



Roj: **STSJ M 1939/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:1939**

Id Cendoj: **28079340022017100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **22/02/2017**

Nº de Recurso: **1186/2016**

Nº de Resolución: **202/2017**

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

NIG : 28.079.00.4-2016/0000489

Procedimiento Recurso de Suplicación 1186/2016-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid Despidos / Ceses en general 34/2016

Materia : Despido

Sentencia número: **202/2017**

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a veintidós de febrero de dos mil diecisiete 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 1186/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA CAYETANA CRISTOS EGUILIOR en nombre y representación de INDRA SISTEMAS SA, contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 34/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Jose Augusto frente a INDRA SISTEMAS S.A., AVANSIS INTEGRACION S.L. y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, 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.- El demandante Jose Augusto con D.N.I NUM000 , prestó servicios laborales por cuenta y órdenes de la empresa AVANSIS INTEGRACION SL, con antigüedad reconocida de 1-10-2002 con categoría profesional de Oficial 1ª NIVEL 5 percibiendo un salario bruto mensual de 2.373,66.- euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias en el centro de trabajo de INDRA SISTEMAS SA.*

SEGUNDO.- La relación laboral del demandante con las demandadas que se inició el 1-10-2002 ha sido la siguiente mediante la suscripción de contratos de trabajo indefinidos.

1.-Del 1-10-2002 al 31-12-2002 mediante contrato con la empresa RANDSTAD PROJECT SERVICES SL.

2.-Del 2-1-2003 al 31-8-2005 UMANO SERVICIOS INTEGRALES SA.

3. Del 1-9-2005 al 30-11-2008 mediante contrato con RANDSTAD PROJECT SERVICES SL.

4. Del 1-12-2008 con AVANSIS INTEGRACION SL.

TERCERO.- La prestación de servicios del actor desde el 1-10-2002 ha sido sin solución de continuidad y siempre en las instalaciones y centro de trabajo de INDRA SISTEMAS SA en el Edificio DASS en el Departamento de Pruebas en Torrejón de Ardoz, realizando pruebas de calidad de equipos de microelectrónica de radio frecuencia del sistema de seguridad del Avión de Combate europeo.

CUARTO.- Las diferentes empresas para las que el trabajador ha prestado servicios habían sido adjudicatarias de INDRA, mediante "Acuerdo Marco" para la prestación de servicios que INDRA solicitase a través de "Petición de Servicio".

Consta Propuesta de prestación de servicios suscrito entre INDRA y AVANSIS de fecha 1-12-2008 cuyo concepto es "Servicio de asistencia técnica para pruebas en CPRF" Doc. 4 AVANSIS.

Asimismo consta Petición de Servicios suscrita entre ambas empresas con fecha de inicio 1-9-2008 y finalización 31-8-2009, no constando prórroga, con número de referencia PSAVANSIS 001 con objeto "Servicios Técnicos en el área de radiofrecuencia realizando la fabricación y corte de los sustratos de los circuitos electrónicos" QUE CONSTITUYR Anexo al Acuerdo Marco de servicios suscrito entre ambas empresa el fecha 26-12-2006. Para la cancelación del servicio es preciso preaviso con antelación de 30 días. -Doc. 4 AVANSIS.

Con fecha 15-3-2012 INDRA SISTEMAS SA y AVANSIS INTEGRACION SL suscribieron Petición de Servicios por el que la segunda realizaría para la primera el servicio relativo a "Prueba de elementos tipo LRU fabricados en la línea de producción seriada" cuya vigencia se extendería hasta el 21-12-2012, previéndose su prórroga comunicada con antelación. No constan comunicaciones escritas de prórroga.

Doc. 2 INDRA.

QUINTO.- El Departamento de Pruebas de INDRA esta formado por siete trabajadores de los cuales 4 eran de la plantilla de INDRA entre ellos el Responsable del Laboratorio, Anton y el resto, incluido el actor, pertenecientes todos a diferentes empresas ajenas externas de forma sucesiva.

El actor siempre ha recibido las órdenes de trabajo del personal de INDRA dependiendo jerárquicamente de ellos. En el centro de trabajo no hubo nunca un coordinador o responsable de las empresas contratistas que supervisara la prestación de servicios del actor o quien este pudiera dirigirse para tratar cuestiones relativas a permisos, licencias, ausencias, bajas. Todo el material, instrumentos, utensilios, repuestos y lo necesario para el desempeño de su trabajo era propiedad del INDRA, no distinguiéndose de trabajadores de plantilla de INDRA Testifical SR Ildefonso y SR Anton .

El Responsable del Laboratorio era quien daba a todos los operarios las órdenes diarias de trabajo dando el Visto Bueno a lo que llaman "Hoja de Ruta" que contienen las tareas realizadas, tiempo invertido y el material utilizado.- Doc. 31,32 del actor

Al final del mes el Responsable del Laboratorio daba el visto bueno, a la empresa de turno correspondiente y en concreto a AVANSIS, un parte con el recuento de horas realizadas por el actor.- Testifical Sr. Anton y doc. 38 actor.

Las vacaciones las organizaba INDRA para que el servicio estuviera siempre cubierto comunicando después a la empresa en cuestión las fechas de disfrute de cada operario.

El actor participaba en cursos de formación durante su tiempo de trabajo organizados por INDRA al que asistían juntos trabajadores tanto de INDRA como De AVANSIS y de otras empresas externas- Doc. 31 actor.

QUINTO.- Con fecha 26-5-2015 el actor presentó Papeleta de Conciliación contra las empresas aquí demandadas interesando que se le reconociera el carácter indefinido de su relación laboral con INDRA por cesión ilegal.

El día 12-6-2015 se celebró el Preceptivo Acto de conciliación sin avenencia.

Interpuso el actor demandada que ha sido turnada al Juzgado social nº28 cuyo juicio está suspendido. Doc. 1 y 2 actor.

SEXTO.- El mismo día 12-6-2015 la empresa AVANSIS entregó al actor carta por la que le comunicaba que dado que INDRA había suprimido el servicio al que estaba destinado, a partir del lunes 15 de junio y hasta el 15 de septiembre pasará a prestar servicios en el centro de trabajo de la empresa dedicado a preparar la adaptación del laboratorio técnico. Doc. 3 actor.

Ante esta comunicación el actor presentó demanda por Modificación de Condiciones de trabajo que fue turnada al Juzgado social nº 28 estando pendiente de juicio.

SEPTIMO.- El 10 de junio INDRA remite a AVANSIS correo electrónico con el siguiente texto: "Comunicamos la finalización del servicio con código TGP-RG39, siendo su último día el 11-6-2015. -Doc. 14 bis AVANSIS.

Al día siguiente, INDRA comunica de nuevo a AVANSIS carta con el siguiente contenido:

"Por medio de la presente, le comunicamos, que debido a una caída de la actividad contratada por parte de nuestros clientes, nos vemos en la obligación de finalizar el servicio contratado en virtud de referencia TGP-RG39 relativa a la "ejecución de los servicios de prueba de elementos tipo LRU fabricados en la línea de producción seriada", lo que comunicamos a los efectos oportunos. -Doc. 3 AVANSIS

OCTAVO.- Tras la salida del trabajador demandante el 12-6-2015 de INDRA, su trabajo ha continuado realizándose por dos trabajadores de la plantilla de INDRA. -Testifical Sr. Ildefonso y Sr. Anton .

NOVENO.- Desde el día 15 de junio el actor ha realizado en el centro de trabajo de AVANSIS inventario de enseres y existencias de las distintas estancias, nave, almacén, salas auditorio, zonas comunes que incluyera - mobiliario, luminarias, seguridad, climatización, electricidad.... -Doc. 5 AVANSIS.

DECIMO.- Mediante carta de fecha 19-11-2015 la empresa AVANSIS comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art 52 c) del ET por causas productivas y organizativas cuyo contenido por obrar al folio 9 de los autos se da por reproducido a efectos de integrar este hecho probado y que esencia consisten en que INDRA ha rescindido el contrato con ellos careciendo de otro puesto de trabajo.

UNDECIMO.- En 2009 la Autoridad Laboral de la CAM interpuso demanda de Procedimiento de Oficio solicitando que se declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores frente a las empresas RANDSTAD PS como cedente e INDRA como cesionaria relativa a un total de 77 trabajadores que prestaban servicios en el área de montaje y área de pruebas de la Sala Limpia entre los que no se encontraba el actor. -Doc. 26 actor

El Juzgado de social nº 12 dictó sentencia el 30-3-2010 en autos 975/2009 estimatoria de la demandada de Oficio. -Doc. 27.

DUODECIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

DECIMO TERCERO.- Se agotó la vía administrativa previa."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que estimando la demanda interpuesta por Jose Augusto contra INDRA SISTEMAS SA, AVANSIS INTEGRACION SL, MINISTERIO FISCAL y previa declaración de cesión ilegal del trabajador demandante, declaro nulidad del despido de fecha 19-11-2015 condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la INDRA SISTEMAS SA a readmitir e integrar en su plantilla al trabajador demandante como personal indefinido con las circunstancias profesionales fijadas en esta resolución, y condenando solidariamente a las empresas demandadas INDRA SISTEMAS SA, AVANSIS INTEGRACION SL al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su readmisión, debiendo el trabajador reintegrar el importe de la indemnización percibida. Condenando asimismo solidariamente a las empresas demandadas al abono en concepto de indemnización reparadora de los daños causados por vulneración de derechos fundamentales de garantía de indemnidad en el despido causado al abono al actor de la cantidad de 10.000.-euros."



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por INDRA SISTEMAS S.A., formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por D. Jose Augusto y AVANSIS INTEGRACIÓN S.L.

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 22 de febrero de 2017 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 previa declaración de cesión ilegal del trabajador demandante, declara la nulidad del despido de fecha 19/11/2015, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a Indra Sistemas S.A. a readmitir e integrar en su plantilla al trabajador demandante como personal indefinido con las circunstancias profesionales fijadas en la sentencia recurrida, condenando solidariamente a las empresas demandadas al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión, debiendo el trabajador reintegrar el importe de la indemnización percibida, y al abono de la cantidad de 10.000,00 euros en concepto de indemnización reparadora de los daños causados por la vulneración de derecho fundamental de garantía de indemnidad en el despido causado, la representación letrada de INDRA SISTEMAS S.A. interpone recurso de suplicación formulando cinco motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado por las representaciones letradas del demandante y de la empresa codemandada.

Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS :

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

" La relación laboral del demandante con las demandadas que se inició el 1 de enero de 2003 ha sido mediante la suscripción de contratos de trabajo indefinidos:

Del 2-1-2003 al 31-8-2005 UMANO SERVICIOS INTEGRALES S.A.

Del 1-9-2005 al 30-11-2008 mediante contrato con RANDSTAD PROJECT SERVICES SL.

Del 1-12-2008 con AVANSIS INTEGRACIÓN SL."

La revisión fáctica la fundamenta en la demanda interpuesta en cuyo hecho primero indica que ha trabajado desde el 02/01/2003, expresando los distintos períodos que ha prestado servicios en cada empresa de la subcontrata.

La demanda, a pesar de que formalmente constituye un documento, no posee ninguna virtualidad revisora, al contener alegaciones de parte, a las cuales, en el mejor de los casos, podrá atribuírsele el carácter de prueba de interrogatorio de la parte que formula la misma, pero nunca de prueba documental, sin embargo respecto de los hechos sobre los que exista conformidad deben darse como probados en cuanto puedan ser trascendentes o necesarios para el enjuiciamiento de los temas objeto de debate. En el presente caso, en el acto de juicio, la parte actora modificó la antigüedad en base a la reconocida por la empresa AVANSIS en la carta de extinción del contrato por causas objetivas, que no ha causado indefensión alguna a las partes.

2.-En el segundo motivo solicita la revisión del hecho probado tercero proponiendo la siguiente redacción:

"La prestación de servicios del actor desde el 2-01-2003 ha sido sin solución de continuidad y siempre en las instalaciones y centro de trabajo de INDRA SISTEMAS SA en el edificio DASS en el Departamento de Pruebas en Torrejón de Ardoz, realizando prueba de elementos microelectrónicos LRU del sistema de seguridad del avión de Combate Europeo. "

Se solicita la modificación de este hecho en relación a la modificación interesada en el motivo anterior y al no prosperar la misma, también debe decaer ahora en cuanto a la revisión de la fecha de inicio de la prestación de servicios, y en cuanto a la revisión de que realizaba " *pruebas de calidad de equipos de microelectrónica de radio frecuencia del sistema de seguridad de Avión de Combate europeo.* " y su sustitución por " *realizando prueba de elementos microelectrónicos LRU del sistema de seguridad del avión de Combate Europeo*", la misma no puede prosperar porque debe precisar el documento, indicando el número de folio, del que se deduzca directamente la redacción pretendida, y en aquellos supuestos en aquel sea de gran extensión, a determinada parte de dicho documento, y la recurrente cita la prueba documental obrante a los folios nº 590 a 625, sin



precisar de cuál de ellos se desprende directamente la redacción interesada, sin que la misma se deduzca del documento obrante al folio nº 634.

3.-En el tercer motivo interesa la revisión del párrafo cuarto del hecho probado quinto proponiendo la siguiente redacción:

"Al final del mes el Responsable del Laboratorio daba el visto bueno, al parte entregado por los trabajadores externos a sus empresas y en concreto por el actor a AVANSIS, con el recuento de horas realizadas por el actor. Las vacaciones las solicitaba el actor directamente a Avansis, empresa responsable del otorgamiento de las mismas, la cual se aseguraba que el servicio en INDRA estuviera siempre cubierto .".

La revisión la ampara en los documentos obrantes a los folios nº 93 a 115, 587, 588 y 1291 a 1311. La revisión en cuanto a la primera parte de este párrafo no puede prosperar pues el mismo ha sido obtenido de la documental y testifical, sin que de los folios que cita se desprenda error en la valoración de la prueba. En cuanto a la modificación respecto a las vacaciones, la misma no puede prosperar al basarse en correos electrónicos que por su naturaleza no constituye un documento fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio al que se refiere el artículo 326 de la LEC ; ni por lo tanto constituye un instrumento hábil a los efectos de alterar los hechos probados de la sentencia de instancia, sino la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter, de manifestación personal, por el hecho de haberse plasmado por escrito. Se trata de un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano Jurisdiccional de Instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultad que otorga el art. 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en cuyo ámbito esta Sala de Suplicación no puede entrar.

SEGUNDO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 43 del ET y de la jurisprudencia. En síntesis expone que no estamos ante una situación en que distintas empresas van sucediéndose en la prestación de servicios y subrogándose en el contrato de trabajo del actor a fin de constar como su empleador a efectos formales sin ejercer ningún poder real y efectivo sobre el mismo ya que fue contratado por Umano que comenzó a prestar servicios especializados que la recurrente tenía externalizados con su empleadora hasta 2008, año en que se adjudicó la prestación de servicios a la empresa Avansis. Esta última, como adjudicataria del contrato de prestación de servicios ofrece al demandante la posibilidad de integrarse en su plantilla, subrogándose en la relación que mantenía con Umano, que el trabajador acepta; que el hecho que el actor lleve 12 años prestando servicios en las instalaciones de la recurrente no es razón suficiente para declarar que es trabajador de la misma, pues de esa forma se impondría un límite temporal a las contrataciones que no existe en el ordenamiento jurídico; que las prórrogas del contrato de prestación de servicios se efectuaron por periodos anuales hasta su extinción el 11/06/2015, habiéndose pagado las facturas emitidas por Avansis; que esta empresa puso en juego para la prestación del servicio sus medios personales y materiales, otorgando a sus trabajadores las herramientas y ropa de trabajo que no requería de especial protocolización e Indra ponía a disposición del trabajador determinados materiales específicos del proyecto por la especial naturaleza de seguridad de la actividad a desempeñar; que los servicios a prestar por los trabajadores adscritos a la contrata eran servicios de pruebas a realizar con un plazo de respuesta determinado, lo que hace que carezca de sentido que cuando existía una determinada urgencia, desde Indra tuvieran que ordenar a Avansis, y un coordinador de Avansis al actor, pues quedaría vacía de contenido la prestación de servicio, ya que no se conseguiría una adecuada prestación del mismo; que el objeto de la contrata es la prueba de los sistemas microelectrónicos LRU, no la fabricación de los mismos, de la que se encarga INDRA en caso de existir alguna anomalía, y era necesario que el personal de INDRA fuese el que tenía que dirigirse al actor; que Avansis recibía un reporte por parte del trabajador indicando las horas realizadas y supervisado por la persona del cliente que podía atestiguar que la realización de esas horas y trabajos era correcta; que Avansis supervisaba las evaluaciones de puesto de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales que se hicieron en el puesto del trabajador en Indra a instancia de Avansis, que es la que ejerce el efectivo control y por ello el actor se dirige a la misma para solicitar vacaciones y permisos, existiendo diferenciaciones formales expresas entre los empleados de Indra y los de contrataciones como las tarjetas de identificación.

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 con 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. Afirmandose 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. En la STS 17/12/2010, recurso nº 1647/2010 , se 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 contrataciones 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".

Para la resolución del motivo debemos tener en cuenta los siguientes hechos básicos:

1.-Las diferentes empresas para las que el demandante ha prestado servicios habían sido adjudicatarias de Indra para la prestación de servicios que Indra solicitase a través de " peticiones de Servicio " (hecho probado cuarto),

2.- La prestación de servicios ha sido siempre en las instalaciones y centro de INDRA SISTEMAS SA, realizando pruebas de calidad de equipos de microelectrónica de radio frecuencia del sistema de seguridad del avión de combate europeo (hecho probado tercero)

El departamento de pruebas de INDRA está formado por 7 trabajadores de los cuales 4 eran de la plantilla de Indra, entre ellos el responsable del laboratorio, y el resto, incluido el actor, pertenecían a diferentes empresas ajenas externas. El actor siempre ha recibido órdenes de trabajo del personal de INDRA dependiendo jerárquicamente de ellos. En el centro de trabajo no hubo nunca un coordinador o responsable de las empresas contratistas que supervisara las prestación de servicios del mismo o a quien este pudiera dirigirse para tratar cuestiones relativas a permisos, licencias, ausencias, bajas. Todo el material, instrumentos, utensilios, repuestos y lo necesario para el desempeño de su trabajo era propiedad de Indra, no distinguiéndose de trabajadores de plantilla de Indra. El responsable del laboratorio era quien daba a todos los operarios las órdenes diarias de trabajo y el visto bueno a lo que llaman " Hoja de Ruta ", que contiene las tareas realizadas, tiempo invertido y material utilizado. Al final de mes el responsable de laboratorio daba el visto bueno a Avansis, a un parte con el recuento de horas realizadas por el actor. Las vacaciones las organizaba Indra para que el servicio estuviera siempre cubierto comunicando después a la empresa las fechas de disfrute de cada operario. El trabajador participaba en cursos de formación durante su tiempo de trabajo organizado por Indra, al que asistían juntos trabajadores tanto de Indra como de Avansis y de otras empresas externas (hecho probado quinto).

Los hechos expuestos revelan que las empresas contratadas han limitado su actividad al suministro de mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio pues no solo los instrumentos, herramientas, máquinas utilizadas por el actor eran propiedad de INDRA sino que su empleadora formal no organizaba los trabajos que tenía que realizar ni efectuaba control inmediato, directo y constante de la ejecución de su labor, limitándose a recibir un reporte de las horas que efectuaba que controlaba INDRA dando el visto bueno. No consta que Avansis tuviera asignada o desplazada persona que coordinara o dirigiera y organizara la ejecución de las tareas objeto de las contrata, como tampoco que las supervisara, lo que demuestra, como señala la juzgadora de instancia, la falta de implicación de la empleadora en la actividad del trabajador, revelando que su única actuación fue contratar al actor y ponerle a disposición de INDRA para que desarrollara los trabajos que decidiera y tuviera por conveniente, que es lo que se denomina en el artículo 43 del ET tráfico prohibido de trabajadores. Lo expuesto lleva a desestimar el motivo.

TERCERO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 55 del ET , en relación con el artículo 24 de la CE e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial relativa al despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. En síntesis expone que el actor únicamente se limita a esgrimir en abstracto que se ha procedido a la modificación sustancial de sus condiciones como una represalia por haber demandado a Indra Sistemas y a Avnasis tras la demanda por cesión interpuesta pero esos argumentos no son suficientes para conseguir la inversión de la carga de la prueba pretendida de contrario; que la finalización del contrato de servicios de Avansis en el que el actor se encontraba encuadrado se realizó en el marco de un proceso de reestructuración interno llevado a cabo al hilo del ERE que la recurrente efectuó en agosto de 2015, sin que pueda fundamentar la existencia la vulneración de la garantía de indemnidad en una simple coincidencia temporal, y que dada la decisión tomada por un antiguo trabajador de Avansis de presentar su baja voluntaria para proceder a suscribir un contrato de trabajo con Indra, esta empresa tenía



desde 2014 un empleado experto en la realización de los servicios que realizaba el actor, y que tras la cesación del contrato con Avansis hasta que esta despide han transcurrido 6 meses.

De los hechos probados se desprende que:

1.-El 26/05/2015, el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC interesando que se le reconociera el carácter indefinido de su relación laboral con INDRA por cesión ilegal, y el 12/06/2016, se celebra el acto sin avenencia (hecho probado quinto).

2.-El 10/06/2016, INDRA comunica a Avansis la finalización del servicio para el día siguiente (hecho probado séptimo).

3.-El 12/06/2016, Avansis comunica al trabajador que dado que INDRA había suprimido el servicio al que estaba destinado, a partir del 15/06/2015 y hasta el 15/09/2015, debía prestar servicios fuera de INDRA en el centro de trabajo de la empresa dedicado a preparar la adaptación del laboratorio técnico. Ante esta comunicación, el demandante presentó demanda por modificación de condiciones de trabajo (hecho probado sexto).

4.-Tras su salida, el trabajo del actor ha continuado realizándose por dos trabajadores de INDRA (hecho probado octavo). Desde el 15/06/2015, el actor ha estado realizando en el centro de trabajo de Avansis labores de inventario de enseres y existencias de las distintas estancias, nave, almacén, salas auditorio, zonas comunes que incluyera mobiliario, luminarias, seguridad, climatización electricidad, etc. (hecho probado noveno). El 19/11/2015 es despedido por causas objetivas.

De los hechos descritos se desprende que el trabajador ha acreditado indicios más que suficientes que generan algo más que sospecha razonable de que la decisión extintiva está conectada directamente con el ejercicio de la reclamación de cesión ilegal, lo que no es otro caso que la vulneración del derecho a la tutela efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad. Como señala la juzgadora de instancia, estamos ante una prestación de servicios durante casi 14 años en las dependencias de INDRA, de forma pacífica bajo sucesivas empleadoras formales, realizando variadas tareas de revisión y calidad de componente electrónicos de radiofrecuencias en el departamento de pruebas bajo la nada clara cobertura de peticiones de servicios entre las empresas, y el 11/06/2015, cuando ya se ha interpuesto la papeleta de conciliación ante el SMAC por cesión ilegal, cuya celebración estaba señalada para el 12/06/2015, se notifica de forma intempestiva y antiformalista a Avansis la finalización de unos servicios respecto de los que no se ha acreditado que fueran la ocupación propia y exclusiva del actor que en todo caso se siguen realizando, estando, pues, ante una represalia como consecuencia del ejercicio por parte del trabajador de tutela de sus derechos. Lo expuesto 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 INDRA SISTEMAS S.A.** contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, en autos nº 34/2016, seguidos a instancia de Jose Augusto contra AVANSIS INTEGRACIÓN SL e INDRA SISTEMAS S.A., en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que se dará destino legal y a que abone a cada una de las partes impugnantes la cantidad de 600,00 euros 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 archivarán 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 2827-0000-00-1186-16 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 2827-0000-00-1186-16.

Una vez adquiriera 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.