



Roj: **STSJ M 9030/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:9030**

Id Cendoj: **28079340062017100740**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/09/2017**

Nº de Recurso: **607/2017**

Nº de Resolución: **742/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **BENEDICTO CEA AYALA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

**ROLLO Nº: 607/17**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACIÓN**

**MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 36 de MADRID

Autos de Origen: 1161/2016

RECURRENTE/S: D. Bernardino Y D. Germán

**RECURRIDO/S: TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA S.A. y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A.**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a once de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 742**

En el recurso de suplicación nº **607/17** interpuesto por la Graduada Social, Da **CRISTINA VALLEJO MARTÍN**, en nombre y representación de **D. Bernardino y D. Germán** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de los de MADRID, de fecha VEINTISIETE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE , ha sido Ponente el **Ilmo Sr. D. BENEDICTO CEA AYALA**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **1161/2016** del Juzgado de lo Social nº 36 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Bernardino y D. Germán contra **TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA**



S.A. Y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **VEINTISIETE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente :

"Que desestimando la demanda formulada por D. Bernardino y D. Germán en materia de reconocimiento de derechos contra las empresas Tecnom Telecomunicaciones y Energia S.A. y Abanca Corporacion Bancaria SA DEBO DE ABSOLVER Y ABSUELVO a los referidos demandados de los pedimentos en su contra deducidos".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Los actores viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa Tecnom Telecomunicaciones y Energia SA con la consiguiente antigüedad, categoría profesional y salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias :

D. Bernardino - 15.01.2002, Experto, 3440 euros

D. Germán - 06.05.2002, Tecnico Especialista, 2676 euros

**SEGUNDO.-** Ambos actores fueron contratados por la empresa Softegal S.A., dicha entidad fue absorbida por Tecnom que mantuvo a los actores prestando servicios en Abanca Corporacion Bancaria con los mismos condiciones laborales y personales.

**TERCERO.-** Los actores han venido prestando los servicios propios de su categoría profesional en el centro de excelencia de operaciones del centro de trabajo de Abanca Corporacion Bancaria sito en la c/ Serrano nº 41 de Madrid hasta octubre de 2016; En octubre de 2016 Abanca trasladó su centro de trabajo a la c/ Recoletos 4 de Madrid, continuando los actores prestando sus servicios en la c/ Serrano nº 41 de Madrid.

**CUARTO.-** Con fecha de 28.06.2012 la empresa Abanca Corporacion Bancaria y Tecnom Telecomunicaciones y Energia S.A. suscribieron contrato de prestación de servicios en cuya virtud Tecnom se comprometia a prestar servicios de mantenimiento y desarrollo de aplicaciones informaticas para Abanca; Dicho contrato al obrar al ramo de prueba de Abanca como documento nº 21 se da por reproducido.

**QUINTO.-** Los actores fueron adscritos al servicio de mantenimiento y desarrollo de aplicaciones informaticas que coordinado por D. Luis Alberto, dicha entidad presta a Abanca.

**SEXTO.-** En el desarrollo de sus cometidos profesionales los actores atienden las incidencias informaticas que se producen en los sistemas de Abanca, para ello tienen acceso a determinados sistemas informaticos de Abanca, siendo propietario esta última entidad de las licencias y programas cuyo mantenimiento atienden los actores.

**SÉPTIMO.-** Los actores tienen acceso a concretos correos electronicos de Abanca si bien aparecen en los mismos identificadas como personal externo siendole configurados perfiles especificos adaptados a las funciones que realizan; la empresa Tecnom les facilita un telefono movil que utiliza en el desempeño de sus cometidos.

**OCTAVO.-** Las vacaciones de los actores son gestionadas por D. Luis Alberto, que se encarga de sustituir a los actores en caso de ausencias justificadas; Los actores son evaluados en su desempeño por Tecnom que se encarga de proporcionar a los actores formacion y evaluacion de riesgos laborales y medidas preventivas y de proteccion aplicables.

**NOVENO.-** La empresa Abanca no cuenta con personal alguno en plantilla que realice funciones de mantenimiento y desarrollo de aplicación informatica. Abanca cuenta con un servicio informatico propio que realiza unicamente funciones de programacion en horario y ubicación diferente a la de los actores.

**DÉCIMO.-** Para acceder al centro de trabajo de Abanca los actores cuentan con una tarjeta de acceso donde conste que son personal externo.

**UNDÉCIMO.-** Tecnom Telecomunicaciones y Energia se dedica a la actividad de Tecnologia de informacion con una plantilla de 6.000 trabajadores, 18 centros de trabajo en España; Tecnom cotiza en bolsa y cuenta con Convenio Colectivo del Grupo Telecom.

**DUODÉCIMO.-** Los actores no ostentan ni han ostentado la condicion de representantes legales ni sindicales de los trabajadores.

**DECIMOTERCERO.-** Se ha intentado la conciliacion previa ante el SMAC de Madrid".

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 6.09.17.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda sobre cesión ilegal de trabajadores, formulada en autos, recurre en suplicación la parte actora, por considerar, en esencia, que entre la empresa contratista, TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA, SA, como formal empleadora de los actores, y la empresa principal, ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, a la que se prestaban los servicios contratados, se da, a su juicio, un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, que ha sido negado en la instancia.

El recurso interpuesto se compone de seis motivos, de los cuales los cinco primeros, que se amparan en el apartado b) del art. 193 LRJS, se destinan a la revisión de los hechos probados.

En concreto, y en 1º lugar, los recurrentes interesan que el hecho probado 5º quede redactado en los siguientes términos: " *D. Bernardino y Don Germán prestan servicios desde el 15/1/2002 y 6/5/2002 respectivamente en el Centro de Excelencia de Operaciones (CEO) dentro del grupo de Comunicaciones y Soporte Madrid que coordina Don Emiliano . Gerente de Abanca desde 2011*".

Se basan para ello en una sentencia del TSJ de Galicia, aportada a título ilustrativo, y en tres e-mails de los años 2007 y 2011, que obran unidos a autos como documentos nº 7 al 9 de su ramo de prueba. Pero, y como en parte advierten las recurridas en su impugnación, o bien se trata de prueba documental, la de los e-mails, que además de ser extemporánea, no fue reconocida de contrario, o bien se sustenta en los antecedentes de una sentencia, la del TSJ de Galicia, que solo fue aportada a título ilustrativo, y nunca como prueba documental. Por ello se desestima.

**SEGUNDO.** - A continuación - motivo 2º - los recurrentes interesan que el hecho probado 6º quede redactado en los siguientes términos:

" *En el desarrollo de sus cometidos profesionales los actores realizan el Soporte DGAF Madrid que engloba diversos trabajos o actividades cuyo objetivo es garantizar el normal transcurso de la actividad diaria de Abanca y dar soporte global tanto en el área de Tesorería o mercados capitales, así como tareas relativas a garantizar la continuidad del negocio de Abanca. Las órdenes relativas al desarrollo de sus funciones las realiza directamente personal de Abanca y se relacionan directamente con proveedores como personal del banco*".

Se basan para ello en los documentos nº 5 al 10 de su ramo de prueba, y que incluye los e-mails a que antes se ha hecho mención, en cuanto, y a su juicio, recogen las tareas y funciones que desarrollan los actores en el Departamento de Tesorería o Mercado de Capitales. Pero de nuevo se trata de correos electrónicos, que, de haber sido reconocidos de contrario, no tienen el alcance y sentido que le atribuyen los recurrentes, salvo conjeturas o hipótesis sobre su contenido, con lo que se descarta se trate, en cualquier caso, de un error evidente, patente y directo en la valoración de la documental aportada a autos, que justifique la revisión que se interesa, ex arts. 193.b) y 196.3 LRJS. Por ello se desestima.

**TERCERO.** - En el 3º motivo del recurso, los recurrentes proponen para el hecho 7º la siguiente redacción alternativa: " *Los actores tienen asignadas como titulares diversas cuentas de correo electrónico de Abanca, en las que se identifican con nombre y apellidos sin diferencia con el resto de trabajadores de Abanca, así como buzones genéricos de soporte (STMADRID, SOPORTEDGAF) también con extensión de Abanca. En 2016 se asigna una nueva cuenta de correo a los actores con dominio @externos.abanca.com. Abanca facilita a los actores teléfono fijo y extensión móvil que está integrad en la central telefónica del Banco y en la intranet*".

Se basan para ello los recurrentes en los documentos nº 6, 9, 10, 11, 12 y 13 de su ramo de prueba y en otra de ABANCA, de los que, y a su juicio, se desprende que como herramientas de trabajo los actores han utilizado tanto los correos electrónicos, como los teléfonos fijos y móviles proporcionados por ABANCA, al igual que el resto de trabajadores del Banco. Pero ni los citados documentos se refieren a ABANCA como titular de algunos de esos medios, sino a TECNOCOM, ni los hechos que se quieren revisar son fruto exclusivo de la valoración de la prueba documental aportada a autos, ni por último su posible estimación sería relevante para alterar el signo del fallo que se recurre, habida cuenta, conforme así se argumenta en el F. de D. único, de que se trata de medios en los que los actores aparecen identificados como personal "externo" de ABANCA, y su utilización es precisa para poder comunicarse con los trabajadores de esta última. Por ello se desestima.

**CUARTO.** - En el 4º motivo del recurso, los recurrentes interesan que el hecho probado 8º quede redactado en los siguientes términos: " *Los actores informan de la planificación de vacaciones cuadradas entre ellos, para que D. Luis Alberto conozca los periodos a cubrir, estableciendo los actores el inicio y horario en el que se desarrollará la sustitución. Tecnocom en cumplimiento con la Ley de prevención de riesgos laborales proporciona la formación en riesgos laborales y medidas preventivas legalmente requeridas. Los actores cumplimentan un cuestionario remitido por Tecnocom y denominado Evaluación de desempeño*".



Basan los recurrentes tal pretensión revisora en los documentos nº 12, 13, 15, 16 y 18 del ramo de prueba de TECNOCOM. Pero con la redacción alternativa que proponen, sustentada en prueba documental ya valorada en la instancia, nada relevante, distinto a lo que expresamente ya se declara probado, se incorpora al relato de instancia que avale la tesis que se defiende en el recurso, sino todo lo contrario, por lo que se desestima.

**QUINTO.** - Y por último, y en el motivo 5º del recurso, los recurrentes interesan la supresión del hecho probado 10º, al estimar que no existe en autos prueba alguna que acredite que los actores utilizan unas tarjetas identificativas en las que consta que son personal externo. Pero, y conforme a reiterada doctrina, no cabe sustentar una revisión de hechos en sede de recurso sobre el argumento de que no existe prueba que acredite los extremos que se quieren revisar, pues ello sería tanto como ignorar las amplias facultades que confiere al juzgador de instancia el art. 97.2 LRJS en la valoración de la prueba practicada, máxime cuando además del documento nº 10 del ramo de prueba de ABANCA se desprende justamente otra cosa. Por ello se desestima.

**SEXTO.**- El 6º motivo del recurso es de infracción normativa, y en él los recurrentes denuncian, con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS, la infracción del art. 43 ET, así como de la jurisprudencia que lo desarrolla. Aducen en síntesis los recurrentes que, tras las revisiones fácticas previamente interesadas, ha quedado probado que quien ejerce el poder de dirección y de organización en el desarrollo de la contrata es ABANCA, como empresa principal o cesionaria, y no TECNOCOM, como empresa contratista o cedente, pues el control y dirección del trabajo de los actores corresponde a ABANCA, limitándose TECNOCOM a poner a disposición de la principal a los trabajadores contratados, sin poner en juego su organización empresarial, ni asumir ningún riesgo de negocio.

Tal como, entre otras muchas, recuerda la STS de fecha 6-3-13, recurso nº 616/12, "La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (R.C.U.D. nº 1637/2010) resume la doctrina unificada sobre cesión ilegal al decir que "ello constituye un supuesto de cesión o interposición empresarial no permitido legalmente al no producirse la triangulación de personas que caracteriza a una contrata de las permitidas por el art. 42 ET, entrando dentro de la prohibición del art. 43 del precepto, tal como resolvió la sentencia que aquí se recurre en congruencia con reiterada doctrina de esta Sala que, si bien en un primer momento sólo consideró ilegal la cesión producida desde una "empresa ficticia o aparente" (por todas, SSTS 17-7-1993, (Rec.- 1712/92), de 18-3-1994 (Rec.- 558/93) o 3-2-2000 (Rec.- 1430/99) en cuya tesis se basó la sentencia de contraste, a partir de la STS de 19-1-1994 (Rec.- 3400/92), ya hemos venido declarando de manera reiterada que no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión lícita, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a "suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (por todas, SSTS de 17 de julio de 1993 (Rec.- 1712/92), de 19-1-1994 (Rec.- 3400/92), 12-12-1997 (Rec.- 3153/96), o de 14-9-2001 (Rec.- 2142/00) en las que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales con doctrina reiterada en sentencias posteriores como las STS de 20-9-2003 (Rec.- 1741/02), 3-10-2005 (Rec.- 3911/04) o 30-11-2005 (Rec.- 3630/04). Criterio éste que, por otra parte, fue asumido por el legislador cuando en la reforma introducida en este art. 43 por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, recogió expresamente como supuesto de cesión ilegal cuando "el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria".

En el caso de autos, tal como así se desprende de lo actuado y a lo expresamente declarado probado, TECNOCOM, que es la empresa contratista y la formal empleadora de los actores, había suscrito con la empresa principal, ABANCA, un contrato de prestación de servicios de mantenimiento y de aplicaciones informáticas - hecho 4º -, cuya ejecución tenían encomendada los actores, adscritos al servicio de "Asistencia Técnica Madrid", en ABANCA, y que consiste en la resolución de cuantas incidencias a nivel informático se pudiesen plantear a los usuarios de tales servicios - hechos 5º y 6º -. También resulta acreditado que la coordinación y gestión de los mismos se realiza, al menos al día de la presentación de la demanda, por un empleado de TECNOCOM - hecho 5º -, sin perjuicio de la necesaria interlocución con los responsables de ABANCA para la correcta realización del trabajo encomendado, pues es ABANCA quien comunica las incidencias a resolver, y en consecuencia quien requiere de TECNOCOM su solución, lo que conlleva, como inevitable, la necesaria relación de los empleados de TECNOCOM, tanto con los usuarios del servicio, como con los responsables de los servicios informáticos de ABANCA, con el fin, además, de poder vigilar la adecuada y correcta ejecución del servicio contratado. Además TECNOCOM, que es una empresa real, con actividad, medios y organización propios - hecho 11º -, gestiona las vacaciones de los actores - hecho 8º -, evalúa su desempeño - también hecho 8º - y controla su trabajo, poniendo a su disposición los medios necesarios - hecho 7º -, sin perjuicio de tener acceso a los sistemas y programas informáticos que deben atender, y que son propiedad de ABANCA - hecho 6º -, al ser éste el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre ambas entidades. Y por último también se declara probado que no existe confusión alguna en el desempeño



del trabajo entre el personal de ABANCA y el de TECNOCOM encargado de tales tareas - hechos 9º y 10º -, y que están ubicados en locales separados - F. de D. Único -; extremos, todos ellos, que se corroboran en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, que además precisa los medios de prueba de los que tales hechos se han extraído. En definitiva, y sobre tales presupuestos, se ha de concluir, con las recurridas, que en la prestación de los servicios contratados no ha existido una mera puesta a disposición de mano de obra, de la contratista, TECNOCOM, a la principal, ABANCA, como sugieren los recurrentes, y en consecuencia que no se dan en el caso de autos las notas que configuran la cesión ilegal, ex art. 43 ET . Por todo ello el motivo y el recurso de los actores deben ser desestimados, sin expresa condena en costas - art. 235 LRJS -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **D. Bernardino y D. Germán** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de los de MADRID, de fecha **VEINTISIETE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE** , en virtud de demanda formulada por D. Bernardino y D. Germán contra TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA S.A. y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES** , debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 607/17 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 607/17), 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 .).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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