el artículo 24 de la CE . Alega, en síntesis, que la sentencia se aparta de lo recogido en el informe de Inspección de Trabajo que declara la existencia de cesión ilegal, y en la sentencia dictada no se recogen los hechos que ha considerado probados el Inspector actuante; existiendo abundante documentación y se ha practicado prueba testifical que acredita lo relatado por la Inspección y, a pesar de ello no se ha recogido nada al respecto generando una evidente indefensión. Tampoco motiva la prueba que se ha practicado en contrario que haya destruido la presunción de certeza.

Con carácter previo cabe pronunciarse acerca de la admisión de la documentación que se aporta con el escrito de recurso de suplicación formulado, consistente en correos electrónicos, para rechazar su admisión al no cumplir las exigencias que impone el artículo 271 de la LEC , según el cual "No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio... Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones...".

Por lo que atañe a la nulidad solicitada, ha de tenerse en cuenta que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando "no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa" y tampoco cuando "ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos", por lo que "no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado", de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta ( SSTC 135/1986 ; 98/1987 ; 41/1989, de 16 febrero ; 207/1989 ; 145/1990, de 1 octubre ; 6/1992 ; 289/1993 ).

En primer lugar hay que señalar que las actas de Inspección gozan de la presunción "iuris tantum" y solo alcanza a los hechos constatados por el Inspector actuante. Es decir la presunción de certeza pierde fuerza cuando los hechos descritos en el acta no han sido apreciados directamente ni cuando la convicción que estos reflejan es consecuencia directa de su investigación o comprobación por el Inspector a través de pruebas dirigidas a tal fin.



Lo que exige el respeto a los derechos que declara el invocado artículo 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria.

En vía judicial, las actas de la Inspección no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas.

"Ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias ( STS 22.11.2001 ).

Por otro lado, la sentencia de instancia explica y detalla las razones que conducen al fallo de la resolución, lo que permite a la parte recurrente conocer los motivos en que aquella se sustenta. La denuncia por falta de motivación no puede confundirse con una mera discrepancia con las conclusiones que obtiene una sentencia.

De ahí que la pretendida indefensión haya de venir rechazada de plano.

**SEGUNDO** .- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la L.R.J.S ., solicita la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en concreto:

La revisión de los ordinales primero, segundo y tercero para los que propone el siguiente texto alternativo, respectivamente:

1º.- "El demandante D. Cecilio es trabajador por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con antigüedad de 02/08/1999, categoría profesional de Técnico de Sistemas, y un salario mensual bruto de 1.994,97 €, con prorrata de pagas extras.- Cecilio inicia su actividad como técnico de sistemas el 01/08/1999 para la empresa SOFTGAL, SA, hasta 30/11/2002. Pasando el 03/12/2002 a SERVICIOS DE TELEFONIA AVANZADA, A.I.E hasta 31/08/2007 y, en fecha 01/09/2007 a SERVICIOS DE TELEFONIA Y BACK-OFFICE AVANZ, SL. El 08/07/2009 pasa a HEWLETT-PACKARD PROCESOS DE NEGOCIO ESPAÑA, SL hasta 31/03/2015, en fecha 01/04/2015 pasa a formar parte de la empresa ESC SERVICIOS GENERALES, SL hasta 31/07/2016, pasando, sin solución de continuidad, el 01/08/2016 a la empresa PROSEGUR BPO ESPAÑA, SL en la que permanece. Desde el inicio, la prestación de servicios se llevó a cabo en Polígono de Pocomaco, parcela F-1 de A Coruña, sede del centro de Proceso de datos (servicios informáticos) de CAJA DE AHORROS DE GALICIA, posteriormente denominada NOVA CAIXA GALICIA y ahora, ABANCA CORPORACION BANCARIA, SA, hasta 11/05/2016 fecha de traslado a la nave de Prosegur citada anteriormente." . - 2º.- La demandante D<sup>a</sup>. Regina es trabajadora por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con antigüedad de 01/06/2008 1.12.2006, categoría profesional de Gestor Telefónico, Técnico de Sistemas, y un salario mensual bruto de 1.549,26 €, con prorrata de pagas extras.- Regina inició su actividad como gestor telefónico en fecha 01/12/2006, como trabajadora de la empresa SERVICIOS DE TELEFONIA AVANZADA, A.I.E, con contrato temporal que finaliza el 31/08/2007, reiniciando la actividad por cuenta de la empresa SERVICIOS DE TELEFONIA Y BACK-OFFICE AVANZ, SL el día 01/09/2007 hasta 30/06/2009. En la misma fecha 01/07/2009 pasa a la empresa HEWLETT-PACKARD PROCESOS DE NEGOCIO ESPAÑA, SL hasta 31/03/2015, en fecha 01/04/2015 pasa a formar parte de la empresa ESC SERVICIOS GENERALES, SL hasta 31/07/2016, pasando, sin solución de continuidad, el 01/08/2016 a la empresa PROSEGUR BPO ESPAÑA, SL en la que permanece" y 3º.- "La demandante D<sup>a</sup>. Rita es trabajadora por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con antigüedad de 01/11/2002, 15.7.1997, categoría profesional de Técnico de Sistemas, y un salario mensual bruto de 2.267,99 €, con prorrata de pagas extras," Rita inicia su actividad como técnico de sistemas el 15/07/1997 para la empresa SOFTGAL, SA, hasta 31/10/2002, en que pasa a SERVICIOS DE TELEFONIA AVANZADA, A.I.E hasta 31/08/2007 y, en fecha 01/09/2007 a SERVICIOS DE TELEFONIA Y BACK-OFFICE AVANZ, SL. El 01/07/2009 pasa a HEWLETT-PACKARD PROCESOS DE NEGOCIO ESPAÑA, SL, en fecha 01/04/2015 pasa a formar parte de la empresa ESC SERVICIOS GENERALES, SL hasta 31/07/2016, pasando, sin solución de continuidad, el 01/08/2016 a la empresa PROSEGUR BPO ESPAÑA, SL en la que permanece. Desde el inicio, la prestación de servicios se llevó a cabo en Polígono de Pocomaco, parcela F-1 de A Coruña, sede de los servicios informáticos de NOVA CANA GALICIA, ahora ABANCA CORPORACION BANCARIA, SA hasta 11/05/2016 fecha de traslado a la nave de Prosegur citada anteriormente."

Únicamente se acepta la modificación de la antigüedad que se postula para los hechos probados segundo y tercero, al venir acreditado en las respectivas nóminas. Ya consta que el centro de trabajo se ubica en Pocomaco Parcela F-1 de A Coruña y el resto deviene irrelevante.



La revisión del ordinal quinto para el que propone el siguiente texto: "5º.- Los demandantes cuentan con sendas tarjetas de identificación emitidas por la titular del centro en las que consta el logotipo corporativo de la mercantil ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA y en la que consta igualmente la identificación de "Personal externo y aparece igualmente el nombre de la mercantil HEWLETTPACKARD SERVICIOS ESPAÑA SL. Dichas tarjetas electrónicas no les permiten el acceso a todas las dependencias existentes en dicho centro de trabajo".

La sentencia ya contempló dicha circunstancia haciendo constar que dichas tarjetas de identificación llevan el distintivo "personal externo".

La adición del hecho probado quinto bis, con la siguiente redacción: "5º Bis.- La jornada, el horario y duración de las vacaciones coinciden con los propios de ABANCA, independientemente del convenio de aplicación de la empresa a la que pertenecen".

Pretensión que no se acepta porque se basa en documentos anteriores, que carecen de eficacia a los efectos pretendidos y los recientes no acreditan de manera clara e inequívoca lo pretendido.

La modificación del ordinal sexto para el que propone la siguiente redacción alternativa: "6º.- Los trabajadores disponen de correo electrónico corporativo y acceso a la intranet del banco. La extensión del correo electrónico. Además del correo corporativo otra extensión de los tres demandantes es @externos.abanca.com. Los trabajadores de forma diaria usan los buzones sistemas.admin.hyperion@abanca.com, sistemas.admin.liferay@abanca.com, sistemas.admin.monitorización@abanca.com, buzones compartidos con personal de ABANCA que usan de forma indistinta."

Basa la revisión en el acta de la Inspección y en correos electrónicos. En relación a las actas los Tribunales de lo Social mantienen, de manera prácticamente unánime, que en los recursos de Suplicación (y Casación) las actas de la Inspección de Trabajo carecen de eficacia revisora a los efectos de acreditar el error del juzgador "a quo" en la valoración del acervo probatorio. Muy expresivamente, la sentencia de esta Sala de 4-2-93 manifiesta que "Tales actas no constituyen documento auténtico que pueda servir de base a la revisión probatoria en trámite de Suplicación, lo que no es incompatible con la presunción de certeza de los datos objetivos que en la misma se consignan, pero en cualquier caso, se trata de un documento público cuya valoración ha de efectuar el juez libremente poniéndolas en relación con el resto del material probatorio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97.2 de la L.R.J.S "

Y en cuanto a los correos electrónicos no constituyen una prueba fehaciente que permita concluir de forma inequívoca las conclusiones que extrae la parte recurrente.

La revisión del ordinal octavo para que contenga la siguiente redacción: "8º.- En fecha de 01/04/2015 los servicios que venía realizando la mercantil HEWLETT PACKARD SERVICIOS SL para el grupo ABANCA pasaron a ser prestados por la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES SL. (en concreto celta, gestión hipotecaria y gestión financiera) En fecha 1.8.16 los servicios que venía realizando la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES S.L. pasaron a ser prestador por PROSEGUR BPO ESPAÑA S.L., que actualmente se denomina PROSEGUR AVOS S.L."

Resulta innecesaria dicha revisión, por cuanto la sentencia ya contempla que la empresa PROSEGUR sucedió ESC SERVICIOS GENERALES S.L.

La revisión del ordinal noveno para el que propone el siguiente texto alternativo: "9º.- En fecha de 05/05/2016 los demandantes presentaron denuncia frente a las mercantiles ahora demandadas ante la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL de A Coruña por una posible cesión ilegal de mano de obra. Por la INSPECCIÓN DE TRABAJO se giró visita al centro de trabajo, constatándose por el funcionario actuante que los trabajadores demandantes comparten instalaciones y equipos de trabajo con personal propio de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA y de otras empresas, que tienen acceso a las mismas mediante una tarjeta emitida por ABANCA, que los equipos informáticos y mobiliario empleados en su trabajo son titularidad de ABANCA. Como conclusión de su informe para la realización de sus funciones, los trabajadores de ESC, ahora PROSEGUR, disponen de instalaciones, utilizan el mobiliario, el software y hardware suministrado por ABANCA y siguen instrucciones de centro de operaciones quien organiza su trabajo tienen el mismo horario, se coordinan para las vacaciones, por lo que no puede hablarse de una verdadera descentralización productiva sino de una mera aportación de recursos humanos. Es decir, se trata de una cesión ilegal de trabajadores".

Y la revisión del hecho probado décimo para que recoja lo siguiente: "10ª.- Los trabajadores de ESC SERVICIOS GENERALES SL comparten instalaciones con los de ABANCA, existe una separación física entre aquellos y estos. Asimismo, la mercantil PROSEGUR ha mantenido a un empleado a modo de coordinador del servicio al que están adscritos los demandantes; Asimismo eran empleados de ABANCA quienes se encargaban de la dirección empresarial impartiendo órdenes e instrucciones diarias a los trabajadores, organizaban su trabajo, con el mismo horario y coordinaban sus vacaciones".



Como para la revisión de ambos ordinales se apoya en el informe de la Inspección de Trabajo y en los correos, nos remitimos a lo arriba expuesto para rechazar la revisión del ordinal sexto.

La revisión del hecho probado decimoprimer para el que propone el siguiente texto: "11º.- Por parte de personal de ABANCA se remitieron frecuentes correos electrónicos a, entre otros, los ahora demandante relativos a asuntos propios del desempeño cotidiano de sus funciones. Asimismo, también son repetidos y constantes los mails remitidos en ese sentido por parte de personal de ESC SERVICIOS GENERALES SL, eran relativos en concreto, y de forma específica, al control del absentismo laboral de los trabajadores que tenía en el centro de trabajo del Pg. POCOMACO."

Y la revisión del décimo segundo con la siguiente redacción: "12.- Las mercantiles ahora demandadas suscribieron, en fecha de 30/03/2016, un contrato de arrendamiento, por el cual ESC SERVICIOS GENERALES SL alquilaba a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA una serie puestos de trabajo en las instalaciones de esta última en Pg. POCOMACO, Parcela F-1, de A Coruña a efectos de que ESC que aquella prestase a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA los servicios de "Contrato de Telefonía Back Office", "Contrato de Gestión Hipotecaria" y "Contrato de Gestión Financiera", abonándose por la primera segunda de ellas los correspondientes pagos mensuales en concepto de tal arrendamiento. Similar contrato se había suscrito previamente posteriormente entre PROSEGUR CIA. DE SEGURIDAD y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, en fecha de 01/12/2017."

Pretensión que ha de venir rechazada porque (1) no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 16 de diciembre de 1997 , 18 y 27 de marzo de 1998 , 8 y 30 de junio de 1999 , y 2 de mayo de 2000 ) y (2) la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia y que su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos.

La revisión del ordinal decimotercero para que recoja lo siguiente:

"13.- En fecha de 03/05/2015 3.05.2016 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la petición sobre cesión ilegal de trabajadores, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 13/05/2016, el cual concluyó sin avenencia. - En fecha de 28/07/2016 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la primera de las reclamaciones de cantidad, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 11/08/2016, el cual concluyó sin avenencia.- En fecha de 28/07/2017 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, en relación a la primera segunda de las reclamaciones de cantidad, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 24/08/2017, el cual concluyó sin avenencia."

Pretensión a la que se accede al constatarse el error en las fechas que se indican.

**TERCERO** .- Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 193 de la L.R.J.S ., denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 1 , 8 y 43.4, del Estatuto de los Trabajadores ; infracción de los artículos 8.2 y 18.3 de la LISOS , en relación con la presunción de certeza de la actuación de la Inspección de Trabajo y también de la jurisprudencia que menciona, al considerar que la sentencia de instancia se aparta del criterio recogido en el informe de inspección de trabajo. Alega, en apretada esencia, que ESC-PROSEGUR únicamente aporta la mano de obra de los comparecientes, pero no pone a disposición de ABANCA ningún elemento personal y material de los que configura su estructura empresarial; por el contrario los comparecientes prestan sus servicios dentro del ámbito organizativo y de dirección de ABANCA. Todos los medios que utilizan son del Banco, el horario, vacaciones y permisos los fija y autoriza ABANCA y son los mismos que el resto de personal del Banco, y las órdenes e instrucciones de trabajo las imparten exclusivamente los jefes y encargados del banco, coincidiendo las funciones que realizan con las de los empleados del banco, con quien comparten espacio físico. Todo lo cual -añade la parte recurrente - pone de manifiesto la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en la que la cedente es ESC-PROSEGUR y la cesionaria ABANCA. Por todo ello solicita la revocación de la resolución recurrida y que se dicte una nueva sentencia que estime íntegramente las demandas formuladas (inicial y acumuladas), con las consecuencias inherentes a tal declaración y con condena a las costas.

**CUARTO** .- Reiterada doctrina jurisprudencial viene declarando que lo que contempla el invocado artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 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.

Existe cesión ilegal cuando se produce un fenómeno interpositorio, y aparece en la posición empresarial quien no es realmente empresario. Se entiende que existe una cesión ilegal de trabajadores contemplado en el artículo 43.2 del ET cuando se produce alguna de las siguientes circunstancias: (1) La empresa cedente no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, No pone al servicio de la cesionaria la organización empresarial que posee por lo cual, no lleva a cabo la dirección del servicio y (2) La empresa cedente carece de una actividad o de una organización propia y estable, no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. Es un supuesto de simulación contractual en la que una de las empresas es ficticia, o siendo real carece de elementos personales y materiales para realizar la actividad.

Por otro lado hay que tener en cuenta que el empresario puede recurrir a la contratación externa para integrarla en su actividad productiva, surgiendo la figura de la contrata o subcontrata.

**QUINTO** .- Son datos a destacar para determinar si en el supuesto enjuiciado estamos o no ante una cesión ilegal de trabajadores, los siguientes:

1.- Los demandantes son trabajadores por cuenta ajena de la mercantil ESC SERVICIOS GENERALES S.L., en virtud de sendos contratos de trabajo indefinidos a tiempo completo con la antigüedad, categoría y salarios que arriba figura.

2.- Las Mercantiles demandadas suscribieron,, en fecha 30.03.2016 un contrato de arrendamiento, por el cual ESC GENERALES S.L., alquilaba a ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., una serie de puestos de trabajo en las instalaciones de ésta última en Pg POCOMACO, Parcela F-1 de A Coruña a efectos de que aquella prestase a ABANCA CORPORACION S.A., los servicios de "Contrato de Telefonía Back Office", "Contrato de Gestión Hipotecaria" y "Contrato de Gestión Financiera", abonándose por la primera de ellas los correspondientes pagos mensuales en concepto de tal arrendamiento. Similar contrato se había suscrito posteriormente entre PROSEGUR y ABANCA, en fecha 01.12.2017.

3.- El centro de trabajo de los demandantes se ubica en el Pg POCOMACO, Parcela F1 de A Coruña, compartiendo instalaciones con los trabajadores de ABANCA, existiendo una separación física entre aquellos y estos. La mercantil PROSEGUR ha mantenido a un empleado a modo de coordinador del servicio al que están adscritos los demandantes.

4.- Si bien por parte del personal de ABANCA se remitieron frecuentes correos electrónicos a, entre otros, los demandantes relativos a asuntos propios del desempeño ordinario de sus funciones, también son repetidos y constantes los mails remitidos en este sentido por personal de ESC SERVICIOS GENERALES S.L., el cual, en concreto, y de forma específica controlaba el absentismo de los trabajadores que tenía en el centro de trabajo de Pg POCOMACO.

5.- Los demandantes cuentan con sendas tarjetas de identificación en las que consta el logotipo corporativo de la mercantil ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., y en la que consta igualmente la identificación de "personal externo". Dichas tarjetas electrónicas no les permite el acceso a todas las dependencias existentes en dicho centro de trabajo.

6.- Con valor de hecho probado, el juzgador de instancia recoge en la fundamentación jurídica, que en desarrollo cotidiano del trabajo de los demandantes es ESC SERVICIOS GENERALES S.A., quien le imparte órdenes concretas, organiza los turnos de vacaciones y permisos, imparte cursos, por más que de forma puntual, se haga en coordinación con los responsables de ABANCA.

De lo que se colige que en supuesto enjuiciado no se produce el fenómeno interpositivo que caracteriza a la cesión ilegal, de aparecer en la posición empresarial quien no es realmente empresario, antes al contrario, las mercantiles demandadas POSEGUR y ESC SERVICIOS GENERALES tienen su propia organización, siendo ésta la que dirige y da las órdenes a los trabajadores demandantes y los mantiene bajo su control, quedando descartada la existencia de un negocio fraudulento y el hecho de que los trabajadores empleen los equipos informáticos de ABANCA tiene su explicación en el contrato de arrendamiento por el cual ESC GENERALES S.L., alquilaba a ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., una serie de puestos de trabajo en las instalaciones de ésta última en Pg POCOMACO, Parcela F-1 de A Coruña a efectos de que aquella prestase a ABANCA



CORPORACION S.A., los servicios de "Contrato de Telefonía Back Office", "Contrato de Gestión Hipotecaria" y "Contrato de Gestión Financiera", abonándose por la primera de ellas los correspondientes pagos mensuales en concepto de tal arrendamiento.

Por otro lado también queda descartada la equiparación entre los trabajadores de ESC SERVICIOS GENERALES y los de ABANCA, pues aunque compartan centro de trabajo, existe una separación física entre el espacio que ocupan unos y otros. Y lo que es más relevante, los demandantes no tienen acceso libre al conjunto de las instalaciones de ABANCA en el pg POCOMACO, sino tan solo a aquellas partes que resultan imprescindibles para el correcto desempeño de sus funciones, y sus tarjetas de identificación llevan el distintivo "personal externo".

En consecuencia, no se dan las características comunes ni concurren las circunstancias requeridas para estimar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. De ahí que al haber sido así entendido por el juzgador de instancia, es procedente la confirmación de la resolución recurrida, previa desestimación del recurso de suplicación formulado por los demandantes.

Por todo ello,

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de los demandantes contra la sentencia de fecha diez de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Uno de A Coruña en el procedimiento 569/16, sobre cesión ilegal de trabajadores, contra S.C. SERVICIOS GENERALES S.L. ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. y PROSEGUR AVOS ESPAÑA S.L., confirmando la expresada resolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.