



Roj: **STSJ M 5817/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:5817**

Id Cendoj: **28079340022017100542**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **395/2017**

Nº de Resolución: **555/2017**

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 : 28.079.00.4-2016/0023580

Procedimiento Recurso de Suplicación 395/2017-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid Procedimiento Ordinario 546/2016

Materia : Cantidad

Sentencia número: 555/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a 24 de mayo 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 395/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ENRIQUE AGUADO PASTOR en nombre y representación de D./Dña. Ezequiel , contra la sentencia de fecha 29.11.2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 546/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Ezequiel frente a NEVIR, SA y AUXIMILLENIUM, SL, en reclamación de Cantidad, 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.- La parte actora, D. Ezequiel , con NIE NUM000 venía prestando servicios por cuenta de la mercantil "Auxi Milenium S.L.", con categoría profesional de auxiliar de servicios, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, comenzando la prestación de servicios en fecha 8 de octubre 2015 y salario 873,36, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras (folio 118 de las actuaciones)

En las cláusulas adicionales del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se recoge, entre otros extremos, que:

" SEGUNDA.- *El presente contrato se concierta por realizar la empresa, a petición de los clientes, una ampliación circunstancial de horarios de trabajo y para cubrir dicha ampliación de modo temporal, ya que no se puede asegurar su continuidad en el tiempo.*

TERCERO.- *El turno diario de horas a realizar será establecido en cuadrante que se entregará al trabajador pudiendo superar las ocho horas diarias e incluso de forma excepcional las 40 horas semanales, compensándose en las semanas sucesivas con descansos compensatorios...*"

SEGUNDO.- Con fecha 23 de febrero de 2016 se extinguió la relación laboral entre la parte actora y la empresa "Auxi Milenium S.L." por despido, en los términos obrantes al folio 120 de las actuaciones

El actor percibió con fecha 23 de febrero de 2016, en concepto de liquidación (parte proporcional de vacaciones e indemnización) la cantidad bruta de 725,35 €, en los términos obrantes al folio 167 de las actuaciones.

En escrito de fecha 29 de febrero de 2016, manuscrito y firmado por D. Ezequiel , obrante al folio 169 de las actuaciones, cuyo contenido damos por reproducido, se establece que: " Yo Ezequiel , he recibido la cantidad de 1.302,95 € en concepto de indemnización, saldo y finiquito, no teniendo nada más que reclamar" (documento reconocido por el actor, en su interrogatorio de parte)

TERCERO.- El actor fue destinado por "Auxi Milenium S.L." a prestar servicios auxiliares de limpieza y consejería, para la empresa "Nevir S.A." en horario de 22 a 8 horas, en días laborables y los sábados y domingos de 20 a 8 horas. Junto con el actor, prestaban servicios dos trabajadores más (interrogatorio del representante legal de NEVIR S.A. y del representante legal de Auxi Milenium S.L.)

El actor realizó en el mes de octubre de 2015, 126 horas (folio 198 de las actuaciones)

El actor realizó en el mes de noviembre de 2015, 170 horas (folio 199 de las actuaciones)

El actor realizó en el mes de diciembre de 2015, 168 horas (folio 200 de las actuaciones)

El actor realizó en el mes de enero de 2016, 174 horas (folio 201 de las actuaciones)

El actor realizó en el mes de febrero de 2016, 102 horas (folio 202 de las actuaciones)

CUARTO.- La parte actora, reclama en el presente procedimiento la cantidad de 6.105,41 €, por los siguientes conceptos:

- 1.691 €, por diferencias salariales derivadas de la aplicación del Convenio colectivo para el comercio del metal de la Comunidad de Madrid, aplicable en la empresa "Nevir S.A."

- 4.413,69 por horas extraordinarias, de las cuales 93,18 horas realizadas en domingos y festivos y 193,53 horas, realizadas en días laborables.

QUINTO.- El actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid con fecha 6 de mayo de 2016, celebrándose acto de conciliación con fecha 25 de mayo de 2016. Con fecha 31 de mayo de 2016, se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que **DESESTIMANDO** la demanda interpuesta a instancia de D. Ezequiel , asistido del Letrado D. Enrique Aguado Pastor contra la mercantil "NEVIR S.A." asistida y representada por el Letrado D. Balduino Jesús Ruiz Ortega y



contra "Auxi Millenium S.L." asistido y representado por el Letrado D. Francisco García Díaz, **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a estos últimos de los pedimentos formulados de contrario".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, D./Dña. Ezequiel , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 24.5.2017 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 desestima la reclamación de cantidad del demandante en concepto de diferencias salariales y por horas extraordinarias, la representación letrada del mismo interpone recurso de suplicación formulando cinco motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS :

1.-En el primer motivo interesa la adición de un párrafo al hecho probado segundo con el siguiente contenido:

"El importe de 1302,95 euros abonados en la nómina de febrero de 2016, según consta en los folios 119 y 164, está integrado por la suma de los siguientes conceptos: salario base, plus transporte, p.p. pagas extras 2, complemento salarial, parte proporcional de vacaciones e indemnización. Figuran asimismo las cantidades que se abonan por cada uno de esos conceptos arrojando la suma de estos conceptos, una vez practicados los pertinentes descuentos, el líquido a percibir de 1302,95 euros, es decir, la misma cifra que figura en el recibo de finiquito del folio 169."

La adición debe prosperar al desprenderse de los documentos que cita.

2.-En el segundo motivo interesa que se mantenga el primer párrafo del hecho probado tercero y que el según párrafo se sustituya por otro con el siguiente contenido:

"A la vista de las facturas obrantes en los folios 174 a 178, el número de horas abonadas por NEVIR a AUXIMILENIUM es superior al número de horas que esta empresa manifiesta haber prestado a aquella, según los partes aportados en los folios 198 a 202, siendo la diferencia de 94,50 horas en octubre de 2015, de 92 horas en noviembre de 2015, de 97,86 horas en diciembre de 2015, de 100 en enero de 2016 y de 94,42 horas en febrero de 2016 ."

Como señala la STS de 26/03/2014, recurso nº 158/2013 , lo que plantea el recurrente " es la propia valoración de la prueba, tratando de conseguir que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica .", habiendo indicado la STS de 18/11/1999, recurso nº 9/1999 :

" de acuerdo con el art. 97 de la L.P.L . la valoración de la prueba es facultad privativa de la Sala de instancia, sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas, no sean revisados "

Además, debe especificarse con claridad el error, sin necesidad de acudir a operaciones aritméticas que implican ausencia de lo evidente y en el presente caso , tomando como referencia el mes de octubre, tenemos que el recurrente computa como importe de la factura del mes de octubre 4.301,55 € (folio nº 174), incluyendo el IVA, cuando la base imponible es de 3.555,00 € que divididos entre el valor hora de 7,9 € nos dan 450 horas, no las 544,50 horas que indica, no existiendo, por tanto, la diferencia de 94,50 horas que propone. En el mes de noviembre de 2015 (folio 175), la base imponible es de 3.476,00 horas, y añadiendo el IVA, la factura ascendió a 4.205,96 €; dividiendo 3.476 € entre 7,9 €, valor de la hora, nos da 440 horas, no las 532,40 horas que considera



el recurrente, no existiendo la diferencia que propone de 92 horas; y lo mismo puede decirse de los restantes meses. Lo expuesto lleva a desestimar el motivo.

SEGUNDO .- En el tercer motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 26.1 del ET , en relación con el artículo 3.1.c) de la misma norma , y jurisprudencia que cita. En síntesis expone que las cantidades abonadas por los conceptos reflejados en el finiquito son ciertas pero no se ha analizado la procedencia o improcedencia de las diferencias salariales reclamadas.

El motivo se desestima porque aunque el finiquito no tuviese el efecto liberador que se ha dado, no indica las cantidades que debería percibir por cada concepto salarial y la norma que ampara la pretensión, para determinar si existen diferencias entre lo percibido y lo que considera debió ser abonado.

TERCERO .-En el cuarto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción de los artículos 42.1 y 4 e) y 43.1.2 y 3 del ET ., en relación con el artículo 1 de la Ley 14/1994 y con el RD 417/2015. En síntesis expone que existe cesión ilegal y las empresas demandadas deben ser condenadas solidariamente al abono de las cantidades reclamadas.

La 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 relación laboral se extinguió el 23/02/2016. Con posterioridad, el 6/05/2016 se ha presentado papeleta de conciliación ante el SMAC, reclamando cantidad, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 25/05/2016.

No existen hechos, en el relato fáctico, para determinar que estemos en presencia de una cesión ilegal, no puede deducirse la misma de la suscripción del contrato entre la empresa Nevir SA y Auxi Milenium SL para que esta prestase servicios de limpieza y conserjería, en horario de 22 a 9 horas, habiéndose desarrollado el servicio por el actor y dos trabajadores más (hecho probado tercero). Lo expuesto lleva a desestimar el motivo.

CUARTO .-En el quinto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 82.3 del E, en relación con el Convenio Colectivo para el Comercio del Metal de la Comunidad de Madrid . En síntesis expone que el convenio colectivo aplicable es de la empresa en la que se ha desarrollado la actividad.

El motivo se desestima al no prosperar la pretensión de que estemos ante una cesión ilegal.

QUINTO .-En el sexto motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 82.3 del ET , en relación con el Convenio Colectivo para el Comercio de Metal de la Comunidad de Madrid. En síntesis expone que los partes de trabajo válidos son los aportados por el recurrente y que el número de horas realizadas son las que se expresan en los mismos, debiendo aplicarse el artículo 42.4 del ET .

El motivo y el recurso se desestiman porque como ya hemos dicho no estamos en presencia de una cesión ilegal de trabajadores ni en una contrata de la propia actividad, a que refiere el artículo 42.1 del ET , pues el propio recurrente señala que la actividad en que se han prestado los servicios es la de comercio al por mayor de electrodomésticos y ferretería (cuberterías, herramientas de mano, aparatos de uso no doméstico, etc.).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la **representación letrada de Ezequiel** contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid , en autos nº 546/2016, seguidos a instancia de Ezequiel contra AUXIMILLENIUM S.L. y NEVIR S.A., en reclamación de CANTIDAD, confirmando la misma.

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 Publico 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 2827-0000-00-0395-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2827-0000-00-0395-17.

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