



Roj: **STSJ M 11961/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11961**

Id Cendoj: **28079340062017100986**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/11/2017**

Nº de Recurso: **876/2017**

Nº de Resolución: **994/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0004332

Procedimiento Recurso de Suplicación 876/2017

ROLLO Nº: RSU 876/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACIÓN

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 16 MADRID**

Autos de Origen: **103/2016**

RECURRENTE: D. Octavio

RECURRIDOS: CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA SL, TRANSCINEMA SL Y D. Virgilio

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a veinte de noviembre de dos mil diecisiete

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 994

En el recurso de suplicación nº **876/2017** interpuesto por la Letrada, **Dª. INÉS CARMEN UCELAY URECH** en nombre y representación de **D. Octavio** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **16** de los de MADRID, de fecha **VEINTICUATRO DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **103/2016** del Juzgado de lo Social nº **16** de los de Madrid, se presentó demanda por **D. Octavio** contra CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA SL, TRANSCINEMA SL Y D. Virgilio en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **VEINTICUATRO DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimo la demanda interpuesta por Don Octavio frente a Corporación de Radio y Televisión Española S.A., Ontime Transporte y Logística S.L., D. Virgilio y Transcinema S.L."

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

"PRIMERO.- Don Octavio presta servicios para la empresa Francisco Muñoz García con la categoría profesional de conductor en virtud de contrato de trabajo, suscrito inicialmente como de duración determinada en fecha de 2 de enero de 2010, transformado a indefinido en fecha de 2 de julio de 2010, percibiendo una retribución mensual de 2.087,01 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. (folios 320 a 324)

SEGUNDO.- Corporación de Radio y Televisión Española SAU suscribió en fecha de 23 de diciembre de 2009 contrato con la Sociedad Grupo Transcinema S.L. de prestación de servicios de acuerdo con la oferta económica, especificaciones técnicas y condiciones generales de contratación obrantes al expediente nº NUM000 . Entre las estipulaciones de dicho contrato figura como objeto de la prestación de servicios la realización por el prestatario del servicio con sus propios medios técnicos y humanos la partida 3.- vehículos de mercancías Madrid del Servicio de Vehículos Ligeros y de Mercancías para RTVE, comprometiéndose el prestatario del servicio a contar durante la vigencia del contrato con la organización necesaria de personal propio. Dicho contrato contaba con una vigencia inicial de 3 años, desde el día 1 de enero de 2010 hasta el día 31 de diciembre de 2012 admitiendo prorrogas por tres años más, en periodos anuales. En fecha de 24 de diciembre de 2012 se acordó la prórroga del contrato por un año. En fecha de 4 de diciembre de 2013 se acordó nueva prórroga de la relación contractual por término de un año. De igual forma, las partes en fecha de 4 de diciembre de 2014 convinieron la prórroga de contrato hasta el día 31 de diciembre de 2015, indicándose en el clausulado segundo de la adición a dicho contrato la imposibilidad de nueva prórroga al vencimiento.

El cargo de Administrador Único de la mercantil Transcinema S.L. lo ostenta don Virgilio . (folios 526 a 528)

En fecha de 11 de enero de 2016 la mercantil Corporación de Radio y Televisión Española SME SA suscribió contrato con la empresa Ontime Transporte y Logística S.L. de adjudicación del expediente nº NUM001 para la prestación por la adjudicataria de los servicios recogidos en el expediente "Servicio de Vehículos de Mercancías con conductor para la CRTVE en Madrid por seis meses, comenzando la prestación del servicio a fecha de 16 de enero de 2016. Consta incorporado a actuaciones el pliego de condiciones generales para la contratación de servicios por el procedimiento general del expediente nº NUM001 . Entre las mismas figura al punto 3 bajo el título de Medios Requeridos que el adjudicatario deberá contar con el personal contratado preciso para atender las necesidades derivadas del servicio que se les encomiende, éste estará vinculado únicamente a la empresa Adjudicatarios; debiendo los conductores encontrarse en posesión del permiso de conducción necesario, y comprometiéndose la empresa adjudicataria al cumplimiento de la normativa laboral que afecte a dichos conductores.

El Administrador único de la mercantil Ontime Transporte y Logística S.L era a la fecha de suscripción del contrato Don Ezequiel . (folios 147 a 223, 532 a 550)

Corporación de Radio y Televisión Española SME SA suscribió en fecha de 27 de junio de 2016 contrato con Don Virgilio , tras la adjudicación por el procedimiento general de concurso abierto respecto del expediente nº NUM002 para la adjudicación del contrato "Servicio de vehículos pesados con conductor para la CRTVE en la Comunidad de Madrid", con fecha de inicio de 16 de julio de 2016. (folios 1548 a 1587) Obra en actuaciones a los folios 553 a 572, 1554 a 1587, documentación relativa al pliego de condiciones generales para la contratación de servicios por el procedimiento general, así como el pliego de especificaciones técnicas que contempla en su apartado 3 bajo el título de medios requeridos aquellos medios humanos y materiales precisos que debe tener la adjudicataria para atender las necesidades derivadas del servicio.

Don Virgilio pertenece al régimen general de autónomos, con alta en IAE en fecha de 1 de octubre de 2010, en la sección 855.9 "Alquiler otros medios de transporte N.C.O.P"

TERCERO.- El trabajo del actor era organizado por la mercantil Transcinema, en concreto la hija del administrador único de la sociedad, Don Virgilio , llamada Margarita , le da las instrucciones a Octavio respecto de los servicios a prestar a RTVE en la conducción de la cabeza tractora. La petición de cabeza tractora se efectúa de forma directa por RTVE al proveedor (por fax, email o teléfono) siendo la mercantil la que dispone el conductor



que se ocupara de la prestación del servicio, debiendo identificarlo a RTVE. Es Transcinema quien resuelve las peticiones de vacaciones de sus empleados, incluido el actor, días libres y permisos. Virgilio ha proporcionado a don Octavio, a través de la empresa Care Work, cursos de prevención de riesgos laborales (folios 15081513). Don Octavio se sometió a reconocimiento laboral el día 21 de junio de 2016 en la empresa Francisco Muñoz García.

CUARTO.- Corporación Radio Televisión Española no cuenta entre sus medios materiales con cabezas tractoras para el movimiento de las unidades móviles sobre semirremolque.

La mercantil Virgilio presta como actividad a Corporación de Radio y Televisión Española, en concreto para la Unidad de Unidades Móviles, el enganche y arrastre de dichas unidades móviles desde las instalaciones de RTVE a los talleres que se designen para la realización de revisión y reparación de dichas unidades móviles, así como para el traslado de dichas unidades móviles desde las instalaciones de RTVE a las retransmisiones que precise dicha mercantil de eventos y acontecimientos relevantes. Titularidad de Virgilio era exclusivamente una cabeza tractora, subarrendando una segunda cuando era preciso a fin de trasladar las unidades móviles para prestar el servicio debidamente adjudicada.

A Don Octavio cuando conduce dichas cabezas tractoras a fin de trasladar las unidades móviles a determinados eventos le proporciona Televisión Española las credenciales precisas para el acceso a los mismos. Dicha identificación es precisa en la mayor parte de dichos eventos por motivos de seguridad.

QUINTO.- Se da íntegramente por reproducida la documental obrante a los folios 600 a 682, 723 a 1443 y 1536 a 1780 correspondientes a peticiones de servicios de la Corporación a las adjudicatarias, albaranes de dichos servicios prestados, pedidos, planilla de unidades y de personal de dichas unidades, así como órdenes y partes de trabajo.

SEXTO.- Constan en actuaciones correos electrónicos enviados por Don Carlos Jesús, empleado de Corporación de Radio Televisión Española, a la cuenta DIRECCION000, titularidad del actor, de fechas de 28 de noviembre de 2014, 1 de diciembre de 2014, 4 de diciembre de 2014, 2 de enero de 2015, 11 de febrero de 2015, 15 de diciembre de 2015, relativos a planificaciones provisionales de servicios, planos de aparcamientos de las unidades móviles, e indicaciones respecto a dichos aparcamientos.

SÉPTIMO.- La Corporación de Radio Televisión Española tiene implantado un sistema de "Gestión de Identidades", como herramienta que permite conocer las cuentas existentes. Don Octavio no posee cuenta de correo electrónico asignado por la Corporación de RTVE, ni acceso informático a las aplicaciones corporativas de la Corporación. (folios 579- 582)

OCTAVO.- Obra en autos certificado del Director de Área Gestión de Personal CRTVE, (folio 597) que se da íntegramente por reproducido, reflejando como cantidad correspondiente desde 1 de diciembre de 2014 a 30 de noviembre de 2015 a un trabajador con ocupación tipo "servicios generales" con antigüedad a efectos de trienios de fecha de 2 de enero de 2010, nivel D, desde 2 de julio de 2013 y nivel 6 de ingreso para complementos desde 2 de enero de 2010, la cifra de 27.035,81 euros.

NOVENO.- Resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Transporte.

DÉCIMO.- En fecha de 30 de diciembre de 2015 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, constando en la misma sello del Servicio de Mediación en fecha de 2 de febrero de 2016 que certifica... "que sobre la presente PAPELETA DE CONCILIACIÓN, NO SE HA CELEBRADO NI SE VA A CELEBRAR ACTO DE CONCILIACIÓN debido a la acumulación de expedientes".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor contra la sentencia de instancia, que ha desestimado su demanda sobre declaración de cesión ilegal dirigida contra CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., en la que solicitaba su integración, y contra D. Virgilio, TRANSCINEMA S.L. y ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA S.L.

Han impugnado el recurso el Abogado del Estado en representación de la CORPORACIÓN y los dos codemandados bajo única dirección.



Los tres primeros motivos se amparan en el art. 193.b) LRJS para la revisión de distintos hechos probados. Conviene recordar que el objeto del recurso de suplicación no es ya, como en la instancia, el examen y resolución de las pretensiones con valoración de la prueba practicada, sino solamente el examen de la sentencia dictada en la instancia, y ello a través de los estrictos motivos de recurso que se hallan tasados en el art. 193 de la LRJS. Y en cuanto a la revisión de hechos probados, se ha declarado reiteradísimo que en un recurso de alcance limitado como es el especial de suplicación, el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada, y que el error de hecho determinante para el fallo se configura en la suplicación laboral como uno de los posibles objetos del recurso, pero para apreciarlo es imprescindible que se desprenda objetivamente de documentos obrantes en autos o pericias efectuadas en la instancia, sin conjeturas, hipótesis o razonamientos subjetivos, ya que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 de la LRJS, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica. Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al juez de instancia, siempre que aquellas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes. En especial, acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, se ha insistido en que aquellos deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas (STC 4/06, 218/06, STS 20-1-11, 5-6-11, 16-10-13, 18-7-14, etc.).

En este sentido la sentencia del TS de 5-6-11 razona en los términos siguientes:

"(...) El punto de que hemos de partir para dilucidar las múltiples revisiones propuestas no puede ser otro sino el de que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud- art. 97.2 LPL - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 -rco 38/08 -; 13/07 / 10 -rco 17/09 -; y 21/10/10 -rco 198/09 -). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 -rco 38/08 -; y 26/01/10 -rco 96/09 -).

A lo que añadir que la revisión de hechos probados exige los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10 -; 18/01/11 -rco 98/09 -; y 20/01/11 -rco 93/10 -). E insistiendo en la segunda de las exigencias se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rco 79/05 -; y 20/06/06 -rco 189/04 -)".

Con doctrina aplicable al recurso de suplicación, la sentencia del TS de 18-7-14 ha declarado lo siguiente:

"(...)TERCERO .- 1.- Examinaremos, a continuación y separadamente, los distintos motivos de impugnación; recordando, con carácter general, sobre los motivos fundados en el error en la apreciación de la prueba, que " la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec 169/03), 18-4-05 (rec 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca ", precisando que " Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo



de instancia " (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero-2011 -rco 75/2010 , 21-mayo-2012 -rco 178/2011 , 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno , 16-abril-2013 -rco 257/2011 , 18-febrero-2014 -rco 74/2013 , 20-mayo-2014 -rco 276/2013).

2.- Concretando los anteriores requisitos, la jurisprudencia de esta Sala ha especificado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario, entre otros extremos, que:

a) " una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable " (STS/IV 20-marzo-2012 -rco 40/2011); rechazándose las pretensiones que instan una nueva valoración de las prueba " porque con esta forma de articular la pretensión revisora la parte actúa «como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica» (recientes, SSTS21/10/10 -rco 198/09 ; 14/04/11 -rco 164/10 ; 07/10/11 -rcud 190/10 ; 25/01/12 -rco 30/11 ; y 06/03/12 -rco 11/11) " (STS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , y, además, entre otras, SSTS/IV 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno , 26-marzo-2014 -rco 158/2013 Pleno , 16-abril-2014 -rco 57/2013 Pleno).

b) " acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de Marzo de 2004 y las que en ella se citan han señalado que estos [los documentos] deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas " (STS/IV 26-octubre-2009 -rco 117/2008 ; en el mismo sentido, entre otras, SSTS/IV 2-junio-1992 -rco 1959/1991 , 7-octubre-2011 -rco 190/2010 , 11- octubre-2011 -rco 146/2010 , 9-diciembre-2011 -rco 91/2011 , 23-enero-2012-rco 87/2011 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 14-mayo-2013 -rco 285/2011 , 5- junio-2013 -rco 2/2012 , 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno).

c) " la revisión fáctica no se funde en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario que no es el caso- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08 , 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11) " (entre las más recientes, SSTS/IV 11-noviembre- 2009 -rco 38/2008 , 26-enero-2010 -rco 96/2009 , 23- abril-2012 -rco 52/2011 , 6-junio-2012 -rco 166/2012 , 18-diciembre-2012 - rco 18/2012), así como que " se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico " (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2006 -rco 104/2004 , 20-marzo-2007-rco 30/2006 , 28-junio-2013 -rco 15/2012);

d) " debe recordarse que el artículo 205 d) LPL en que se apoya, únicamente permite ser acogido si el error en la apreciación de la prueba sobre el que se pretende construir o modificar hechos probados se desprende de la prueba documental, en ningún caso (a diferencia del recurso de suplicación art. 191. b LPL) de la prueba pericial " (SSTS/IV 19- abril-2011 -rco 16/2009 , 26-enero-2010 -rco 45/2009 , 26-marzo-2014 -rco 158/2013 Pleno); y que tampoco es válida a estos fines la prueba testifical " tal como evidencia la redacción literal del art. 205.d) LPL [actualmente, art.207.e) LRJS] y declara reiteradamente la jurisprudencia, ya desde las antiguas sentencias de 29/12/60 y 01/02/61 (así, STS 13/05/08 -rco 107/07); ello sin perjuicio de que la prueba testifical pueda ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte pretenda proyectar las modificaciones fácticas (STS 09/07/12 -rco162/11) " (entre las más recientes, SSTS/IV 13- mayo-2008 -rco 107/2007 , 22-mayo-2012 -rco 121/2011 , 29-abril-2013 -rco 62/2012 , 18-junio-2013 rco 108/2012); y

e) " la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (así, SSTS 23/11/93 -rco 1780/91 ; 21/06/94 -rcud3210/93 , 11/11/09 -rco 38/08 , 26/05/09 - rco 108/08 y 06/03/12 -rco 11/11) " (SSTS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 26-julio-2013 -rco 4/2013 , 9- diciembre-2013 -rco 71/2013 , 19-diciembre-2013 -rco 8/2010)".

SEGUNDO.- En el primer motivo se solicita la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal:

"SEGUNDO BIS.- Con fecha 24/02/2003 se suscribió un Acuerdo entre RTVE y la representación social de sus trabajadores con fecha que figura incorporado a los autos como "Anexo 13 del XVI Convenio Colectivo de RTVE sobre la prestación de servicios por personal ajeno y para la externalización de tareas y trabajos" por el cual se declararon a extinguir una serie de categorías entre las que figura la de Oficiales de Oficio/ Conductores de unidades móviles, autorizando que sus funciones pudieran ser realizadas por personal de contrata.



Posteriormente entró en vigor la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, publicada en el B.O.E. el siguiente día 6 de junio de 2006 (B.O.E. núm. 134), que establece, entre otros extremos, lo siguiente:

Artículo 2. Servicio público de radio y televisión del estado.

El servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado es un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público,...

La función de servicio público comprende la producción de contenidos y la edición y difusión de canales generalistas y temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional o internacional, así como la oferta de servicios conexos o interactivos, orientados a los fines mencionados en el apartado anterior.

Sus servicios de difusión de radio y televisión tendrán por objetivo alcanzar una cobertura universal, entendiendo por tal la mayor cobertura posible dentro del territorio nacional.

Artículo 3.- Encomienda del servicio público de radio y televisión.

Se atribuye a la "Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.", Corporación RTVE, la gestión del servicio público de radio y televisión en los términos que se definen en esta ley, para ser ejercido directamente por las sociedades filiales de la Corporación prestadoras de los servicios de radio y televisión.

...

Forma parte de la función de servicio público de radio y televisión contribuir al desarrollo de la Sociedad de Información. Para ello participarán en el progreso tecnológico, utilizando las diferentes tecnologías y vías de difusión.

...

..."

En cuanto al acuerdo de fecha 24-2-03 respecto a la extinción, entre otras, de la categoría de conductores de unidades móviles en RTVE, es innegable su existencia, pero no ha de incluirse en los hechos probados por su intrascendencia en orden a la modificación del sentido del fallo que el recurso persigue. Antes bien, en todo caso constituiría un dato a favor de la contratación externa de tales servicios, que fue precisamente el objeto de la contrata que el recurrente cuestiona.

Por lo que se refiere a la ley 17/2006, al tratarse de una norma jurídica como es obvio, no debe ser incluida en el relato de hechos probados, pudiendo ser tenida en cuenta por el Tribunal sin que sea procedente su transcripción en el apartado de hechos, que se refiere exclusivamente a los acontecimientos de la realidad externos al proceso que hayan sido controvertidos y sean necesarios para resolver el litigio.

La alegación de nulidad del acuerdo por infracción de la ley, además de constituir una cuestión nueva, es impropia de un motivo de revisión de hechos probados.

Por todo ello se desestima el motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se insta la revisión del hecho probado 3º proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"TERCERO.- La petición de cabeza tractora se efectúa de forma directa por RTVE al proveedor (por fax, mail o teléfono) siendo la mercantil la que dispone el conductor que se ocupará de la prestación del servicio, debiendo identificarlo a RTVE. Una vez asignado el servicio el trabajo del actor es organizado por personal de RTVE, concretamente Don Carlos Jesús , Responsable de Coordinación y Planificación de unidades Móviles, quien le da las instrucciones a Octavio respecto de los servicios a prestar, los cambios en la prestación de trabajo, la planificación provisional del personal de unidades Móviles y el lugar de estacionamiento de la Unidad Móvil y de más vehículos de la RTVE. Es Transcinema quien resuelve las peticiones de vacaciones de sus empleados, incluido el actor, días libres y permisos. Con fecha 17 de junio de 2016, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda, Virgilio ha proporcionado a don Octavio , a través de su empresa Care Work, documentación relativa a información a los trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales (folios 1508 1513). Don Carlos Jesús se sometió a reconocimiento laboral el día 21 de junio de 2016 en la empresa Francisco Muñoz García".

Para ello se basa en los mismos documentos tenidos ya en cuenta por la sentencia de instancia, los cinco correos electrónicos enviados por D. Carlos Jesús al actor, que ya han sido valorados precisamente en conjunto con la declaración testifical de su remitente, que no es revisable en suplicación, por lo que no puede



prevalecer la versión del recurrente, con arreglo a la jurisprudencia transcrita en el primer fundamento jurídico. Lo mismo debe decirse respecto a los cursos de prevención de riesgos laborales, y aun siendo cierto que su fecha es posterior a la demanda, este solo dato no es decisivo en el enjuiciamiento.

Además el recurrente ha eliminado en su redacción, sin dar explicación alguna, la primera parte del hecho probado, en la que se afirma que el trabajo del actor era organizado por la mercantil TRANSCINEMA, en concreto por la hija del administrador único D. Virgilio , quien le daba instrucciones al demandante respecto de los servicios a prestar a RTVE en la conducción de la cabeza tractora.

Por todo ello se desestima el motivo.

TERCERO.- En el tercer motivo se impugna el hecho probado 4º proponiendo su sustitución por el siguiente texto:

"CUARTO.- Corporación Radio Televisión Española no cuenta entre sus medios materiales con cabezas tractoras para el movimiento de las unidades móviles sobre semirremolque que sí son de su propiedad.

La mercantil Francisco Muñoz García presta como actividad a Corporación de Radio y Televisión española, en concreto para la Unidad de Unidades Móviles, el enganche y arrastre de dichas unidades móviles desde las instalaciones de RTVE a los talleres que se designen para la realización de revisión y reparación de dichas unidades móviles, así como para el traslado de dichas unidades móviles desde las instalaciones de RTVE a las retransmisiones que precise dicha mercantil para eventos y acontecimientos relevantes; actividad que es también la realizada por don Octavio . Titularidad de Virgilio era exclusivamente una cabeza tractora, subarrendando una segunda cuanto era preciso a fin de trasladar las unidades móviles para prestar el servicio debidamente adjudicada.

A Don Octavio cuando conduce dichas cabezas tractoras a fin de trasladar las unidades móviles a determinados eventos le proporciona Televisión Española las credenciales precisas para el acceso a los mismos. Dicha identificación es precisa en la mayor parte de dichos eventos por motivos de seguridad. De las 17 credenciales aportadas, en 5 el Sr. Octavio aparece identificado como 'Conductor' o 'Técnico' de TVE con su nombre y apellidos, su foto, su DNI, el nombre del evento y las siglas TVE (como única empresa); en 7 aparece identificado con su nombre y apellidos, el nombre del evento y el logo de TVE (como única empresa); y en 5 aparece identificado como 'Personal ajeno'.

RTVE expide al actor autorizaciones provisionales para el acceso con su propio vehículo a las instalaciones de la Corporación".

De nuevo el recurrente cita medios probatorios ya analizados por la juzgadora de instancia, incluso el interrogatorio por vía de informe, que no es idóneo para la revisión de hechos probados, sin poner de manifiesto ningún error evidente y sin que las innovaciones que introduce sean en modo alguno relevantes. Ya se desprende inequívocamente de la sentencia, y no ha sido controvertido, que la Corporación RTVE es propietaria de las unidades móviles sobre semirremolque, y de lo que carece es de las cabezas tractoras, cuyo servicio tiene o ha tenido contratado con las partes codemandadas. Tampoco se ha cuestionado que el actor es quien realiza las funciones de conductor de aquellas cabezas, si bien del hecho probado 3º se infiere que existen otros trabajadores que también las llevan a cabo. Por fin, respecto a las credenciales, la sentencia las ha valorado indicando que se trata de acreditaciones necesarias por razones de seguridad y en modo alguno demuestran, cualquiera que sea su tenor literal, que el actor sea un empleado de la Corporación.

Por todo ello se desestima el motivo.

CUARTO.- En el cuarto motivo, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 2 de la ley 17/2006 de 5 de junio , de la radio y la televisión de titularidad estatal, y con el art. 6.3 del Código Civil , para defender la tesis de la existencia de una situación de cesión ilegal del recurrente siendo su verdadera empleadora la Corporación de RTVE.

Ante todo ha de señalarse que se debe excluir radicalmente dicha solución respecto del período intermedio, de 16 de enero de 2016 a 16 de julio de 2016, en el cual fue contratista del servicio la demandada ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA S.L., pues el actor nunca fue trabajador de dicha empresa, la sentencia ha apreciado su falta de legitimación pasiva y en este aspecto no ha entrado el recurso.

En primer lugar se aduce en el motivo que, siendo el actor empleado del demandado D. Virgilio , no ha habido contrato alguno de servicios entre la Corporación RTVE y dicho demandado hasta que se suscribió con fecha posterior a la demanda, 27-6-16 (con efectos de 16-7-16), de lo que desprende que D. Virgilio se limitaba a suministrar mano de obra al verdadero empresario, la Corporación de RTVE. Pero esta conclusión no es acertada. La Corporación contrató inicialmente, en el período de 23 de diciembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015, el servicio de vehículos con GRUPO TRANSCINEMA S.L. (que es la sociedad que ha



comparecido en este proceso, tal como consta al folio 316 bis, aunque en la ampliación de la demanda y en las actuaciones se la denomine TRANSCINEMA S.L.), de la que es administrador único el codemandado D. Virgilio . Si durante este período la contratista era GRUPO TRANSCINEMA S.L. y el actor era un empleado de D. Virgilio , podría haber una situación de cesión ilegal entre éste y aquella, pues el empleador D. Virgilio habría cedido al trabajador para que prestase servicios propios de GRUPO TRANSCINEMA S.L. Ello no implica a la Corporación, a no ser que se demostrase que el trabajador estuviera dentro del ámbito de organización y dirección de dicha entidad.

Por otra parte se alega que es nulo el acuerdo suscrito entre RTVE y la representación de sus trabajadores de fecha 24-2-03 que estableció la extinción de determinadas categorías profesionales como las de oficiales de oficio, salvo que se tratase de puestos relativos a la producción de programas, y conductores (unidades móviles) autorizando que sus funciones pudieran ser realizados por personal de contrata. Para el recurrente, el acuerdo se opone a la ley 17/06 que atribuye a la Corporación RTVE la gestión del servicio público de radio y televisión. Aparte de que se está planteando una cuestión nueva, el recurrente no explica la singular tesis según la cual un acuerdo que se suscribió en el año 2003 es nulo porque conculca a su juicio una ley que se publicó tres años más tarde. Tampoco cabe asumir que un trabajador que no pertenece a RTVE pueda estar legitimado para impugnar un acuerdo colectivo en el que no fue parte y que no le afecta en modo alguno. Si lo que quiere sostener es que la Corporación RTVE no puede externalizar la prestación del servicio de vehículos (cabezas tractoras) para el remolque de las unidades móviles, el planteamiento consistiría en alegar que los contratos de servicios incurren en ilegalidad por oponerse a la ley 17/06, pero desde luego ello no sucede, pues en modo alguno cabe entender que ese cometido accesorio quede incluido dentro del servicio público de radio y televisión que deba ser ejercido directamente por las sociedades filiales de la Corporación.

QUINTO.- Por lo demás, en contra también de lo que se aduce en el desarrollo del motivo, no concurren los presupuestos de la cesión ilegal de trabajadores.

La sentencia del TS de fecha 2-11-16 rec. 2779/14 resume la jurisprudencia sobre la cesión ilegal en los términos siguientes:

"(...)2. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, tal como hemos reiterado muy recientemente (STS 4ª nº 892/2016, Pleno, de 26-10-2016, R. 2913/14), la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 18-1-2011 (R. 1637/10), 19-6-2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R. 1591/11), 20-5-2015, Pleno (R. 179/14) y 11-2-2016, Pleno (R. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

" Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], 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 relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 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).

3. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario."

SEXTO.- Con arreglo a los hechos probados y los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, existía una real contratación de servicios con justificación técnica, que no se limitaba a poner al trabajador a disposición de la Corporación RTVE, pues se externalizó la prestación de un servicio de cabezas tractoras con su conductor, al no disponer la Corporación de esos vehículos, necesarios para el remolque de sus unidades móviles de radiotelevisión, de forma que las sucesivas empresas contratistas, primero GRUPO TRANSCINEMA S.L., y luego D. Virgilio , (en medio de ambas, ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA S.L. para la que no prestó servicios el actor), proporcionaban esos medios materiales, de los que disponían mediante propiedad o arrendamiento, y organizaban la prestación de servicios del actor. La valoración de la prueba documental y de interrogatorio ha llevado a tener como acreditado que el trabajo del actor era organizado por la hija del administrador único de la sociedad, quien daba instrucciones al actor respecto de los servicios a prestar por el actor en la conducción de la cabeza tractora. La petición de la cabeza tractora era efectuada por la Corporación a la empresa, siendo ésta la que disponía qué conductor se ocuparía del servicio. Era asimismo la empresa la que resolvía todas las incidencias de la relación laboral en cuanto a vacaciones, días libres y permisos. Respecto a los únicos cinco correos electrónicos remitidos por un empleado de la Corporación RTVE, mediante la prueba testifical se ha llegado a la conclusión de que se trataba de meras indicaciones ocasionales explicables por razón de la confianza creada, así como también se daban sencillas instrucciones en la organización de los eventos a efectos de la ubicación de las unidades móviles, todo lo cual no justifica que pueda considerarse que el actor hubiera quedado inserto en la organización de la Corporación.

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Octavio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de MADRID en fecha 24 de abril de 2.017 en autos 103/2016 seguidos a instancia del recurrente contra CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, ONTIME TRANSPORTE Y LOGÍSTICA SL, TRANSCINEMA SL Y D. Virgilio y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso:



el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **876/2017** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **876/2017**), 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.).

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

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

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