



Roj: **STSJ NA 722/2017 - ECLI:ES:TSJNA:2017:722**

Id Cendoj: **31201340012017100391**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **380/2017**

Nº de Resolución: **433/2017**

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 TRECE DE DICIEMBRE 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

S E N T E N C I A Nº 433/2017

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Jose Enrique , Miguel Ángel y Bernabe , en nombre y representación de VOLKSWAGEN NAVARRA SA, Rosendo y AUTOVISION SERVICIOS SUCURSAL EN ESPAÑA, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/Iruña sobre DESPIDO, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. CARMEN ARNEDO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra, se presentó demanda por D. Rosendo , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido del que ha sido objeto el actor, condenando a los demandados, de manera solidaria, a que readmitan al demandante en su puesto de trabajo, con abono de los correspondientes salarios de tramitación, o, subsidiariamente, a que, a su opción, le readmitan o le abonen una indemnización de 45 días de su salario por cada año de trabajo, con abono, en el primero de los casos, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, todo ello sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas.

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 Sr. Secretario. 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 debiendo estimar y estimando la demanda sobre impugnación de despido disciplinario en su pretensión subsidiaria, interpuesta por Don Rosendo frente a AUTOVISIÓN SERVICIOS SUCURSAL EN ESPAÑA Y VOLKSWAGEN NAVARRA, S.A. debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante producido con efectos al 18 de febrero de 2016 y debiendo declara y declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores en la persona del hoy trabajador, debo condenar y condeno a las empresas codemandadas a estar y pasar por la anterior



declaración y a readmitir al demandante en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, correspondiendo al trabajador la elección de la empresa, cedente o cesionaria a la que quiera reincorporarse, o a indemnizarle de forma solidaria en la suma de 23.116,64 euros. Asimismo, en el caso de que las empresas opten por la readmisión, se les condena a abonarle al demandado de forma solidaria los salarios dejados de percibir desde el 18 de febrero de 2016 hasta que tenga lugar la readmisión, a razón de 94,45 euros días."

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados:- "PRIMERO.- El actor Don Rosendo ha venido prestando sus servicios para la empresa AUTOVISIÓN SERVICIOS SUCURSAL EN ESPAÑA, con categoría profesional de Técnico de Recursos Humanos, grupo 02., con antigüedad de 1 de octubre de 2012 y retribución de 94,45 euros diarios incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.-SEGUNDO.- En fecha 18 de febrero de 2016 la empresa comunica al trabajador su despido disciplinario, con fecha a efectos el mismo día, alegando la existencia de una disminución continuada y voluntaria en su rendimiento. La comunicación ha sido aportada con el escrito de demanda y obra en autos al folio 470 y se da por reproducida.-TERCERO.- La empresa Autovisión Servicios Sucursal en España es una sucursal de la empresa A-VISION PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À INDÚSTRIA AUTOMÓVEL UNIPESSOAL, LDA, constituida en fecha 22 de marzo del año 2012 mediante Escritura Pública otorgado por la Notaría de Doña María Pilar Chocarro Ucar ubicada en Pamplona. Su domicilio se encuentra ubicado en el Recinto de Volkswagen Navarra, S.A. en la localidad de Arazuri en Navarra (Folio 261 y 282 de autos). Su objeto social es la prestación de servicios industriales, insourcing y outsourcing a la industria automovil y a otras, compraventa de automóviles, nuevos y usados, así como de piezas, componentes y accesorios para automóviles, reparación de automóviles y servicio de asistencia post venta, alquiler sin conductor de automóviles para viajeros, y gestión de recursos humanos en el ámbito de la selección de personas, así como de todas actividades instrumentales, asociadas y complementares de las antedichas. La empresa Autovisión Servicios Sucursal en España tiene alquilado el local donde reside su domicilio en virtud de contrato de arrendamiento estipulado con Volkswagen Navarra, S.A. desde el 12 de junio de 2013 (Folio 310 autos), así como tiene alquilada una nave industrial en Orcoyen, Polígono industrial Ipertergui I nave nº 20 desde el 1 de enero de 2015 en virtud de contrato de arrendamiento firmado con la mercantil Gabinete de Ingeniería y peritación GIP Lorrio, S.L. (Folio 313 de autos). Dicha empresa tiene otro centro de trabajo en España, ubicado en Barcelona. En Pamplona el Responsable de Delegación es Ángel Jesús , el Técnico de Recursos humanos era Rosendo , y operaban en la sede del domicilio social también Calixto , en el departamento de Tecnologías e información y Doña Florencia en el departamento de Recursos Humanos. (Folio 289). La empresa tiene contratado el servicio de prevención con Unipresauld, la gestión de nóminas y apoyo en materia financiera con Deloitte y suscritos contratos de seguro de distinto objeto y tiene concertada con Mutua Universal el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Documentos al folio 298,299, 324 La empresa tiene su propio Comité de empresa ay su Comité de Salud Laboral. (Folios 403 y 489.) La empresa adquiere vestuario para sus trabajadores, mobiliario para la oficina material, formación etc. conforme a las numerosas facturas que obran en autos aportadas por la empresa y que se dan por reproducida. La empresa abona a Volkswagen Navarra, S.A. el importe del alquiler y de la limpieza de la oficina, así como le abona los consumos telefónicos, conforme a las facturas que obran en autos.-CUARTO.- La socia única de A-VISION PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À INDÚSTRIA AUTOMÓVEL UNIPESSOAL, LDA es AUTOVISION GMBH. Dicha empresa tiene su sede en Wolfsburg en Alemania y directamente, o a través de participadas, presta servicio en diferentes ciudades alemanas, así como en el resto de Europa (Portugal, España, Bélgica, Polonia, Eslovaquia, Hungría). Todas las empresas forman parte del Grupo Volkswagen (folio 414 de autos)-QUINTO.- Volkswagen Navarra, S.A. tiene su sede en el Polígono Landaben en Arazuri (Navarra) y se dedica a la actividad de automoción.- SEXTO. El proceso de selección del Señor Rosendo realizado en el mes de marzo de 2012 participó de forma activa Doña Rafaela , quien era la persona que seleccionaba y remitía a Don Gaspar y a Leopoldo los curriculum que le enviaba el Servicio Navarro de Empleo. La Señora Rafaela prestaba servicios en dicho momento, y sigue prestando, para Volkswagen Navarra, S.L.-SÉPTIMO.- El hoy actor ha sido, desde su contratación, técnico de recursos humanos de Autovisión Servicios Sucursal en España. Siendo las funciones propias de su profesión, la de planificación, organización y valoración de recursos humanos, gestión de plantillas, negociaciones con el Comité de Empresa, planificación de la formación, prevención de riesgos laborales. (Folio 1935 y correos electrónicos que obran en autos aportados por la empresa en el acto del juicio, que forman parte del tomo II, III y IV del expediente.) Según el organigrama de la empresa, la Dirección General de la empresa en Portugal se compone por el Señor Gaspar (director RRHH y operaciones) y Don Leopoldo (Director de Finanzas) y el Staff de Pamplona por Don Ángel Jesús (Responsable de Delegación), Don Rosendo (Técnico de Recursos Humanos), Don Calixto (tecnologías e Información) y Florencia (Recursos Humanos). (Documento al folio 289 de autos).-OCTAVO.- La empresa Volkswagen Navarra, S.A. era quien ostentaba el poder de dirección sobre el hoy actor, indicando, ordenando y dirigiéndole en las labores propias de su función. Conforme a los correos electrónicos que obran en autos, y que se dan todos por reproducidos, se pueden diferenciar desde el comienzo de la relación laboral los que a continuación reproducimos. Por su importancia y relevancia han sido también valorados en la Sentencia nº 395/2016 dictada por el Juzgado de



lo Social nº 1 de Navarra en el ámbito del procedimiento 308/2016. 1.- En lo que concierne a la Selección de personal: Correo de Virgilio (Planificación y Análisis de Calidad) dirigido al Señor Ángel Jesús que luego la reenvía al hoy actor de 6.3.2013: "*como hemos hablado hoy te adjunto el CV de Rafaela (..) como sustituta de (..). Por favor no haces nada y no hablas con las demás candidatas hasta tenemos la decisión de la reunión de indirectos sem 11*". (Folio 2098). Correo de Adriano (Planificación de Producción) al hoy actor de 20/3/2013: "*hemos revisado los CVs y nos interesaría por este orden: 1.- (..), 2.- (..) y 3. (..)*" (Folio 2071). Correo de Ceferino (Planificación y Optimización Logística) al hoy actor de 8/4/2013: "*Me gustaría mañana por la mañana elegir ya un candidato y para ello antes me gustaría conocer a las 3 personas que os envío. Os pido por favor veáis la posibilidad de convocarlos a una breve entrevista, a poder ser mañana*". (Folio 2104 de autos) Correo de Fabio (Área Técnica de Producto de WV) a Ángel Jesús que lo reenvía al hoy actor de 10/4/2013: "*Te adjunto los datos de la persona que queremos contratar*". (Folio 2097 de autos). Correo de Ceferino (Planificación y Optimización Logística) de 11/4/2013: "*Os comunico que por nuestra parte de las personas entrevistadas la Sr. Eufrosia (...) es el perfil que mas se adapta a nuestra actual necesidad. El viernes hablaré con el Sr. (...) para confirmar de manera definitiva esta decisión que en un principio no tiene por qué variar. No obstante os aviso por si podéis ir avanzando gestiones de cara a una incorporación INMEDIATA a partir de la próxima semana*". (Folio 2110) Correo de Martin de 12/4/2013 "*Aceptamos como candidato a Sr. Geronimo (...) por lo que os solicitamos que realicéis los tramites necesarios, a la mayor brevedad posible para su incorporación*". (Folio 2073 de autos) Correo de Ceferino dirigido al hoy actor de 6/5/2013 "*me decanto por alguien muy joven, a poder ser recién licenciado y con alto conocimiento de alemán. Si sois tan amables de hacerme llegar curriculum... podríamos empezar a entrevista rápidamente. Me gustaría que también hubiera aquí un periodo de solape pero tengo que hablar con Petra para ver si el "pedido" nos lo permite*". (Folio 2174) Correo de Victorino de fecha 18 de junio de 2013 mediante la cual comunica al Señor Ángel Jesús los trabajadores que empiezan la semana siguiente, e indica que "*Ángel Jesús nos informará que día ellos vienen en concreto, y buscamos todos modos más entrevistas para compensar unas posibles dudas.*" Don Ángel Jesús reenvía dicho correo al hoy actor. (folio 2092 de autos). Correo de Adrian (Aprovisionamiento Piezas compra) de 3/6/2013: "*Amanda (...) va a cambiar de actividad (...). La baja de Amanda la queremos cubrir con Elisenda (...) que actualmente hace ya funciones de Aprovisionamiento en nuestra oficina aunque siendo plantilla de transportes Sese. (...) Necesito que a la mayor brevedad te pongas en contacto con ella para explicarle las condiciones laborales y el contrato que tendría pasando a Autovision.*" (Folio 2096 de autos). Correo de David (Calidad Producción Chapistería) que envía al Señor Ángel Jesús y este lo remite al hoy actor de fecha 22.4.2014: "*Te hago seguir el CV de la persona que queremos que sustituya ala baja que vamos a generar en la Cabina(..)*" (Folio 2129 de autos). Correo de Adrian (Aprovisionamiento piezas compra) dirigido al hoy actor de 18/7/2014: "*quiero que Geronimo (...) se incorpore a partir del 28.07 para realizar en parte el trabajo de Ronja (...). Por favor preparad el tema contractual, accesos a fabrica y resto de documentación de tal forma que el mismo día 28 pueda estar operativo en el puesto*". (Folio 2169) Y otro de de 21/7/2014 en relación con la incorporación de un trabajador de Autovision "*hemos fijado su incorporación par el día 28 de julio y aprovechar esa semana previa a las vacaciones para comenzar la formación (...). Si empezar en la fecha indicada es un problema por favor chequead la posibilidad de que pudiera venir esos 4 días como visitante, como formación previa a su contrato o bajo cualquier figura que posibilite que en semana 31 podamos contar con él para iniciar su formación*". (Folio 2170) Correo de Martin (Centro de Pruebas) de 3/10/2014: "*ponemos en vuestro conocimiento que Sra. (...) que hasta ahora desempeñaba sus funciones en C. Pruebas como Coordinación Lanzamiento, pasará a formar parte del Centro de análisis como Analista de ruidos, etc. a tener en cuenta para temas de contrato, etc.*" (Folio 2176) Entre el 13 y el 14 de noviembre de 2014 hay una serie de correos entre el hoy actor, el señor Onesimo (CIO de IT) y Geronimo (IT tecnologías de la Información). En ellas primero el hoy actor comunica al Señor Onesimo que tienen los resultados de las pruebas de nivel y pide cuando quieren que se realicen las entrevistas. El Señor Onesimo contesta lo siguiente: "*de acuerdo con el CV y con la prueba de inglés, para nosotros las dos candidatas son aptas para prestar el servicio por parte de Autovisión. De cara la entrevista por parte de Volkswagen Navarra, S.A. acudirá como oyente Geronimo . Por nuestra parte citarles cuanto antes, a ser posible mañana.*" Seguidamente Rosendo informa de las entrevistas solicitando confirmación. (Folios 2102 y 2101) Correos de Carlos Alberto (Compras Log. Material de Producción) de agosto y septiembre de 2015 por los que solicita que se cubra un puesto por una baja de maternidad de una trabajadora de AV a partir de octubre. Se le proporciona un listado de personas y participa en las entrevistas. Finalmente selecciona a una de ellas y, tras comentar el hoy actor que está pendiente confirmar con su jefe indica: "*esperar que os confirme antes de comunicarle a ella*". (Folios 2119- 2126). Correo de Agapito (Gerente Compras y Planif. Logística) dirigido al hoy actor de 26/10/2015: "*quiero que pongas en su puesto a esta persona que te envío el curriculum, es una persona que ya trabajo con nosotros. Por lo tanto ruego hagas ya el cambio esta semana. (01 noviembre que empiece ya (...)) en lugar de (...)*". (Folio 2145 de autos). Correo de Constancio (Jefe de Interior Calidad Material de Compra) al hoy actor de 26/11/2015: "*Necesito entrevistar candidatos para mi servicio. Motivo cubrir una baja maternal a partir del 21.12.2015. Urge!!*". (Folio 2117 de autos) Correo de Genaro , Responsable de Delegación de Autovisión, a Marcial (Gerente de Comunicación y Relaciones Externas) de 21/1/2016: "*Me ha llegado la información que*



estáis realizando entrevistas para la posición que necesitareis de Redactor en Comunicación. Aunque sea, por guardar las formas es conveniente que esté presente Autovisión, que al final seremos quienes le contratemos. Si me puedes citar para las siguientes entrevistas que tengáis y pasar los Curriculumms que estáis manejando, mejor que mejor, tenemos que seguir el procedimiento." (Folio 2156). A ello responde el Señor Marcial lo siguiente: "...te preguntó antes de Navidades si queráis participar en las entrevistas a las vuelta de vacaciones. Como no hemos obtenido respuesta, hemos seguido con el proceso porque el tema nos urge mucho EN cualquier caso, estaremos encantados de que entrevistéis a los dos candidatos finales, con quienes también va a hablar Cecilia . Te adjunto los curriculumms." (Folio 2156). El Señor Ángel Jesús reenvía el mensaje al hoy actor. Correo de Jose Ángel (Gerente de Aprovisionamiento y Transporte) de 1/2/2016 en relación con una consulta sobre la disponibilidad de una trabajadora de AV: "tengo previsto que se quede con nosotros para seguimiento de urgencias. Ya lo sabe Autovisión". (Folio 2164) Correo de Leocadia (Jefe UO Equipamiento Eléctrico) dirigidos al Señor Ángel Jesús y puestos en conocimiento al hoy actor de 11/2/2016 "Necesito que me digas día de incorporación de la Sra. (...). No hay que esperar a la sustitución del Sr. (...). Es independiente, y te rogaría a la mayor brevedad (...) Necesito que me envíes más CV a evaluar" y de 15 de febrero de 2016 "¿Va a venir la Sra. (...) o me busco gente o te los mando para hacerles el contrato?" (Folio 2114) Correo de Alonso (Centro de Análisis) de 18/2/2016: "Necesitamos que Tania se incorpore lo antes posible la centro de análisis para tener tiempo de formarla antes de que empecemos con las preseries del 270". (Folio 2106) Correo de Constancio (Jefe de Interior) de 18/2/2016, en relación a una entrevista: "Cancelar la cita por él, por favor. He revistado el cv y no me encaja. Lo miré demasiado de prisa". (Folio 2111) 2.- En lo que respecta a la toma de decisiones sobre que personal de Autovisión debe continuar a prestar servicios: Correo de Martin (Centro de Pruebas) dirigido al hoy actor y al Señor Ángel Jesús de 13/3/2014 en el que informa de que dos trabajadores de Autovisión van a dejar de prestar servicios: "hablaremos con los Sres. abajo nombrados para comunicarles que el día 31/5/2014 terminará su relación laboral con VW-Navarra. Os pido por favor no lo habléis con ellos antes de que lo hagamos nosotros. Yo personalmente os comunicare cuando haya hablado con ellos". (Folio 2167). Correo de Gabriel (Análisis vehículo) de 14/3/2014: "Los compañeros de Autovisión, Mateo (...) y Segismundo (...), dejarán de prestar servicios para VWNAVARRA a partir del 1 de abril". (Folio 2166). Correo de Juan Francisco (Jefe de Tecnología de Materiales) de 6/5/2014 en relación con la reducción del servicio "En concreto pedimos prescindir a partir del próximo 1.6.14 de los servicios de una persona, que será Fermina (...)". Correo de Jose Ángel (Gerente de Aprovisionamiento y Transporte) se dirige a Ángel Jesús , mandando por conocimiento también al hoy actor, en fecha 15/10/2015 y le dice: "Te ruego que procedas a sustituir a las siguientes personas: (...)". Ante el hecho de que no se procede como indicado, el día 31.10.2015 envía un nuevo correo indicando que: "necesito urgentemente que sustituyas a esas personas". En fecha 2 de noviembre de 2015 el Señor Jose Ángel envía nuevamente un correo al Señor Ángel Jesús le indica: "¿pones a alguien, o lo pongo y o te paso cargo?" (Folio 2066 y 2067 de autos). Correo de Agapito (Gerente compras) de 26/10/2015 "En total vamos a necesitar 3 personas nuevas y queremos cambiar a una que ya tenemos pero que no es el perfil que quiero (...) quiero que la quites y pongas en su puesto a esta persona". (Folio 2145) 3.- En lo que respecta a la toma de decisiones sobre condiciones laborales de trabajadores de Autovisión: Correo de Ezequiel (QT Proyectos y Calidad Fabrica Líder) que envía a Rafaela , también en la plantilla de VW, y en conocimiento al hoy actor de 14/11/2013: "En cuanto a la situación de Raúl , desde mi departamento necesitamos que se cancele la beca lo antes posible y se firme el contrato con Autovisión. No podemos permitirnos estar en esta situación en la que Raúl , al ser becario no puede/debe hacer según que tareas. Por lo tanto, por favor, agiliza lo máximo posible la extinción de su beca y su nuevo contrato con autovisión". (Folio 2089 de autos). Luis Antonio en correo de 21/3/2014 le envía un correo al hoy actor y al Señor Ángel Jesús , pidiendo información sobre el contrato de una trabajadora de Autovisión ya que " hace más de 1 año que está con nosotros y debería pasar a contrato indefinido ". Respecto de la misma trabajadora el hoy actor en fecha 27 de enero de 2016 envía un mensaje de correo electrónico indicando: "ayer nos comunicaron desde VW que será contratada a partir del 1.2.2016 (folio 968 de autos)". Conforme al documento que obra en autos al folio 1301 del tomo III de la documentación aportada por Autovisión a instancia de la parte actora, dicha trabajadora forma parte de la plantilla de Autovisión. Correo de Bernardo al hoy demandado de 12/6/2014 "Te escrito en relación a la situación contractual de Elisenda (...), según me comenta os tengo que solicitar "oficialmente" que cuando consideréis conveniente iniciéis por favor el trámite del nuevo estado de su contrato laboral". (Folio 2077) Correos entre el hoy actor con Bernardo referentes a una promoción y subida salarial a una trabajadora de Autovisión. El demandante le informa de que el sueldo de la trabajadora es de 23.000 y los siguientes niveles serían 25.000 y 27.500. El Sr. Bernardo indica en correo de 20/11/2014 " De acuerdo con la promoción a 25.000 a partir del 1.03.2015 ". (Folios 2132 y 2133). En fecha 11.2.2015 el hoy actor envía un correo al Señor Bernardo comunicándole que tiene el documento preparado y si VW quiere le pueden comunicar la mejora de las condiciones laborales. (Folio 2132) 4.- En lo que concierne a la toma de decisiones sobre que trabajadores de Autovisión participan a cursos de formación: Correo de Justino al Señor Ángel Jesús que lo reenvía al hoy actor de 15/5/2014 : "Por favor apunta a (se relaciona una serie de trabajadores) al curso Innovaciones técnicas GP eléctricas-mecánica. Mariola e Santos del 16 al 20 de junio. Juan Antonio y Trinidad del 23 al 27 de junio". (Folio 2140). Correo de Begoña (PDE Internacionalización



personal directivos) al demandante de 21/7/2014: "nos interesa que participe Francisca (...) en el curso que empieza mañana de Intranet". (Folio 2080 de autos). Correo de Bernardo al hoy actor y al Señor Ángel Jesús de 3/11/2014: "En los próximos 10, 12 y 16 de diciembre hemos planificado una formación para nuestro servicio en la que creo que es importante que participe Francisca (...). Espero que no veáis inconveniente a ello". (Folio 2082 de autos). En fecha 27 de marzo de 2015 una trabajadora de Autovisión envía un correo a Rosendo manifestando su interés para asistir a diferentes cursos de formación. Recibido el mismo el hoy actor el hoy actor envía un correo electrónico a Salome y en la misma fecha le contesta indicando: "En cuanto a los cursos está bien que los hagas, nos son imprescindibles en el desempeño de su trabajo pero la formación siempre es buena". (Folio 2084 de autos). Correo de Eloy (Tecnología de Materiales) a Florencia (de Autovisión) y que ésta reenvía al hoy actor, de 26/11/2015: "Te mando los nombres de las personas que queremos que hagan los cursos en AIN en el 2016". Tras relacionar a los trabajadores (5 de Autovisión y uno de VW) señala: "El curso de Core Tools del sector del automóvil solo hay personal de Autovision, así que ese lo pides tu directamente, lo confirmas con formación y me informas posteriormente de la asistencia del personal al curso". (Folio 2138). 5.- Otros requerimientos. Correo de Celsa dirigido al actor de fecha 24.11.2015 mediante el cual le indica que estándar y que empresa hay que contactar para pedir la silla ergonómica para una trabajadora. (Documento al folio 2074).- NOVENO.- En el Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra se ha tramitado el procedimiento 308/2016, en el cual en fecha 11 de noviembre de 2016 se ha dictado Sentencia 395/2016. Obra en autos al folio 2191 y se da por reproducida.- DECIMO.- El acto de conciliación se celebró en fecha 21 de marzo de 2016 concluyendo con el resultado de Sin Avenencia."

QUINTO : Con fecha 30 y 31 de mayo de 2017 se presentaron por la representación de Autovision Servicios Sucursal en España y la mercantil Volkswagen Navarra, S.A., escritos solicitando aclaración de la Sentencia, dictándose en fecha 1 de junio de 2017 Auto de aclaración cuya parte dispositiva dice: " Acuerdo la aclaración de la sentencia dictada en las presentes actuaciones de 25 de mayo de 2017 en los siguientes términos: El segundo párrafo del fundamento de derecho sexto queda redactado de la forma siguiente: "Para el supuesto de optar por la cuantía indemnizatoria, debe considerarse como fecha de inicio el día 1 de octubre de 2012 y fecha final de la relación laboral 18 de febrero de 2016 y un salario regulador de 94,45 euros diarios, siendo la cuantía que se obtiene la de 10.649,24 euros según el siguiente cálculo. 1.- salario diario 94,45 2.- periodo trabajado 3 años y 5 meses 3.- 3 años x 33 días = 99 4.- 33 días/12= 2,75 x 5 meses= 13,75 5.- 13,75 + 99 = 112,75 6.- 112,75 x 94,45 = 10.649,24 euros." El primer párrafo del fallo queda redactado de la forma siguiente: " Que debiendo estimar y estimando la demanda sobre impugnación de despido disciplinario en su pretensión subsidiaria, interpuesta por Don Rosendo frente a AUTOVISIÓN SERVICIOS SUCURSAL EN ESPAÑA Y VOLKSWAGEN NAVARRA, S.A. debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante producido con efectos al 18 de febrero de 2016 y debiendo declara y declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores en la persona del hoy trabajador, debo condenar y condeno a las empresas codemandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a readmitir al demandante en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, correspondiendo al trabajador la elección de la empresa, cedente o cesionaria a la que quiera reincorporarse, o a indemnizarle de forma solidaria en la suma de 10.649,24 euros."

SEXTO: Contra dicha sentencia se han interpuesto Recursos de Suplicación por la parte demandante y por las empresas demandadas, habiendo sido impugnados, y elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la pretensión subsidiaria contenida en la demanda deducida por D. Rosendo , declaró improcedente su despido producido el 18 de febrero de 2016 y la existencia de cesión ilegal de trabajadores, condenando a las empresas codemandadas, Autovisión Servicios Sucursal en España y Volkswagen Navarra SA a estar y pasar por tal declaración y a readmitir al actor en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, correspondiendo al trabajador la elección de la empresa, cedente o cesionaria a la que quiere reincorporarse, o a indemnizarle de forma solidaria con la suma de 10.649,24 euros.

Frente a este pronunciamiento se alzan en Suplicación ambas partes, la actora reiterando que la calificación que debe otorgarse a su despido es la nulidad en cuanto se habría producido vulneración de la garantía de indemnidad, Volkswagen Navarra SA reproduciendo la excepción de falta de legitimación pasiva y, por último, Autovisión Servicios al objeto de que se revoque el pronunciamiento referido a la existencia de cesión ilegal.

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso de Autovisión Servicios el mismo se articula a través de cinco motivos.

En los cuatro primeros, por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicita las siguientes revisiones fácticas:



1º Del párrafo segundo del hecho probado sexto al objeto de que en el mismo se refleje que en el momento de la contratación del Sr. Rosendo por Autovisión Servicios Sucursal en España la Sra. Rafaela prestaba servicios en Autovisión Servicios, según deduce del correo de 15 de marzo de 2012 y de los documento que obran a los folios 944 a 947 de las actuaciones.

Pretensión que no cabe acoger. Frente a la prueba documental que invoca existen en los autos varios medios de prueba que respaldan la conclusión de instancia sobre el hecho de que cuando se contrato al actor por Autovisión la Sra. Rafaela, que era quien participaba activamente en el proceso de selección, pertenecía a la plantilla de Volkswagen Navarra, concretamente el documento número 24 de los aportados por la parte actora, consistente en un correo electrónico enviado por Doña Rafaela a personal de Autovisión en el que valoraba los curriculums enviados, figurando entre paréntesis "VW Navarra"; porque en la relación de trabajadores de Autovisión aportada a requerimiento de la parte demandante no aparece la Sra. Rafaela y; por último, porque en muchos de los correos aportados a las actuaciones aparece la Sra. Rafaela como Responsable de Formación de Volkswagen Navarra.

2º Del ordinal séptimo, párrafo primero, para especificar que el actor ha sido, desde su contratación, Responsable de Recursos Humanos en el centro de trabajo de Pamplona de Autovisión Servicios Sucursal en España, no el de técnico de recursos humanos.

Aclaración que entendemos intrascendente en orden a lograr modificar el pronunciamiento de instancia.

3º) Del párrafo segundo del hecho probado séptimo al objeto de que en el mismo se refleje que las funciones propias de la profesión del actor eran las de planificación, organización y valoración de Recursos Humanos, gestión de plantillas, negociaciones con el Comité de Empresa, planificación de la formación, prevención de riesgos laborales, adicionalmente dirigía la gestión de la nómina, encargándose de las relaciones con la empresa con la que estaba externalizada el servicio, contestando las reclamaciones de los trabajadores en esta materia y adoptando las decisiones últimas en relación con dichas reclamaciones. Realizaba el reclutamiento y selección del personal y, en ejercicio de las funciones los comunicados que la empresa realizaba a la plantilla. Asistía en representación de la empresa a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud. A tales efectos disponía de poderes de la empresa para el desempeño de las funciones inherentes a su puesto de trabajo. Dichas funciones las desarrollaba el Sr. Rosendo conforme a su criterio y el nivel de responsabilidad que ostentaba en la empresa, siguiendo las directrices y política generales de la empresa Autovisión Servicios Sucursal en España, de la empresa matriz A-Visión Prestcao de Servicios a Industria Automovel Unipessoal Lda y las instrucciones impartidas a nivel local y en la que a la planta se refiere por D. Ángel Jesús, responsable de la Delegación.

4º) En último lugar solicita la revisión del hecho probado octavo, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"La empresa Autovisión Servicios Sucursal en España era quien ostentaba el poder de dirección sobre el hoy actor, indicando, ordenándole y dirigiéndole en las labores propias de su función y dotándole de os poderes necesarios para ello.

La existencia de interferencias puntuales por parte de cuadros de Volkswagen Navarra que pudiera desprenderse de algunos correos electrónicos obrantes en autos no obstan al principio general de independencia resultante de la documentación obrante en autos, más concretamente al ramo de prueba de la parte codemandada Autovisión Servicios Sucursal España."

Estas dos últimas revisiones las sustenta en la misma prueba documental (documentos números 30, 31, 37, 32, 33 y 40) y con ellas pretende poner de manifiesto que las funciones desarrolladas por el Sr. Rosendo se realizaban de forma autónoma, con total independencia y sin interferencia alguna por parte de mandos, directivos cuadros y otros trabajadores de Volkswagen Navarra, SA. Disponiendo de poderes de la empresa, necesarios y suficientes par el ejercicio de las indicadas funciones.

El motivo, así deducido, no puede prosperar. La conclusión probatoria consignada en la sentencia, particularmente la referida a la vinculación del actor con Volkswagen Navarra, procede de la conjunta y objetiva consideración de todos los elementos de convicción aportados al procedimiento y sometidos al conocimiento de la Juzgadora de instancia, conforme dispone el artículo 97.2 de la Ley Jurisdiccional, formulando esta la valoración fáctica resultante de su ponderación en la forma que refleja la fundamentación jurídica. En este sentido, la discusión modificativa planteada deviene una controversia de naturaleza eminentemente valorativa, articulada como la expresión de la discordancia que la parte opone en particular y lógicamente interesada conclusión de los elementos probatorios señalados pero que, como tal, no resulta eficaz sustento de la pretensión impugnatoria que se articula.

La Sala estima que la descripción de las funciones desarrolladas por el actor y, sobre todo, la conclusión de que era Volkswagen Navarras quien ostentaba el poder de dirección sobre él, indicándole, ordenándole y



dirigiéndole en las labores de su propia función, constituye la síntesis probatoria acogida como conclusión por la juzgadora a la vista de la prueba obrante en autos, concretamente de los 62 correos electrónicos recibidos o remitidos por el Sr. Rosendo , que prestaba servicios en el departamento de Recursos Humanos de Autovisión, de los que se desprende, fundamentalmente de los 16 correos reseñados en el hecho probado decimosexto la participación del personal de Volkswagen Navarra SA en la selección de personal, su contratación y cese, en el establecimiento de condiciones salariales y formación de los trabajadores de Autovisión.

Por su parte, los correos a que alude la recurrente, dirigidos a subordinados del actor o a personal de Autovisión no desvirtúan la apreciación de instancia pues, como apunta la parte demandante en su escrito de impugnación, lógicamente el Sr. Rosendo en el ejercicio de su función se dirigía al personal de Autovisión pero quien le daba las órdenes a él y quien dirigía su actividad era Volkswagen Navarra.

Todos estos extremos fueron, también, confirmados a través de las declaraciones testimoniales de los Sres. Moises y Cirilo .

TERCERO.- A continuación analizaremos el quinto motivo de Suplicación de los articulados por Autovisión Servicios Sucursal en España en el que denuncia infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula la cesión ilegal de trabajadores.

La parte interponente del motivo principia su alegación recordando, siquiera sea parcialmente, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Así, el recurso destaca que la empresa "Autovisión" es una multinacional con sede en Alemania, que presta servicios en varios países, con más de 10.000 trabajadores en todo el mundo; que esa empresa está legalmente constituida en España; que tiene contratada la gestión de sus nóminas y el apoyo financiero con Deloitte; que recibe apoyo de la central de Portugal en materia de RRHH y financiera; y que cuenta con un Comité de empresa y de Salud Laboral propio, extremos todos ellos que resultan indiscutidos y se desprenden directamente del relato de hechos probados que contiene la resolución controvertida.

Sobre la base de los hechos a los que se refiere el motivo suplicatorio, la parte que lo plantea afirma que, bajo ningún concepto ni circunstancia, puede entenderse que "Autovisión" sea una empresa ficticia o constituida a los solos efectos de ceder sus trabajadores a la prestataria del servicio, y muestra su disconformidad con la argumentación de la Juez de instancia que justifica la existencia de un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores.

Para discrepar de la decisión judicial, el motivo recuerda el carácter extremadamente casuístico de la cesión ilegal de trabajadores que impide una solución genérica a las cuestiones que se plantean en este ámbito, y tras llevar a cabo una interpretación propia de la prueba practicada en juicio considera que no se ha acreditado que sea el personal de VW quien ejerce el poder de dirección sobre el demandante y que, en definitiva, no concurren circunstancias que permitan afirmar la existencia en el caso analizado de una cesión ilegal de trabajadores.

Llegados a este punto, y para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada tanto en este recurso como en el deducido por "Volkswagen Navarra, S.A.", que analizaremos en razonamientos posteriores, es preciso recordar, como ya hicimos en nuestras sentencias nº 201/2017, correspondiente al recurso nº 155/2017 , seguido contra las dos empresa ahora demandadas por otros dos trabajadores de "Autovisión", y la número 364/2017, de 26 de octubre de 2017, correspondiente al recurso nº 331/17, <<que el artículo 43 del ET prohíbe la contratación de trabajadores con la única finalidad de cederlos temporalmente a otra empresa, salvo que sea 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. De esta manera, 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.

La contrata, cuya licitud, como hemos dicho, se encuentra amparada en el artículo 42 del 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, y esta dificultad 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, siendo 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 (STS 07/03/1988); el ejercicio de los poderes empresariales (SSTS 12/09/1988 , 16/02/1989 , 17/01/1991 y 19/01/1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de



manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Ahora bien, el hecho de que la inexistencia real de la contratista conforme un indicio de peso para apreciar un fenómeno de cesión prohibido, no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, 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 STS de 16/02/1989 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 STS de 19/01/1994 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 STS de 12/12/1997 ; y se recuerda en la STS 24/11/2010 (rcud. 150/2010), la que, con cita de la STS 05/12/2006 (rcud. 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14/09/2001 , 17/01/2002 , 16/02/2003 y 03/10/2002 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 este modo, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que...dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismo -esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente.

En definitiva, la finalidad que persigue el artículo 43 del 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, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del artículo 43 del ET (SSTS 21/03/1997 (rec. 3211/1996); 30/11/2005 (rcud. 3630/2004); 14/03/2006 (rcud. 66/05); y 17/04/2007 (rcud. 504/06).

Recientemente la Sala Cuarta del TS en sentencia de 16/05/2017 (rcud. 2960/2015) ha recordado la doctrina hasta ahora transcrita, al establecer que "*... ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica 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, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de 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 relevante, 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 de febrero de 1989 señalaba ya 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. (/) 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. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 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 artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 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" (STS 11/7/2012, R. 1591/11)". Conforme a todo lo expuesto, debemos afirmar que para proceder a la calificación que corresponda en cada caso, es necesario considerar en cada litigio las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (SSTS 30/05/2002 (rec. 1945/2001); y 25/06/2009 (rec. 57/08). >>

Teniendo en consideración esta doctrina, es preciso analizar si en el supuesto planteado concurren las circunstancias precisas para poder apreciar la cesión prohibida del trabajador demandante que se reconoce en la decisión de instancia, y para ello, como no podía ser de otro modo, debemos partir del inalterado relato de hechos probados que contiene la mencionada resolución, así como de las manifestaciones que con aquel carácter se recogen en su fundamentación. A este respecto, consta acreditado:

1º.- "Autovisión Servicios sucursal en España" es una empresa real que tiene su propia estructura y que pertenece al grupo de empresas Volkswagen.

2º.- Que D. Rosendo viene prestando servicios como Técnico de Recursos Humanos para la empresa Autovisión Servicios Sucursal en España desde el 1 de octubre de 2012.

En el proceso de selección del actor, realizado en marzo de 2012, participó de forma activa Doña Rafaela , trabajadora de Volkswagen Navarra, siendo ella quien seleccionaba y remitía a D. Gaspar , Director General de la empresa en Portugal, y D. Leopoldo , Director de Finanzas, los curriculum que le enviaba el Servicio Navarro de Empleo.

3º.-La empresa Volkswagen Navarra SA es quien ostentaba el poder de dirección sobre el demandante, indicando, ordenando y dirigiéndole en las labores propias de su función, concretamente en lo concerniente a la selección de personal, toma de decisiones sobre que personal de Autovisión debía continuar prestando servicios, sobre la toma de decisiones sobre las condiciones laborales de los trabajadores de Autovisión, como en que respecta a la participación en cursos de formación.

4º.- El 18 de febrero de 2016 Autovisión comunicó al actor su despido disciplinario alegando la existencia de una disminución continuada y voluntaria en su rendimiento.

Teniendo en cuenta los datos fácticos recogidos en los párrafos anteriores, debemos recordar nuevamente que, como ya expusimos en apartados anteriores, cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria no siempre es fácil diferenciarla de la cesión, y para intentar subvenir esa dificultad, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios; que tienen un valor indicativo u orientador; y que precisan del examen individualizado de cada caso para poder sentar una conclusión determinada sobre la existencia o no de una cesión prohibida de trabajadores. En el caso analizado, nadie discute que la empresa "Autovisión Servicios Sucursal en España" es una empresa real legalmente constituida; que tiene su propia estructura de funcionamiento; que está inscrita en Seguridad Social; que dispone de su número de identificación fiscal; y que está de alta en el impuesto de actividades económicas. Es decir, esta codemandada no es una empresa ficticia o irreal, circunstancia que, como ya hemos tenido ocasión de exponer



antes, no elimina por sí misma la posibilidad de considerar la existencia de un fenómeno interpositorio ilícito. Así, los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias, debiendo entonces acudir, 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), 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), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, o su actividad se limita 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, (rec. 3400/1992) y 12/12/1997, (rec. 3153/1996)).

En el caso analizado, la prueba practicada que tiene su reflejo en los hechos probados de la sentencia del juzgado, confirma la concurrencia de elementos suficientes para concluir, como hace la juzgadora de instancia, que entre las empresas codemandadas ha tenido lugar una cesión ilegal del trabajador demandante de "Autovisión" a "VW Navarra", de tal modo que es esta última empresa la que ejerce la mayoría y más importantes facultades del poder de dirección y organización establecido en la norma estatutaria.

Así Volkswagen Navarra no se limitó a recibir el resultado de la ejecución de la actividad desarrollada por "Autovisión" a través del demandante, sino que desde el inicio de la misma, durante su desarrollo, e incluso a la hora de su finalización, lleva a cabo una intervención directa en la actividad que permite atribuirle la condición de verdadero empresario. De este modo, VW participó de forma directa en la selección (revisando los CV, participando en las entrevistas, eligiendo a las personas más idóneas), contratación, establecimiento de condiciones laborales, formación y cese de los trabajadores de "Autovisión" adscritos a las contratas objeto de la litis. A este respecto, el contenido de los correos electrónicos incorporados a las actuaciones, que el hecho probado octavo da por reproducidos, son suficientemente expresivos para aseverar tal aserto.

Su contenido demuestra con rotundidad meridiana, como ya hemos apuntado en razonamientos anteriores, el altísimo grado de participación de "Volkswagen" a través de su personal en la ejecución de tareas y competencias básicas de la empresa contratista, lo que no hace sino demostrar un comportamiento irregular que, lejos de resultar esporádico u ocasional, conforma una forma de funcionamiento en donde las funciones esenciales inherentes al empleador no se desarrollan por "Autovisión" y sí por la empresa cesionaria. Esta forma de actuar permite confirmar que el poder de organización y dirección empresarial respecto del actor se ejerció de forma efectiva, real y en todos los ámbitos, por parte de "Volkswagen Navarra", sin intervención relevante alguna de la empresa "Autovisión". Por último, dejamos para el siguiente razonamiento el examen de la alegación referida a que perteneciendo la recurrente al Grupo Volkswagen no permite la apreciación de la cesión ilícita reconocida en la instancia, pues este motivo de impugnación de la resolución es planteada de forma más amplia en el recurso interpuesto por VW.

CUARTO.- El recurso de Volkswagen Navarra SA consta de un solo motivo, correctamente amparado en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, donde denuncia infracción del artículo 43, apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que la empresa "Autovisión Servicios Sucursal en España" pertenece al grupo de empresas "Volkswagen", y que no es posible mantener la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. Para sostener tal aserto en el recurso se cita la STSJ de Castilla-León con sede en Valladolid de fecha 07/10/2015, resolución en la que se hace referencia a la STS de 16/11/1990 en donde, en esencia, se establece que salvo en supuestos especiales debidamente acreditados, los fenómenos de circulación de trabajadores dentro de un grupo empresarial, responden a necesidades técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo, que no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real.

De esta forma, la parte que interpone este recurso considera que los fenómenos expuestos (circulación de trabajadores entre empresas del grupo) deben considerarse, en principio, lícitos siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador. Así, si no hay una finalidad fraudulenta, o se limitan los derechos del empleado, no puede hablarse de cesión ilegal de trabajadores. Sobre la base expuesta, considera quien recurre, que en el caso analizado no concurren ninguna de las excepciones que posibilitan apreciar la existencia de un fenómeno interpositorio ilícito, debiendo por ello rechazarse la existencia de la cesión declarada en la instancia.

A este respecto, y como ya declaramos en nuestra reciente sentencia de 26 de octubre de 2017, correspondiente al recurso nº 331/17, la doctrina de la Sala cuarta del TS recordada en su sentencia de 25/06/1990, establece que "no integra cesión ilegal la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo, porque «salvo supuestos especiales...los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar el empresario



real» (STS 26/11/90 - rec. 645/90 -. Doctrina reiterada por muchas otras sentencias, y entre las últimas las de 04/04/02 -rcud 3045/01 -; 13/10/05 -rcud 5208/04 -; 04/07/06 - rcud 1077/05 -; 28/09/06 -rec. 2691/05 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). Doctrina que se basa -frente a quienes defienden la aplicación de un criterio objetivo y la inexigencia legal de ánimo defraudatorio- en una interpretación del art. 43 ET que exige un patógeno elemento subjetivo en la figura ilícita, consistente en su finalidad especulativa y fraudulenta, de manera que por regla general los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria, sino que obedecen -se dice- «un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica»".

De esta forma, si bien es cierto que la circulación de trabajadores dentro de empresas del mismo grupo no constituye razón para apreciar una cesión ilegal si responde a necesidades técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo, no lo es menos que este principio general cede cuando la cesión es fraudulenta o tiene por objeto disminuir las condiciones de trabajo de los operarios de la empresa cedente. Por lo tanto, no es impedimento para declarar la cesión ilegal el hecho de que las empresas codemandadas formen parte de un mismo grupo aunque para ello deban constarse las situaciones especiales a las que antes nos hemos referido. Así, si la finalidad de la cesión tiene por objeto minimizar las condiciones de trabajo de la empresa cedente, asignando retribuciones inferiores a los de la cesionaria o inferiores condiciones sociales, debe apreciarse la cesión ilegal a la que nos venimos refiriendo. En el caso analizado, el inalterado relato de hechos probados que contiene la resolución recurrida, que ya hemos referenciado en razonamientos anteriores, permite afirmar que la circulación de trabajadores a la que se refiere la presente litis no solo no responde a necesidad técnica u organizativa alguna, sino que se sitúa al margen de cualquier salvaguarda de las garantías y derechos que corresponden al trabajador demandante. La prueba practicada confirma su falta de dependencia respecto de la empresa formalmente empleadora, y su real integración en la organización y ámbito directivo de la empresa VW, sin que a este respecto la empresa "Autovisión" haya desvirtuado con prueba alguna suficiente la realidad antes apuntada, pudiendo concluirse que la contratación por la empleadora formal no es sino una simulación en perjuicio del actor.

Todo lo expuesto posibilita el rechazo del motivo.

QUINTO.- Como antes anunciamos, la representación Letrada del actor también se alza en Suplicación formulando un solo motivo en el que denuncia infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , cuestionando la calificación de su despido, que entiende es nulo al existir indicios suficientes de vulneración de la garantía de indemnidad, concretamente la interposición de varias demandas planteando la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo que junto a la ausencia de causa para su despido disciplinario justifica la nulidad pretendida.

Sin embargo, inalterado el relato fáctico de la sentencia del mismo no se desprende, no ya la existencia de demandas interpuestas por otros trabajadores denunciando la existencia de cesión ilegal entre los trabajadores de Autovisión y Volkswagen Navarra, respecto de las cuales ya se ha pronunciado esta Sala, sino que el trabajador ahora demandante fuese uno de ellos y, que por tanto, la empresa hubiese podido reaccionar acordando su despido disciplinario con vulneración de derechos fundamentales.

Y habiéndolo apreciado así la Juzgadora de instancia no incurrió en ninguna de las infracciones denunciadas.

SEXTO.- Al no gozar las empresas recurrentes del beneficio de justicia gratuita, ha de disponerse la pérdida de la consignación y del depósito que constituyeron para recurrir, y condenarles a abonar al impugnante de sus recursos la cantidad de 400 euros cada una en concepto de honorarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 204.1 y 4, y 235.1 de la LRJS .

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por D. Rosendo , Volkswagen Navarra SA y Autovisión Servicios Sucursal en España, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° Tres de los de Navarra, en el Procedimiento N° 306/16, sobre Despido, confirmando la sentencia recurrida. Se acuerda la pérdida de la consignación y del depósito que constituyeron para recurrir, y condenamos a Volkswagen Navarra SA y a Autovisión Servicios Sucursal en España a abonar al Letrado del actor 400 euros cada una en concepto de honorarios.

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 0380 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, devuélvanse 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ