



Roj: **STSJ M 9839/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:9839**

Id Cendoj: **28079340022016100771**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **398/2016**

Nº de Resolución: **782/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

251658240

NIG : 28.079.00.4-2014/0014793

Procedimiento Recurso de Suplicación 398/2016-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Procedimiento Ordinario 365/2014

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 782/16

Ilmos. Sres

D. /Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D. /Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D. /Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a 28 de septiembre de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 398/2016, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. JESUS DAVID GARCIA SANCHEZ en nombre y representación de INDRA SISTEMAS SA, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 365/2014, seguidos a instancia de D. /Dña. Laureano , D. /Dña. Sabino y D. /Dña. Jesús Manuel frente a ICA INFORMATICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL e INDRA SISTEMAS SA, en reclamación por DERECHOS,



siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:.

PRIMERO.- Los actores prestan servicios para la empresa codemandada "ICA INFORMATICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL", con la antigüedad, categoría profesional y salario diario prorrateado que para cada uno de ellos se indica a continuación:

D. Jesús Manuel : 17/07/2007; Técnico de Oficina; 60,27 €/día

D. Sabino : 25/01/2007; Técnico de Oficina; 71,23 €/día

D. Laureano : 19/04/2010; Técnico de Oficina; 47,95 €/día

(Hechos no controvertidos)

SEGUNDO.- Los actores D. Jesús Manuel y D. Laureano iniciaron su prestación de servicios para la mercantil ICA en virtud de la suscripción de un contrato por obra o servicio determinado, cuyo objeto era, respectivamente, "CAU de microinformática de INDRA" y "soporte técnico en el CAU de INDRA"; habiéndose convertido los referidos contratos en indefinidos en fecha 01/11/2008, respecto del Sr. Jesús Manuel , y en fecha 01/07/2012 respecto del Sr. Laureano . Por su parte, el actor D. Sabino inició su prestación de servicios para la mercantil ICA en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido en fecha 25/01/2007. (Documental de ICA: 1 a 8, 1 a 9 y 26 a 31)

TERCERO.- En los contratos de trabajo (temporal e indefinido) suscritos por D. Jesús Manuel con la empresa ICA figura como centro de trabajo el sito en la calle Alejandro Rodríguez 32, de Madrid. En el contrato de trabajo temporal suscrito por D. Laureano con la empresa ICA figura como centro de trabajo el sito en la calle Alejandro Rodríguez 32, de Madrid, si bien en el contrato indefinido suscrito el 01/07/2012 figura que el centro de trabajo está ubicado en la calle La Rábida 27 de Madrid. En el contrato de trabajo suscrito por D. Sabino con la empresa ICA figura como centro de trabajo el ubicado en la calle La Rábida 27 de Madrid. (Documental de ICA: 1 a 8, 1 a 9 y 26 a 31)

CUARTO.- La empresa "ICA INFORMATICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL" tiene su domicilio social en la calle La Rábida 27 de Madrid, si bien tiene otro centro de trabajo en la calle Alejandro Rodríguez 32, de Madrid. (Documental de ICA: 64 a 70)

QUINTO.- El actor D. Jesús Manuel ha venido prestando servicios informáticos para el CAU de INDRA, en el centro denominado "Anabel Segura", propiedad de INDRA, realizando funciones como Técnico de Nivel 0 y 1, mediante la asistencia telefónica a los usuarios (empleados de INDRA) desde centralita; utilizando para ello diversas aplicaciones informáticas de INDRA, así como el material y herramientas propiedad de esta empresa.

SEXTO.- Los actores D. Laureano y D. Sabino vienen prestando servicios informáticos para el CAU de INDRA, en el centro de trabajo sito en Arroyo de la Vega, propiedad de INDRA, realizando funciones como Técnico de Nivel 0 y 1, mediante la asistencia telefónica a los usuarios (empleados de INDRA) desde centralita; utilizando para ello diversas aplicaciones informáticas de INDRA, así como el material y herramientas propiedad de esta empresa.

SEPTIMO.- Dentro del servicio del centro de atención a usuarios (CAU) las funciones de Técnico de Nivel 2 implican la resolución de incidencias informáticas de forma presencial "in situ", mientras que las funciones de Técnico del Nivel 0 y 1 consisten en la resolución de incidencias informáticas rápidas y en facilitar soporte telefónico a los usuarios (empleados de INDRA), con conexión remota a sus máquinas si es necesario. (Hecho no controvertido)

OCTAVO.- En el CAU de INDRA las funciones propias del nivel 0 y 1 venían siendo desarrolladas íntegramente por empleados de la empresa ICA, a quienes algunas veces también se encomendaban funciones del nivel 2 para algún servicio puntual. (Testifical Sra. Casilda)



NOVENO.- Los actores disponen de una tarjeta de "servicios profesionales externos" de INDRA para acceder al centro de trabajo, así como de una contraseña o clave de usuario facilitada por la empresa INDRA para poder acceder a los ordenadores y programas informáticos de esta sociedad y de una dirección de correo electrónico de INDRA.

DECIMO.-En fecha 01/09/2012 las mercantiles codemandadas ICA e INDRA suscribieron un Acuerdo Marco de Servicios cuyo objeto consistía en la regulación de los términos y condiciones aplicables a la prestación, por parte del proveedor (ICA) para INDRA de los servicios que INDRA pueda solicitarle a través de las correspondientes peticiones de servicios emitidas a partir de la fecha del presente contrato; estableciéndose que las peticiones de servicio formaran parte indisoluble del contrato y se adjuntaran a él como anexos.

En la clausula 4.1 del referido acuerdo marco se establece que las prestación de servicios por el proveedor podrá realizarse en sus locales y con sus propios materiales, o en los locales de INDRA o de cualesquier tercero cliente de INDRA. Por lo que respecta al equipamiento, se establece en la clausula 4.2 que el proveedor debe disponer de todos los medios materiales y humanos para el correcto desempeño de los servicios objeto del Acuerdo Marco, y que si para el desarrollo del mismo fuera necesaria la utilización de medio de INDRA la cesión de uso al proveedor de dichos medios no implicará la pérdida, por parte de INDRA, de la propiedad o de los derechos que INDRA detentare sobre los mismos, así como que en este caso el proveedor abonará a INDRA el importe convenido a tal efecto por la cesión del uso de los medios, el cual será descontado del previo del servicio.

Por lo que respecta a los sistemas de información, en la clausula 4.3 del Acuerdo Marco se establece que cuando el proveedor preste sus servicios en las instalaciones de INDRA, o de un tercero cliente, y sea necesario que tenga acceso a los sistemas de información o de tecnología de la información de INDRA o del tercero, el proveedor y su personal utilizarán los sistemas a los que tengan acceso de acuerdo con la normativa y procedimientos de INDRA, o del tercero, relativos al uso de los sistemas de información; así como que el proveedor, atendiendo a los sistemas a los que su personal vaya a tener acceso, dará traslado de los manuales de INDRA que procedan, o/y de la normativa aplicable del tercero cliente, a dicho personal.

De la clausula 7 del citado Acuerdo Marco, relativa al personal del proveedor empleado en la prestación de los servicios, se desprende que el proveedor ejecutará por sí mismo la prestación de servicios objeto del Acuerdo y deberá prestar los servicios con personal propio de plantilla; así como que la dependencia jurídica y funcional de los trabajadores empleados en la prestación de los servicios será del proveedor, a cuya plantilla pertenecen, destinando al cumplimiento de sus obligaciones las personas necesarias que estime convenientes para la adecuada prestación de los servicios contratados, quienes estarán exclusivamente bajo su dirección y dependencia, sin que vengan obligadas a cumplir órdenes o seguir instrucciones que no emanen de su estructura jerárquica.

Por otro lado, en la clausula 8 se prevé una coordinación entre las partes; estableciéndose que ambas nombrarán responsables par la centralización de todas las cuestiones relativas a la ejecución de los servicios, quienes actuaran como coordinadores e interlocutores entre las partes; debiendo los coordinadores designados reunirse con regularidad y con la periodicidad que la práctica aconseje y en todo caso al a finalización de la actividad. Dichos coordinadores revisarán el estado de los servicios y adoptaran las decisiones pertinentes en relación a los mismos.

(Documento nº 1 de INDRA)

UNDECIMO.- En noviembre de 2009, noviembre de 2012 y diciembre de 2013 la empresa ICA presentó ofertas para la prestación del servicio del Centro de Atención al Usuario (CAU) en el Nivel 0 y 1 de la mercantil INDRA que fueron aceptadas por ésta. (Documental de ICA: 42 a 62 y 81 a 85 - Documentos 2 y 3 de INDRA)

DUODECIMO.- Los actores prestaban sus servicios de asesoramiento informático en centro de trabajo propiedad de INDRA compartiendo espacio y funciones con otros trabajadores de esta sociedad y recibiendo instrucciones y directrices, conjuntamente con estos, de la Gerente del Departamento de Sistemas de Información de INDRA, D^a Casilda . (Documentos 14 y 15 del actor Sr. Jesús Manuel - Documentos 13 y 15 de los actores Sr. Laureano y SR. Sabino - Testifical Sr. Julián , Sra. Emilia y Sra. Casilda)

DECIMO TERCERO.- Los actores solicitaban la autorización de sus vacaciones a la empresa ICA mediante la correspondiente aplicación informática de la intranet, si bien estas debían coordinarse con las del resto del personal adscrito al servicio, bajo la supervisión de D^a Casilda . (Documento 6 de los actores - Documentos 101, 124 y 125 de ICA - Testifical Don. Evaristo)

DECIMO CUARTO.- Los actores recibían formación a través de su empresa empleadora ICA, pero también han recibido formación a través de la empresa INDRA, fundamentalmente en relación con la utilización de



programas o aplicaciones propias de esta empresa. (Reconocimiento de la empresa - Documento 10 de la actora - Documentos 126 y 127 de ICA -Testifical Don. Evaristo)

DECIMO QUINTO.- Desde aproximadamente mediados del mes de marzo de 2014, los actores ya no prestan servicios en el centro de trabajo de INDRA, habiéndoles comunicado la empresa ICA la finalización del desplazamiento por razón de servicio al cliente INDRA y que deberían personarse en las instalaciones de la empresa sitas en la calle La Rábida nº 27 de Madrid. (Documental de la parte actora: 3 y 4

DECIMO SEXO.- Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

DECIMO SEPTIMO.- Por la parte actora se presentó la preceptiva papeleta a fin de celebrar el previo acto de conciliación.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"ESTIMANDO LAS DEMANDAS INTERPUESTAS POR D. Jesús Manuel , D. Sabino Y D. Laureano FRENTE A LAS EMPRESAS "ICA INFORMATICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL" E "INDRA SISTEMAS SA", EN RECLAMACIÓN DE DERECHOS; DEBO DECLARAR Y DECLARO LA EXISTENCIA DE UNA CESION ILEGAL DE LOS TRABAJADORES DEMANDANTES ENTRE LAS ENTIDADES CODEMANDADAS, ACTUANDO ICA COMO CEDENTE E INDRA COMO CESIONARIA, CONDENANDO A AMBAS A ESTAR Y PASAR POR ESTA DECLARACION Y, CONFORME A LO SOLICITADO POR LOS ACTORES, SE RECONOCE SU RELACION LABORAL CON LA EMPRESA INDRA SISTEMAS SA CON RECONOCIMIENTO DE SU ANTIGÜEDAD. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por INDRA SISTEMAS SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la parte actora.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13/7/16 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declara la existencia de una cesión ilegal de los trabajadores Jesús Manuel , Sabino y Laureano , entre las entidades codemandadas, actuando ICA INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL como cedente e INDRA SISTEMAS SA como cesionaria, reconociendo la relación laboral de los demandantes con la empresa INDRA SISTEMAS SA y también su antigüedad, la representación letrada de INDRA SISTEMAS SA (en adelante INDRA) interpone recurso de suplicación formulando cinco motivos destinados a la nulidad de actuaciones, revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado solicitando la revisión del hecho probado décimo séptimo para que se indique la fecha de presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC y la pretensión debe prosperar en primer lugar porque este hecho se recoge en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida y debe considerarse trasladado al relato fáctico y en segundo lugar porque la referencia que se hace al acto de conciliación debe entenderse realizada a su contenido íntegro.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 a) de la LRJS , expone, en síntesis, que debió admitirse la excepción de falta de acción de los demandante y carencia sobrevenida de objeto ya que cuando interpusieron la demanda no estaba viva la supuesta relación alegada con INDRA y porque no procedieron a demandar a esta empresa por despido cuando se puso fin a la supuesta cesión ilegal.

La Jurisprudencia unificadora en sentencia de fecha 18-7-2002, rec. 1289/2001 , tiene declarado que :

" La denominada "falta de acción" no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con:

A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular.

B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada.

C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas.



D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada. Pues bien, desde ninguna de esas perspectivas cabe llegar a la conclusión que alcanza la sentencia recurrida.

(...) La sentencia dedica los argumentos del que hemos considerado primer motivo o causa de estimación de la excepción, ya enumerados y resumidos en el fundamento cuarto a razonar sobre un supuesto desajuste entre la acción ejercitada y su titular.

La doctrina científica y judicial mayoritaria considera el derecho de acción, como el derecho a acudir a los órganos judiciales y obtener en el proceso un pronunciamiento de fondo sobre los derechos sustantivos de los que el accionante afirma ser titular o tener un interés legítimo respecto de ellos. Ahora bien, ese pronunciamiento de fondo puede no llegar producirse si se alega por la contraparte la denominada, en la praxis, excepción de "falta de acción" y se prueba la inexistencia de la titularidad o de la posición de interés legítimo que en relación con el derecho sustantivo esgrime el accionante para recabar su tutela. Cabe pues afirmar que la excepción sólo puede ser acogida frente a quien no es titular o carece de dicho interés. Desde ese prisma, el acogimiento de la excepción de falta de acción guarda íntima relación con la legitimación procesal activa. Así lo reconoció esta Sala al señalar en su sentencia de 29-6-1998 (rec. 5/1998) que "la legitimación implica y presupone que unas determinadas personas se encuentren inicialmente, al menos en apariencia, en una situación de especial afectación en cuanto a la relación jurídico-material deducida en el proceso".

En cuanto al momento en que debe presentarse la reclamación solicitando la declaración de cesión ilegal, señala la jurisprudencia unificadora en STS de 21/06/2016, recurso nº 2231/2014 :

>>(…) Entrado en el fondo del asunto, debe concluirse, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la doctrina jurídicamente correcta es la aplicada en la sentencia de contraste, pues a los exclusivos fines de la responsabilidad solidaria ex art. 43 ET por cesión ilegal exigible en un proceso de despido, – como regla y salvo excepcionales supuestos de fraude –, la situación de cesión debe estar vigente en el momento de presentación de la demanda. Así, – entre otras, SSTS/IV 8-julio- 2003 (rcud 2885/2002), 14-septiembre-2009 (rcud 4232/2008), 7-mayo-2010 (rcud 3347/2009), 29-octubre-2012 (rcud 4005/2011) y las anteriores que en ellas se citan –, se ha declarado que:

a) " La buena doctrina ... es ... la sustentada por la de contraste, que invoca la doctrina unificada de esta Sala plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2003 (rec 2885/02), que resume así: "Es cierto que el tenor del art. 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal "; que " Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986, la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito sine qua non, que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982) " "; que " La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL . Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir " y, finalmente, que " Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido (sentencias de 16-2-1989, 13-12 - 1990, 19-1-94 -rec. 3400/92 y 21-3-97 -rec. 3211/96, entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -- o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec 909/02) y 27-12-02 (rec 1259/02) -- sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET " (STS/ IV 14-septiembre-2009 -rcud 4232/2008);

b) "... ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de



fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (STS de 8 de julio de 2.003 -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 -rcud. 4232/08 - entre otras) " y que " En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC , cuando se producen los efectos de la litispendencia " (STS/IV 7-mayo-2010 -rcud 3347/2009); y

c) " La cuestión que se plantea es la de determinar en qué fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda, a favor de éste último, siendo exponente de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (rcud 3347/2009) .. ." (STS/IV 29-octubre-2012 -rcud 4005/2011).

5.- Excepcionalmente, para evitar el fraude, por esta Sala se ha declarado fraudulenta la actuación empresarial que pretendía evitar la ejecución de sentencias firmes declarando la existencia de cesión ilegal y en los que durante su tramitación la empresa formal efectuaba el despido del trabajador demandante antes de que recayera sentencia firme en el proceso sobre declaración cesión ilegal iniciado antes del despido y en la que se reconocía el derecho del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa real; así, entre otras, SSTS/IV 3-octubre-2012 (rcud 4286/2011) y 11-diciembre-2012 (rcud 271/2012), en esta última se concluye que " En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala si bien existe una sentencia - declarando la procedencia del despido de los actores- que adquirió firmeza con anterioridad a la sentencia -declarando cesión ilegal- cuya ejecución se solicita, no es menos cierto que tal despido se efectuó por el empresario formal fundamentándolo en la finalización de la contrata suscrita con la empresa formal, habiendo razonado la sentencia sobre cesión ilegal que es en la realización de la contrata desde donde se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. La no ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal la dejaría sin contenido, posibilitando supuestos de fraude procesal ". >>.

Para la resolución del motivo debemos tener en cuenta que los demandantes interpusieron papeleta de conciliación ante el SMAC el 28/02/2016, que se celebró sin avenencia el 18/03/2014 frente a ICA INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL e intentado y sin efecto respecto de INDRA que no compareció pese a estar debidamente citada. El 21/03/2014, los demandantes interpusieron demanda.

Desde mediados del mes de marzo de 2014, aproximadamente, ya no prestaban servicios en el centro de trabajo de INDRA, habiéndoles comunicado la empresa ICA la finalización del desplazamiento por razón del servicio al cliente INDRA y que deberían personarse en las instalaciones de la empresa sita en la calle La Rábida nº 27 de Madrid (hecho probado décimo quinto).

Señala la parte impugnante del recurso que la conducta empresarial de derivar a los actores a otro centro de trabajo una vez que se interpuso la papeleta de conciliación ante el SMAC no debe perjudicar a los trabajadores y a la acción entablada.

Evidentemente la acción estaba viva cuando presentaron las papeletas de conciliación ante el SMAC, pues continuaban prestando servicios en el centro de INDRA, pero no cuando los trabajadores interponen la demanda ya que la empresa ICA decidió la finalización del desplazamiento por razón del servicio al cliente INDRA y que deberían personarse en sus instalaciones sita en la calle La Rábida nº 27 de Madrid (hecho probado décimo quinto).

En pretensión idéntica en cuanto a las fechas de celebración del acto de conciliación ante el SMAC, presentación de la demanda y empresas demandadas, esta Sala en sentencia de fecha 20/04/2016, recurso nº 758/2015 , concluye que la parte demandante " tiene acción y que no ha sobrevenido la pérdida del objeto de la misma ", basándose en sentencia de la Sección 1ª de esta Sala de 23/01/2015, recurso 705/2014 , y en el presente caso, basándonos en los argumentos expuestos por las sentencias citadas de esta Sala, y la reciente STS de 21/06/2016, recurso nº 2232/2014 procede desestimar el motivo, pues los trabajadores fueron desplazados del centro por razón de servicio al cliente INDRA, no por conclusión de la contrata, sino cuando la empresa tenía conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC y ello se efectúa con afán de perjudicar a los mismos para evitar que la relación laboral se mantuviese en las mismas



condiciones, si presentaban la demanda a continuación de la celebración del acto de conciliación ante el citado organismo.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS :

1.-En el segundo motivo interesa la revisión del hecho probado noveno proponiendo la siguiente redacción:

" Los actores disponen de una tarjeta de >>servicios profesionales externos>> de INDRA para acceder al centro de trabajo, así como de una contraseña o clave de usuario facilitada por la empresa INDRA para poder acceder a los ordenadores y programas informáticos de esta sociedad y de una dirección de correo electrónico de INDRA, AMBOS CON LA ESTRUCTURA >>servicios indra.es >>".

La redacción no puede prosperar al no desprenderse directamente de la documental que cita, debiendo señalarse que el contenido que obra al folio nº 1052 constituye una prueba testifical documentada, si la misma ha sido ratificada a presencia judicial, que es inhábil a efectos de revisión.

2.-En el tercer motivo la revisión del hecho probado duodécimo proponiendo la siguiente redacción:

"Los actores prestaban sus servicios de asesoramiento informático en centro de trabajo propiedad de INDRA compartiendo sala aunque en espacios separados con otros trabajadores de esta sociedad y recibiendo instrucciones y directrices, conjuntamente con estos, de la Gerente del Departamento de Sistemas de Información de INDRA, D^a Casilda ".

La revisión se desestima porque la juzgadora de instancia ha obtenido la redacción del mismo de la prueba documental y testifical que cita, sin que de los folios que cita se desprenda directamente, sin necesidad de conjeturas o suposiciones, la redacción pretendida.

3.-En el cuarto motivo propone la adición de un hecho con el siguiente contenido:

" D. Jorge , trabajador de ICA, era el coordinador del servicio en el centro de trabajo de Indra, organizaba las vacaciones, gestionaba las ausencias y ejercía funciones disciplinarias respecto de los trabajadores de ICA ".

La adición no puede prosperar porque los documentos que cita ya han sido valorados por la juzgadora de instancia, como se desprende del cuarto fundamento de derecho, para llegar a conclusión contraria a la interesada.

TERCERO.-En el quinto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 43 del ET y jurisprudencia que lo interpreta. En síntesis expone que de los hechos probados se desprende la inexistencia de cesión ilegal.

Los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias, debiendo entonces acudir a tal fin a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal o si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17-01-1991), e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (STS 16-02-1989), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS 19-01-1994, recurso nº 3400/1992 y 12-12-19997, recurso nº 3153/1996). La jurisprudencia, en estas últimas sentencias citadas, ha precisado los criterios para calificar como ilegal la cesión de mano de obra, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando "nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial", añadiendo que "el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio". En la STS de 12-12-1997 (recurso nº 3153/96) se declaró la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, en un supuesto en el que los trabajadores contratados temporalmente por una sociedad filial pasaron a realizar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, bajo su dirección y control, atendiendo las consolas o monitores del centro de recepción de alarmas y teleservicios cuya instalación había adquirido previamente la empresa principal a la filial, no constando que la filial hubiera aportado elementos personales o materiales propios para el desarrollo de la actividad de los trabajadores, salvo en aspectos secundarios (uniforme o pago de nóminas),



y resultando que la compensación de los servicios prestados por la empresa filial a la principal no se llevaba a cabo mediante un precio unitario sino atendiendo a las horas de trabajo y kilómetros recorridos por los servicios del centro de recepción de alarmas y teleservicios. Afirmándose que no es obstáculo a la existencia de cesión ilegal la circunstancia de que la empresa cedente conserve la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores formalmente contratados por ella.

La jurisprudencia unificadora en STS 17/12/2010, recurso nº 1647/2010, señala:

" la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

(...) Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24- noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia".

(...) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

(...) lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

(...) La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores."

La jurisprudencia expuesta es aplicable al presente caso.

Los demandantes han prestado servicios de asesoramiento informático en centros propiedad de INDRA (hecho probado duodécimo), realizando funciones de asistencia telefónica a los usuarios (empleados de INDRA)



desde centralita, utilizando diversas aplicaciones informáticas de INDRA, así como el material y herramientas propiedad de esta empresa (hechos probados quinto y sexto); compartían espacio y funciones con otros trabajadores de esta sociedad, recibiendo instrucciones y directrices, conjuntamente con estos, de la Gerente del Departamento de Sistemas de Información de INDRA, D^a Casilda (hecho probado duodécimo). En cuanto a las vacaciones, solicitaban autorización de su disfrute a la empresa ICA mediante la correspondiente aplicación informática de la intranet, pero debían coordinarse con las del resto de personal adscrito al servicio, bajo la supervisión de D^a Casilda (hecho probado decimotercero), por lo que quien realmente decidía era INDRA. Han recibido formación a través de ICA pero también a través de INDRA, fundamentalmente en relación con la utilización de programas o aplicaciones propias de esta empresa (décimo cuarto). El hecho que tuviesen tarjetas de acceso diferenciadas de los trabajadores de INDRA, es un mecanismo meramente formal para dar cobertura a una diferenciación que de hecho no existía. No ha quedado acreditado que los demandante desarrollaran sus funciones completamente diferenciadas de las del resto de personal de INDRA adscrito al CAU, existiendo una interrelación entre todos ellos en la realización del trabajo diario. Por tanto, estando ante una prestación de servicios de los demandantes que se ha desarrollado en todo momento en la sede de la empresa cesionaria, con el mismo material y con las mismas funciones que el personal propio de ésta y sujeto a órdenes de un superior perteneciente a INDRA, debemos considerar que estamos ante una cesión ilegal, como señala la sentencia de esta Sala de 20/04/2016, recurso nº 758/2015, lo que lleva a desestimar el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de la empresa INDRA SISTEMAS S.A.** contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, en autos nº 365/2014, seguidos a instancia de Jesús Manuel, Sabino y Laureano contra ICA INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES AVANZADAS SL e INDRA SISTEMAS S.A., en reclamación por DERECHOS A QUE SE LES RECONOZCA UNA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA CON INDRA SISTEMAS S.A., confirmando la misma. Se condena a la empresa a la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará destino legal, y a que abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 500 € en concepto de honorarios de Abogado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0398-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00- 0398-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.



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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ