



Roj: **STSJ NA 80/2017 - ECLI:ES:TSJNA:2017:80**

Id Cendoj: **31201340012017100073**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **84/2017**

Nº de Resolución: **122/2017**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D^a CARMEN ARNEDO DIEZ

PRESIDENTA EN FUNCIONES

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTITRES DE MARZO de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº **122/2017**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON JUAN TOMAS RODRIGUEZ ARANO, en nombre y representación de HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L.U., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pamplona/Iruña sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADOR, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social nº UNO de los de Navarra, se presentó demanda por DON Jaime , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia contemplando los siguientes pronunciamientos:

1. Que el actor Don Jaime , es trabajador por cuenta ajena, con responsabilidad solidaria de las codemandadas INQUINASA hoy HUNSTMAN e IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.A.L., habiendo adquirido la condición de trabajador fijo o indefinido.
2. Que se avengan a reconocer el derecho del actor a su derecho y opción a elegir a su conveniencia e interés, su adscripción como trabajador fijo o indefinido por cuenta ajena en la empresa cedente o cesionaria, INQUINASA hoy HUNSTMAN, y empresa IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.A.L., respectivamente.
3. Que se reconozca la antigüedad del trabajador en la empresa desde el inicio de la relación laboral coincidente con la cesión ilegal desde el 23 de enero de 1998.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, estimando la demanda interpuesta por D. Jaime contra IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES, S.L. y HUNTSMAN



ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L., debo declarar y declaro la existencia de cesión ilegal del demandante y, conforme a la opción ejercitada, debo declarar y declaro su derecho a ostentar la condición de trabajador fijo de plantilla de la empresa HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L., con una antigüedad de 7 de enero de 2010, con los derechos y obligaciones que correspondan en condiciones ordinarias a los trabajadores de mantenimiento de la empresa cesionaria, y debo condenar y condeno a las partes a estar y pasar por la anterior declaración con las consecuencias legales que sean inherentes".

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- El demandante, D. Jaime , viene prestando servicios por cuenta de la empresa IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES, S.L. desde el 23/1/1989, ostentando la categoría profesional de oficial de 1ª, en virtud de un contrato de trabajo a tiempo completo de duración indefinida.- SEGUNDO.- La mercantil IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES, S.L. (en adelante IPAR) se dedica al mantenimiento industrial, a la construcción y montaje de aparatos a presión, calderería, instalación de tuberías y fabricación y montaje de carpintería metálica.- Desde el 7/1/2010 el demandante presta servicios en el centro de trabajo de la empresa HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L. (en adelante HUNTSMAN) con la que la empresa IPAR suscribió un contrato de mantenimiento mecánico, el cual está previsto que finalice el 31/12/2016.- Inicialmente había varios trabajadores de IPAR que estaban adscritos a la contrata con el cliente HUNTSMAN (certificado de fecha 4/11/2016 aportado como documento nº35 de IPAR). Con efectos de 1/4/2012 el demandante fue nombrado responsable de IPAR en la planta de HUNTSMAN, por lo que se le abonaba un plus de 150 euros netos mensuales. Desde el año 2014 el actor es el único trabajador de la contrata y no percibe el citado plus.- TERCERO.- El demandante presta servicios en el departamento de mantenimiento de la fábrica. El mismo está compuesto por 7 trabajadores: 6 trabajadores de HUNTSMAN y el actor. De ellos, 5 se dedican al mantenimiento mecánico y 2 al eléctrico.- El demandante trabaja en jornada de mañana, de lunes a viernes. Hace el mismo horario que los oficiales de mantenimiento de HUNTSMAN pero no hace guardias ni horario de calderas.- Ficha mediante huella digital al igual que el resto de trabajadores del centro.- Se cambia en el mismo vestuario que los trabajadores de HUNTSMAN, donde tiene asignada una taquilla.- Presta servicios en el departamento de mantenimiento, donde se ubican los 7 trabajadores del mismo. Utiliza maquinaria de IPAR (maquinaria de mano, soldadora -que se encuentra averiada- y curvadora) y de HUNTSMAN. Cuando necesita algún repuesto o material, lo coge del almacén de HUNTSMAN.- La distribución del trabajo diario la realiza el responsable de mantenimiento de HUNTSMAN, que elabora todos los días un planning donde se asignan los trabajos a todo el personal de mantenimiento, incluido el actor (documento nº3 de la parte demandante, cuyo contenido se da por reproducido). El planning se coloca en un tablón de anuncios en el que, además, hay un listado con los nombres de todos los miembros de mantenimiento (entre los que se incluye al actor), en el que se señala el número de tareas planificadas para cada uno, el número de tareas no planificadas, el total de ambas y su estado. Se celebran reuniones diarias para dar cuenta del trabajo realizado, a las que asiste el actor.- Para realizar determinados trabajos se requiere solicitar permisos especiales por cuestiones de seguridad (documento nº4 de la parte demandante).- Algunos trabajos los hace el demandante en solitario y otros los hace conjuntamente con trabajadores de HUNTSMAN (documento nº3 de la parte demandante, cuyo contenido se da por reproducido). El demandante se suele encargar de calderería y soldadura de tubos, entre otras funciones.- Los miembros del servicio de mantenimiento planifican las vacaciones de forma que no coincidan todos simultáneamente y siempre haya dos o tres en la fábrica. Una vez elaborado el planning (documento nº14), el jefe de mantenimiento de HUNTSMAN le da el visto bueno y el actor solicita el disfrute de las vacaciones a IPAR.- IPAR elabora las facturas de la contrata en función de las horas efectivamente trabajadas por el actor.- IPAR proporciona al actor la ropa de trabajo, los EPIs, herramienta básica y formación.- El demandante no tiene las mismas condiciones salariales y laborales que los trabajadores de HUNTSMAN (plan de pensiones, complemento IT, cesta de navidad, etc.).- CUARTO.- La empresa IPAR tiene otros clientes además de HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L. Obran en autos sus estatutos sociales, pantallazo de la página web y cuentas anuales de los años 2012 a 2015, cuyo contenido se da por reproducido.- En el año 2015 procedió a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo de un año de duración que consistió, entre otras medidas, en una reducción salarial del 8%. El demandante formó parte de la comisión negociadora designada por los trabajadores y se le aplicó dicha reducción.- En el año 2016 se inició la tramitación de otro expediente de modificación sustancial de condiciones de trabajo.- QUINTO.- Se celebró el acto de conciliación".

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la codemandada HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN, S.L.U., se formalizó mediante escrito en el que se consignan dos motivos, el primero al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para revisar los hechos declarados probados, y el segundo, amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores .

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada de la demandante.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta por D. Jaime contra IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES S.L. y HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN S.L., declaró la existencia de cesión ilegal y conforme a la opción ejercitada por el actor declaró su derecho a ostentar la condición de trabajador fijo de plantilla de la empresa HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN S.L., con la antigüedad de 7 de enero de 2010, con los derechos y obligaciones que le correspondan en condiciones ordinarias a los trabajadores de mantenimiento de la empresa cesionaria, condenando a las partes a estar y pasar por la anterior declaración.

Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación Huntsman Advanced Materials Spain SL, en adelante Huntsman, formulando dos motivos.

En primer término insta la revisión del hecho probado tercero al objeto de adicionar al mismo que:

"El demandante recibe periódicamente acción formativa-informativa de riesgos por parte de IPAR (folios 2006, 207 y 208 de los autos).

El actor solicita a su empresa el disfrute de período de vacaciones anual, y las correspondientes licencias (folios 209 y 210 de los autos).

Durante los años 2006, 2007, 2008 y 2009 la prestación de los servicios de mantenimiento la hizo regularmente IPAR con los Sres. Valeriano , Juan Ignacio , Artemio y Dionisio , todos ellos a jornada completa. Siendo, de entre ellos, Don. Valeriano , el encargado.

En el mes de enero de 2010 se incorporó al equipo de mantenimiento D. Jaime .

Durante el año 2010, además del Sr. Jaime , que prestaba sus servicios como encargado de IPAR en HUNSTMAN, prestaron servicios en mantenimiento, D. Artemio , D. Juan Ignacio , D. Dionisio , D. Joaquín y eventualmente D. Pio .

Desde el año 2011 disminuyó el trabajo de mantenimiento encomendado a IPAR y fueron D. Jaime , D. Dionisio y Carlos José los que prestaron regularmente dicho trabajo, con apoyo puntual de otros trabajadores. Situación que se mantuvo hasta el año 2013. Figurando durante todos estos años como encargado de IPAR en HUNSTMAN, D. Jaime .

Desde el año 2014 y hasta el momento actual sólo presta servicios en mantenimiento D. Jaime , que es la persona de enlace entre IPAR y HUNSTMAN."

Sustenta la revisión en el informe aportado por la empresa IPAR a petición de la recurrente, obrante al folio 226 de las actuaciones.

Pretensión revisoria que no puede acogerse, en primer término, porque el párrafo tercero del hecho probado segundo ya refleja el contenido del certificado de fecha 4 de noviembre de 2016, aportado como documento nº 35 por la codemandada Ipar y, porque de los documentos obrantes a los folios 206 a 208 no se extrae la conclusión de que el demandante reciba periódicamente acción formativa sobre riesgos por parte de Ipar ya que únicamente se refieren a tres programas, uno del 16 de octubre de 2003 de hora y media de duración, el segundo de 28 de octubre de 2005 de dos horas y el último impartido el 1 de marzo de 2007 y, por tanto, todos anteriores a enero de 2010 que es cuando el demandante comenzó a prestar servicios de mantenimiento en Huntsman. Sobre la solicitud de las vacaciones el hecho probado tercero ya recoge que las solicitaba a Ipar, pero siempre después de que el jefe de mantenimiento de Huntsman hubiese dado el visto bueno al planning elaborado por los miembros del servicio de mantenimiento.

SEGUNDO: Como censura jurídica se denuncia infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la cesión ilegal de trabajadores, al entender que en el caso enjuiciado ha quedado acreditado que IPAR tiene una organización propia y estable, cuenta con los medios necesarios para desarrollar su actividad y que, con respecto al demandante, ejerce de manera plena las funciones inherentes a su condición de empleador, sin perjuicio de que el actor realice su cometidos profesionales en coordinación con trabajadores de Huntsman en el marco de los protocolos y sistemas allí implantado, que para ello utilice sus herramientas o curse la solicitud de algunos repuestos en su almacén o que su empleadora facture por horas.

La respuesta a la cuestión controvertida pasa por recordar que el artículo 43 del ET prohíbe la contratación de trabajadores con la única finalidad de cederlos temporalmente a otra empresa, salvo que se trate de un contrato de puesta a disposición concertado con una empresa de trabajo temporal, lo que plantea el problema -no siempre fácilmente distinguible-, de determinar cuándo se está en presencia de una contrata y cuando ante una falsa contrata que encubre, bajo la apariencia de tal, una cesión ilícita de trabajadores o tráfico de mano de obra.



Efectivamente, como hemos puesto de relieve en nuestra reciente sentencia de 26 de septiembre de 2016 (rec.357/16), el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del ET se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 de ese cuerpo legal.

En esta materia es adecuado destacar lo que al respecto declara el TS en Sentencia de 3 de octubre de 2005 (rcud. 3911/2004) en la que, tras recordar que la doctrina de la Sala sobre este precepto ya ha sido unificada por numerosas sentencias (entre las que pueden citarse las de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003), establece que cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata 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 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 (STS de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de poderes empresariales (SSTS de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17 de enero de 1991, al apreciar la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

Puede afirmarse, que los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando, como aquí sucede, la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias. Debe entonces acudir, para efectuar con acierto la delimitación apuntada, a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal; a determinar si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17-01-1991 [RJ 1991, 58]), e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia; a establecer si el trabajador de una empresa se limita de hecho tan sólo a trabajar para la otra (STS 16-02-1989 [RJ 1989, 874]), 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 núm. 3400/1992 y 12-12-19997, recurso núm. 3153/1996).

Por lo tanto, podremos afirmar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado, se limita a suministrar a otra empresa mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, debiendo aseverarse 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 esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas SSTS 19/01/94 (rcud. 3400/92) y 12/12/97 (rcud. 3153/96) ha fijado como línea de distinción, no tanto el dato de que la empresa cedente existiera realmente, "sino si actuaba como verdadero empresario".

La dificultad en la valoración de criterios indiscutibles para la diferenciación entre las figuras de la cesión ilegal y de la lícita contrata ha determinado, como ya hemos apuntado anteriormente, que el TS haya recurrido (en orden a la identificación de la cesión ilegal) a la aplicación ponderada de muy diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo.

Descendiendo al concreto análisis del supuesto que nos ocupa, en aras a calificar la existencia de una eventual cesión ilegal, resulta determinante el examen de las circunstancias en que se desarrollan las tareas de mantenimientos mecánico por el actor, en virtud del contrato suscrito entre las dos empresas codemandadas.

Pues bien, tal análisis individualizado nos permite concluir, en consonancia con el criterio de instancia, que en el caso del actor se produjo una cesión ilegal de trabajadores al resultar acreditado que los poderes empresariales en el desarrollo del contrato de mantenimiento suscrito entre las codemandadas eran ejercidos por Huntsman, que era quien todos los días elaboraba un planning asignando los trabajos a todo el personal de mantenimiento, el integrado en su plantilla (6 trabajadores) y al actor, algunos trabajos los hacía el



demandante en solitario y otros conjuntamente con los trabajadores de Huntsman. Porque los miembros del servicio de mantenimiento, incluido el actor, planificaban las vacaciones de forma que no coincidieran todos simultáneamente y siempre hubiera dos o tres en fábrica. De esta forma, una vez elaborado el planning de vacaciones y de que el jefe de mantenimiento de Huntsman le diera el visto bueno el demandante solicitaba el disfrute de sus vacaciones en Ipar.

El Sr. Jaime fichaba en Huntsman de la misma forma que el resto de los trabajadores del centro, hacia el mismo horario que los oficiales de mantenimiento de Huntsman, excepto las guardias y el horario de calderas. Utilizaba el mismo vestuario donde tenía asignada una taquilla.

Por lo que se refiere a la aportación de medios propios, lo único que consta acreditado es que Ipar facilitaba al actor los EPIs y las herramientas básicas, y que utilizaba la maquinaria de Ipar (maquinaria de mano y una soldadora que estaba averiada) o de Huntsman y cuando necesitaba algún repuesto o material lo cogía del almacén de ésta última.

Que por lo tanto la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores al haber apreciado la existencia de cesión ilegal entre las codemandadas, resultando acreditado que la empresa Ipar puso al demandante a disposición de Huntsman, sin ejercer las funciones inherentes a todo empresario y sin poner en juego su propia organización productiva, supuesto éste que permite encajar perfectamente en la definición que el artículo citado hace de la figura de la cesión ilegal y, en definitiva, que el motivo de censura jurídica no debe prosperar.

TERCERO: En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 204 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y al no gozar la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita, procede la condena en costas de la empresa recurrente, incluidos los honorarios del Letrado del actor, que fijamos en 500 euros, y a la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal oportuno, cuando la presente sentencia sea firme.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por HUNTSMAN ADVANCED MATERIALS SPAIN S.L.U., frente a la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Pamplona, en el Procedimiento N° 513/16, seguido a instancia de D. Jaime contra la recurrente e IPAR PROYECTOS E INSTALACIONES S.L., sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADOR, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas de la recurrente, incluidos los honorarios del Letrado del actor, que fijamos en 500 euros, con la pérdida del depósito que constituyó para recurrir al que se le dará el destino que legal o reglamentariamente corresponda, una vez sea firme la sentencia.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 600 €. en la cuenta de Procedimiento que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tiene abierta en el Banco Santander, (con el nº 31 66 0000 66 0084 17, (si se realiza a través de Internet el nº de c/c ES550049 3569 92 0005001274 y en el campo observaciones o concepto de la transferencia se consignará el número de cuenta de procedimiento mencionado) debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.