



Roj: **STSJ M 10026/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:10026**

Id Cendoj: **28079340052017100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **39/2017**

Nº de Resolución: **535/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 39/17-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

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

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2013/0049407

Procedimiento Recurso de Suplicación 39/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid Procedimiento Ordinario 1118/2013

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 535

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 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 39/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE MANUEL TORRES MARTINEZ en nombre y representación de D./Dña. Antonia , contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid en sus autos número 1118/2013, seguidos a instancia de D./Dña. Antonia frente a MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL RED.ES, TELEPERFORMANCE ESPAÑA SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL actual



denominación de IBERPHONE SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL, DIGITEX INFORMATICA SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, OESIA NETWORKS SOCIEDAD LIMITADA, como Sociedad en la que se fusionó por absorción OESIA BPO SOCIEDAD ANONIMA, en reclamación de derechos, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, 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:

"Hecho probado 1º.- Presta la demandante sus servicios de carácter laboral ordinario ininterrumpidamente desde el 2 de Marzo de 2009, con categoría de Auxiliar administrativo y salario mensual total de 1.190,47 euros.

Hecho probado 2º.- Esta prestación se ha articulado sucesiva y formalmente con IBERPHONE SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL, desde aquella fecha inicial, para DIGITEX INFORMATICA SLU desde 1 de Junio de 2011 y para OESIA BPO SA desde 7 de Septiembre de 2012.

Hecho probado 3º.- Las referidas Empresas resultaron adjudicatarias, sucesivamente, de los contratos administrativos de prestación de servicios concertados por la Entidad Pública Empresarial RED.ES, como medio público de la Administración General del Estado, por cuenta y delegación de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) del referido Ministerio y para la atención del Servicio de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones. Este servicio se concreta en la tramitación en vía administrativa de las quejas y reclamaciones de los usuarios hasta la formulación de una propuesta de resolución a suscribir por la Autoridad administrativa correspondiente, comprendiendo la información sobre el estado de dichos expedientes a los interesados y a las Autoridades (Defensor del Pueblo) que lo solicitaren.

Hecho probado 4º.- La actora para la tramitación de los expedientes referidos utiliza una aplicación informática denominada SIGETEL que incluye formularios o máscaras de resoluciones. Para el dictado de las propuestas de resolución utiliza una Recopilación de Criterios de Resoluciones del Area de Reclamaciones, estandarizados.

Hecho probado 5º.- La prestación de servicios inicialmente tenía lugar en la sede de la citada Secretaría de Estado, calle de Capitán Haya 41 en Madrid, en despachos compartidos con funcionarios. A partir de Marzo de 2013, separados de éstos. Y a partir de Diciembre de 2013 en plataforma propia, esto es, en centro de trabajo de la contratista y con los medios de ésta.

Hasta Diciembre de 2013, además del espacio físico la Secretaría de Estado aportaba espacio físico, mobiliario, teléfonos y ordenadores.

Hecho probado 6º.- Las Empresas contratistas tienen en el servicio contratado un desarrollo jerárquico consistente en dos Coordinadoras.

Hecho probado 7º.- En fecha 26 de Julio de 2013 interpuso reclamación previa a la vía judicial, que no consta que haya recibido resolución expresa".

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

"que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA Antonia contra MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL RED.ES, TELEPERFORMANCE ESPAÑA SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL, DIGITEX INFORMATICA SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL y OESIA NETWORKS SOCIEDAD LIMITADA, y a su tenor absolver libremente a éstas de los pedimentos contenidos en la Súplica del escrito iniciador de este procedimiento".

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

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 en fecha 18/01/2017, 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 20/9/2017 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 .- La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda formulada por la trabajadora contra el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Entidad Pública Empresarial Red.Es, Teleperformance España Sociedad Anónima Unipersonal, Digitex Informática Sociedad Limitada Unipersonal y Oesia Networks Sociedad Limitada, absolviendo a todas las codemandadas de las pretensiones dirigidas en su contra y frente a dicho procedimiento, se alza en suplicación su representación Letrada, impugnándolo la de la Entidad Pública Empresarial Red.Es y la Abogacía del Estado, en la representación que legalmente ostenta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

En el primer motivo del recurso, se interesa la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, porque, según expresa la demandante, la sentencia de instancia le provoca indefensión.

El alegato comienza con una reproducción del fundamento séptimo de la sentencia, en la parte en el que éste indica que el esfuerzo probatorio desarrollado por la demandante fue insuficiente, completándose con la del hecho segundo de la demanda, escrito de subsanación de la demanda (folios 195 a 202), escrito presentado en fecha 9 de marzo de 2016 (folios 222 a 224) en el que, además de interesarse la práctica de cierta documental, también se solicitaba la citación judicial de un testigo Doña Frida, denegada por el Magistrado de instancia, mediante Auto de fecha 11 de marzo de 2016 (folios 225 a 227), siendo el Auto recurrido e inadmitido por el Juzgado, formulándose protesta y presentándose en la vista, 136 documentos y una relación de testigos.

El motivo no se estima.

No solo porque, como se ha visto, la parte actora se limita a manifestar su discrepancia con lo resuelto por el Magistrado de instancia, sin ni siquiera citar un solo precepto legal en el que amparar su pretensión, sino porque, como dice el Tribunal Constitucional, en Sentencia 82/2009, de 23 de marzo "... para que pudiera apreciarse que efectivamente ha existido en el procedimiento (...) la lesión de los derechos a la defensa y a utilizar los medios de prueba (art. 24.2 CE) ... sería preciso que ésta hubiera alegado y fundamentado adecuadamente en esta jurisdicción de amparo que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento..."; precisando las sentencias del Tribunal Constitucional 247/2004 de 20 de diciembre y 4/2005, de 17 de enero, que "... corresponde al recurrente justificar la indefensión sufrida, en un doble aspecto: por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones", sino porque, en el caso y como decimos, ni se acredita la indefensión que genéricamente se afirma por el hecho de que el auto que obra a los folios 225 y 226 denegara motivadamente apreciamos además, la práctica de ciertas pruebas, ni se razona que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia haya podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones, ni que ésta fuera "decisiva en términos de defensa", y en el caso, la recurrente se limita a afirmar que lo que quería acreditar era que la contrata careció de justificación porque la labor que realizaba la demandante era la propia de la Administración y tras dos suspensiones a su instancia, consecuencia de la subsanación de la demanda, el Magistrado de instancia ha alcanzado una conclusión muy distinta, sin que la Sala considere que pudiera haberse visto alterada de haber practicado parte de la prueba inadmitida, sobre todo, teniéndose en cuenta que tan esencial para la legítima defensa de sus intereses no debía ser, si su práctica se interesó el 9 de marzo de 2016, mucho después de haberse interpuesto la demanda (16 de septiembre de 2013).

Como razona el Juez de lo Social (y compartimos), en el fundamento séptimo "... el esfuerzo alegatorio y probatorio de la parte actora resulta manifiestamente insuficiente. Este último obvio porque no cabe prueba sobre lo no alegado debiendo recordarse que sólo tienen acceso a la causa los hechos aportados por las partes. Baste decir que en cuanto a las alegaciones contenidas en demanda son las contenidas en el hecho segundo, dado que las contenidas en el hecho cuarto de la demanda no son propiamente hechas sino conclusiones o valoraciones. Y esa insuficiencia se mantiene a pesar de que en fecha 14 de Abril de 2015 el juicio se suspendiera la vista para la subsanación de la demanda concretando los hechos integradores de la cesión ilegal. Subsanación, ciertamente generosa, que cumplimentada por la parte actora por escrito de 20 de Abril de 2015, tampoco expone hechos suficientes para poder apreciar la existencia del referido ilícito. Debe reiterarse que la carga probatoria respecto del ilícito incumbe de manera completa a quien lo alega o imputa..." y siendo así, el motivo no prospera.



SEGUNDO .- En sede de revisión fáctica, se pretende la de todos los hechos probados de los que se compone el relato, a excepción del séptimo.

1.- En primer lugar, se solicita la del hecho primero, proponiendo que quede redactado, como a continuación se expone:

«La actora realiza sus funciones dentro de la Subdirección General de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones dependiente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, consistiendo las mismas, entre otras relacionadas con la atención a usuarios, fundamentalmente en la resolución y análisis de los expedientes una vez finalizada su tramitación, funciones estas por las que se le comunicó con fecha 2 de marzo de 2009 la percepción de un complemento específico de puesto de trabajo».

No se admite, por dos razones básicas:

La primera, porque, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2016, Rec. nº 212/2015, el hecho que se pretende introducir en el relato debe resultar de manera *«clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas»*, debiendo ser además, relevante, para modificar el fallo de instancia y en el caso, lo que se cuestiona es la propia valoración de la prueba efectuada en instancia, tratando de sustituirla por otra distinta.

Como resaltan las impugnantes del recurso, la modificación fáctica trata de que conste en el relato que por la realización de las funciones consistentes en la resolución y análisis de los expedientes, la actora percibía un complemento específico de puesto, que, según su particular punto de vista, determina que realizara una serie de funciones completamente distintas de las de tramitación, que son las que el Magistrado considera que realizaba, tanto en la fundamentación jurídica de la sentencia (consistentes en la mera tramitación del expediente bajo supervisión final de la Administración, calificándose la tarea, en el fundamento séptimo de la sentencia como *" susceptible de contratación "*), como en el ordinal tercero del relato.

Es verdad que obra al folio 273 de los autos, una comunicación dirigida a la demandante por parte de la empresa Teleperformance en la que se le indicaba que percibiría un complemento de trabajo proporcional a la jornada que realizara de 154,30 euros, para una jornada de 39 horas, que no constituía un derecho adquirido, sino una percepción ligada a sus nuevas funciones, pero que tendría carácter consolidable, que la retribución se dejaría de percibir cuando dejara realizar las nuevas funciones encomendadas dentro de la campaña por desistimiento de la interesada o por decisión unilateral de la empresa, sin que el hecho de percibir este complemento, determine, en modo alguno, que la actora realizara una labor atribuida a los funcionarios por personal laboral contratado por la Administración Pública y que se hubiera producido una cesión ilegal.

Y la segunda, porque de la documental que se cita, además del irrelevante pantallazo que obra al folio 429 de los autos, tampoco se desprende la redacción propuesta, en tanto se trata de un índice de resoluciones propuestas para la posterior firma del Subdirector General de Inspección con el visto bueno del Jefe de Reclamaciones y ello se compadece con el hecho tercero del relato, en el que el Magistrado de instancia indica que el servicio se concretaba en *"la tramitación en vía administrativa de las quejas y reclamaciones de los usuarios hasta la formulación de una propuesta de resolución a suscribir por la Autoridad administrativa correspondiente, comprendiendo la información sobre el estado de dichos expedientes a los interesados y a las Autoridades (Defensor del Pueblo) que lo solicitaren"*.

Por todo ello, el motivo decae.

2.- En segundo lugar, se interesa la modificación del ordinal segundo del relato, proponiendo que quede redactado, como, a continuación, se expone:

«Hecho probado 2º.- Esta prestación se ha articulado sucesiva y formalmente con IBERPHONE SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL, desde aquella fecha inicial (2 de marzo de 2009), con DIGITEX INFORMÁTICA S.L.U., desde 1 de junio de 2011, con OESIA BPO, S.A., desde 7 de septiembre de 2012 y con OESIA NETWORKS, S.L., desde 1 de enero de 2015, habiendo prestado sus servicios de carácter laboral para la Administración y ocupando el mismo puesto de trabajo en todo momento».

Se admite el hecho de que derivado de la absorción por fusión de Oesia Networks SL, respecto de Oesia BPO, prestara servicios para aquélla desde la fecha que se indica (comunicación que obra al folio 283, admitida por la representación Letrada de dicha empresa en trámite de impugnación).

No así, respecto de la frase *"habiendo prestado sus servicios de carácter laboral para la Administración y ocupando el mismo puesto de trabajo en todo momento"*, porque predetermina el signo del fallo.

Por ello, el hecho segundo queda redactado del siguiente modo:



"Esta prestación se ha articulado sucesiva y formalmente con IBERPHONE SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL, desde aquella fecha inicial, para DIGITEX INFORMATICA SLU desde 1 de Junio de 2011 y para OESIA BPO SA, desde 7 de Septiembre de 2012 y con OESIA NETWORKS SL, desde el 1 de enero de 2015".

3.- En tercer lugar, se solicita la del ordinal tercero del relato, proponiendo que quede redactado del siguiente modo:

«Hecho probado 3º.- Las referidas Empresas resultaron adjudicatarias, sucesivamente, de los contratos administrativos de prestación de servicios concertados por la Entidad Pública Empresarial RED.ES, como medio público de la Administración General del Estado, por cuenta y delegación de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) del referido Ministerio y para la atención del Servicio de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones. Este servicio se concreta en la tramitación en vía administrativa de las quejas y reclamaciones de los usuarios así como en el análisis y formulación de propuestas de resolución de los expedientes, función ésta desarrollada por la actora, comprendiendo la información sobre el estado de dichos expedientes a los interesados y a las Autoridades (Defensor del Pueblo) que lo solicitaren. Estas propuestas de resolución redactadas eran pasadas a la firma del Subdirector General de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones, una vez recibido el Visto Bueno del Jefe de Área de Reclamaciones. En la Orden IET/557/2012, de 15 de marzo, modificada por la Orden IET/875/2013, de 16 de mayo, se establece expresamente que la resolución en cuyo análisis y resolución es empleada la actora no es objeto de delegación y es competencia de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI)».

No se admite, porque la versión alternativa se apoya en parte, en una norma y en la forma en la que la propia recurrente la interpreta para sostener la pretensión que ejercita en estos autos: Esto es, que sus labores iban más allá que la mera tramitación y que lo único que pueden delegarse, son las tareas materiales comprendidas entre la recepción de la relación y la resolución, nunca las de la resolución.

Y los documentos citados, los índices y la Orden IET 875/2013, no permiten colegir esa aseveración, que, por otra parte y como se relata en las impugnaciones, se rechaza por el Magistrado de instancia.

4.- Seguidamente y en cuarto lugar, se insta la modificación del ordinal cuarto del relato, en el que el Magistrado de instancia indica que para la tramitación de los expedientes, la demandante utilizaba una aplicación informática denominada SIGETEL, que incluye formularios o máscaras de resoluciones y para el dictado de las propuestas de resolución, una Recopilación de Criterios de Resoluciones del Área de Reclamaciones, estandarizados, proponiendo que quede redactado, como, a continuación, se expone:

«Hecho probado 4º.- La actora para la resolución de los expedientes referidos utiliza una aplicación informática del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR), denominada SIGETEL, donde dispone de alta de usuario, designándose como "asolas", accediendo a la misma a través de Oficina Móvil del MINETUR donde se le da igualmente acceso al correo web corporativo del MINETUR, portafirmas electrónico, Intranet del referido Ministerio, archivos MEFISTO de carpetas compartidas con funcionarios además de otras aplicaciones y programas comunes. Para la resolución de los expedientes realiza tareas de valoración de toda la documentación obrante en el expediente, con posibilidad de petición de informes adicionales, análisis de disposiciones legales aplicables, llegando a un pronunciamiento cuando dispone de elementos de juicio suficientes para emitirlo. En estas tareas le sirven de guía una Recopilación de Criterios de Resolución del Área de Reclamaciones elaborado por la Administración y de obligado cumplimiento».

Tampoco se admite, porque analizando la versión alternativa, comprobamos que se encuentra plagada de aseveraciones que comportan valoraciones personales, que ni demuestran error en el redactado judicial, ni pueden acogerse, por su parcialidad y por predeterminar, en ocasiones, el signo del fallo (como por ejemplo, que realizaba tareas de valoración en la "resolución de los expedientes" o que la Recopilación de Criterios a los que alude el Magistrado de instancia, se utilizaba por la demandante como una guía, dando a entender con ello, que era ella, quien resolvía los expedientes, cuando ya ha quedado meridianamente claro, que no era así).

Por otra parte, es irrelevante el nombre de su alta de usuario o la forma en la que accediera a la aplicación.

5.- En quinto lugar, se solicita la revisión del ordinal quinto del relato, proponiendo que quede redactado, como a continuación se expone:

«Hecho probado 5º.- La prestación de servicios inicialmente tenía lugar en la sede de la citada Secretaría de Estado, calle de Capitán Haya 41 en Madrid, en despachos compartidos con funcionarios. A partir de Marzo de 2013 y, hasta diciembre del mismo año, separados de éstos. Hasta esa fecha, los medios utilizados eran en su totalidad titularidad de la Secretaría de Estado, además del espacio físico, ésta aportaba mobiliario, teléfonos, ordenadores, acceso a aplicaciones informáticas compartidas con funcionarios, correo web corporativo sin que en el mismo se dejara constancia alguna de que era personal externo, e intranet del Ministerio.



A partir de diciembre de 2013, la prestación de servicios se realizaba en centro de trabajo de la contratista pero siguiendo utilizando las mismas aplicaciones informáticas, correo corporativo, intranet del MINETUR en las mismas condiciones en que se venía realizando con anterioridad.

En diciembre de 2012, se dictaron por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas unas Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En estas Instrucciones se señalaba, entre otros temas, que la prestación de servicios de los contratos administrativos debería realizarse en centro de trabajo de la contratista y solo excepcionalmente y, mediante justificación razonada y objetiva en los pliegos del contrato, en centro de trabajo de la Administración, recomendando la utilización de distintivos para este tipo de personal. Así mismo que, en este caso, el personal externo deberá tener espacios de trabajo diferenciados y que, no podrán tener acceso a correo corporativo y, en caso de asignación de una cuenta de correo electrónico, deberá dejarse constancia en la dirección de que se trata de personal externo.

En julio de 2013, tuvo entrada en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, denuncia sindical alegando incumplimientos legales así como de las Instrucciones sobre buenas prácticas citadas, en relación con el personal objeto de contratación administrativa de servicios por la empresa contratista de la que formaba parte la actora y en relación a las funciones que la misma, entre otros trabajadores, desarrollaban en la entidad pública empresarial Red.Es para la Subdirección General de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones».

Tampoco merece favorable acogida, si se tiene en cuenta que el hecho quinto, en su versión judicial ya específica que la prestación de servicios inicialmente tuvo lugar en la calle de Capitán Haya 41 en Madrid, en despachos compartidos con funcionarios, desde marzo de 2013, en despachos separados de éstos y desde el mes de diciembre del mismo año, en el centro de trabajo de la contratista y con los medios de ésta.

Así como que hasta diciembre del año 2013, la Secretaría de Estado aportaba no solo el espacio físico, sino también el mobiliario, teléfonos y ordenadores.

Siendo irrelevante la fecha en la que tuviera entrada en el Ministerio la denuncia sindical a la que se alude en la versión alternativa.

6.- En sexto lugar y finalmente, se solicita la del hecho sexto, proponiendo que quede redactado, con el siguiente tenor:

«Las funciones directivas, la impartición de órdenes e instrucciones directas para el desarrollo ordinario del trabajo de la actora, eran impartidas por funcionarios sin intermediario alguno de los contratistas».

El motivo no puede acogerse tampoco, en tanto contradice palmariamente la versión judicial según la cual, las empresas contratistas, tienen en el servicio contratado un desarrollo jerárquico consistente en dos Coordinadoras, sin justificarse la pertinencia de la eliminación que se pretende en atención a documentos de los que se derive algún error susceptible de corrección en esta sede.

TERCERO .- En el octavo y último motivo del recurso, se denuncia la infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 1 del mismo cuerpo legal , citando parte de los documentos obrantes en autos y concluyendo en el sentido de que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de enero de 2011, Rec. nº 1784/2010 , es perfectamente extrapolable al caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta que la actora utilizaba en el ejercicio de su actividad, medios materiales proporcionados por la Administración, quien se ocupaba de la organización y planificación diaria de su trabajo, consistente fundamentalmente, en labores de resolutora, que requería tanto tareas de análisis como de valoración (en los dos casos, mucho más allá que las de mera tramitación), siendo su relación con el personal funcionario absolutamente directa, pues ésta le daba órdenes sin intermediarios de la empresa cedente y en una situación de total confusión, concluyendo en el sentido de que la contrata suscrita fue irregular por afectar a funciones que no podían ser delegadas.

Como razona la sentencia de instancia, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2001 , razona que " (...) El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . 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 (sentencia de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de poderes empresariales (sentencias 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...) "...».

«... "(...) 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, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció 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 de enero de 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...».

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008, Rec. nº 1310/2007 establece que "(...) De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa (...). Pero en la válida 'externalización' de la producción, la empresa principal se limita a recibir, con el lógico control, el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación se inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores", diciendo a renglón seguido: "Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de 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 de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTs 14/09/01, rec. 2142/00 ; 17/01/02, rec. 3863/2000 ; 16/06/03, rcud 3054/01 ; y 14/03/06, rcud 66/05)".

CUARTO .- Siendo así, el motivo no puede acogerse porque no existe un solo dato del relato fáctico, del que pueda desprenderse la concurrencia de las notas configuradoras de una cesión ilegal.

Solo contamos con el hecho de que las codemandadas resultaron adjudicatarias, sucesivamente, de los contratos administrativos de prestación de servicios concertados por la Entidad Pública Empresarial RED.ES, como medio público de la Administración General del Estado, por cuenta y Delegación de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) del referido Ministerio y para la atención del Servicio de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones, habiendo contratado en el servicio, un desarrollo jerárquico, consistente en dos Coordinadoras. Que el servicio se concretó en la tramitación en vía administrativa de las quejas y reclamaciones de los usuarios hasta la formulación de una propuesta de resolución a suscribir por la Autoridad administrativa correspondiente, comprendiendo la información sobre el estado de dichos expedientes a los interesados y a las Autoridades (Defensor del Pueblo) que lo solicitaren. Y que la actora para la tramitación de dichos expedientes utilizaba una aplicación informática denominada SIGETEL que incluye formularios o máscaras de resoluciones y para el dictado de las propuestas de resolución, utilizaba una Recopilación de Criterios de Resoluciones del Área de Reclamaciones, estandarizados, habiendo tenido lugar, inicialmente, la prestación de servicios en la sede de la Secretaría de Estado, calle de Capitán Haya 41 en Madrid, en despachos compartidos con funcionarios. A partir de Marzo de 2013, separados de éstos. Y a partir de Diciembre de 2013 en plataforma propia, esto es, en centro de trabajo de la contratista y con los medios de ésta. Hasta Diciembre de 2013, además del espacio físico la Secretaría de Estado aportaba espacio físico, mobiliario, teléfonos y ordenadores.

Y siendo así, es evidente, que tal y como ha quedado configurado el relato fáctico, a pesar del intento de su modificación global desarrollado por la recurrente, no puede sostenerse, como pretende, que la demandante llevara a cabo funciones más allá de las de mera tramitación de los diversos expedientes, bajo supervisión final de la Administración, no resultando posible, en consecuencia, afirmar la concurrencia de una cesión ilegal de mano de obra.

Por todo ello, el motivo decae y con él, todo el recurso, procediendo el dictado de un pronunciamiento que conforme el muy atinado fallo recurrido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,



FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DOÑA Antonia , contra la sentencia de 17 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid en autos nº 1118/2013 promovidos por la recurrente contra el MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL RED.ES, TELEPERFORMANCE ESPAÑA SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL actual denominación de IBERPHONE SOCIEDAD ANONIMA UNIPERSONAL, DIGITEX INFORMATICA SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, OESIA NETWORKS SOCIEDAD LIMITADA, como Sociedad en la que se fusionó por absorción OESIA BPO SOCIEDAD ANONIMA, confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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 2876-0000-00-0039-17 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 2876-0000-00-0039-17.

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 3/10/17 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.