



Roj: **STSJ M 12621/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12621**

Id Cendoj: **28079340032017100639**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/11/2017**

Nº de Recurso: **301/2017**

Nº de Resolución: **740/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12621/2017,**
AATSJ M 15/2018

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0008979

Procedimiento Recurso de Suplicación 301/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid Despidos / Ceses en general 224/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 740/17-FG

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 20 de noviembre de 2017, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 301/2017 formalizado por el letrado DON FRANCISCO JAVIER DELGADO GALVÁN, en nombre y representación de DON Valeriano , contra la sentencia número 427/2016 de fecha 13 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid , en sus autos número 224/2016, seguidos a instancia del recurrente frente a CROWIE SPAIN, S.L.U., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS,



S.A., ACCIONA INGENIERÍA, S.A., TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A., SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A. y UTE SOLÁFRICA, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Valeriano , fue contratado por la mercantil CROWIE SPAIN, S.L., en virtud de "contrato de duración limitada" fechado el 7 de marzo de 2014, que se da íntegramente por reproducido y que, entre otros extremos, hace constar: Duración del contrato: 17 de marzo de 2014 hasta el 31 de enero de 2016.

(Folios 58 a 66).

SEGUNDO.- En la nómina del mes de marzo de 2014 CROWIE SPAIN, S.L.U., retribuye el trabajo realizado entre el 24 y el 31 de marzo de 2014, y consta el concepto "incentivo de contratación" por importe de 1.250 euros (folio 72). En el resto de nóminas no se incluye el citado concepto (folio 76).

El alta en la Seguridad social tiene efectos 24 de marzo de 2014 (folios 112 a 114).

La relación laboral se inicia en fecha 17 de marzo de 2014.

En comunicación de correo electrónico de fecha 12 de marzo de 2014 se le indica a don Valeriano que debe acudir a las oficinas del consorcio en la Avenida de Burgos a las 8:30h del lunes 17 de marzo, siendo recibido por la gestora técnica de proyectos del proyecto, que se asegurará de que tenga una mesa para trabajar, y encargándose la secretaria del proyecto de ayudarle y presentarle a las personas de la oficina. Se aborda la cuestión relativa a su viaje a Sudáfrica (folios 77 a 84).

TERCERO.- El contrato, en la cláusula "Puesto y funciones" refleja: trabajará como gestor de proyectos (España) y sus funciones y responsabilidades quedarán fijadas en su totalidad en los documentos de desempeño que se acordarán con usted en cada momento.

CUARTO.- CROWIE SPAIN, S.L., es una división de CROWIE CONCESSIONS, miembro del Grupo CROWIE HOLDINGS, sociedad matriz (folio 7). CROWIE CONCESSIONS es el socio único de CROWIE SPAIN, S.L.

Las mercantiles CROWIE CONCESSIONS, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., ACCIONA INGENIERÍA, S.A., TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A., SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A., constituyeron la UTE denominada SOLÁFRICA. (Folios 68, 171).

UTE SOLAFRICA se constituyó a los efectos de construir una planta de energía solar en Sudáfrica, central eléctrica de concentración de energía solar Bokpoort (folios 171 a 177).

Las previsiones de finalización del proyecto eran para el mes de diciembre de 2015 (folio 174). A fecha 31 de diciembre de 2015 se encontraba completado al 99,20% (folio 158) Se inició su actividad a finales de diciembre de 2015 principios de enero de 2016 (folios 158 y 171) e inaugurándose oficialmente el 14 de marzo de 2016 (folio 177)

CROWIE SPAIN, S.L.U., se constituyó a los efectos de contratar a don Valeriano , no contando con ningún otro trabajador, ni siendo sustituido por otro trabajador a la extinción de su contrato (folio 131).

Don Valeriano solo prestó sus servicios en el ámbito de la construcción de la planta de energía solar Bokpoort (folios 68, 131, 137).

El organigrama de la UTE contiene referencia al consorcio "BOKPOORT EPC CONSRTIUM", refiriéndose el citado documento a "Project organization chart" y estableciendo los distintos puestos y personas que los ocupan. Del mismo modo, contiene el anagrama de las mercantiles SENER, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, ACCIONA INGENIERÍA, TSK y CROWIE CONCESSIONS (folio 68).

CROWIE SPAIN, S.L., gira facturas mensuales a UTE SOLAFRICA por importe de 11.000 euros con el concepto "Senior Project Manager fee" (folios 85 a 87).



UTE SOLAFRICA elabora balances de situación en los ejercicios 2015 y 2016 (folios 397 a 407)

QUINTO.- En el contrato de trabajo se contiene la siguiente cláusula relativa a remuneración: 75.000 euros brutos anuales, 650 euros mensuales como compensación por el coste de vehículo y combustible. "Los bonus de rendimiento se abonan a discreción de los consejeros alcanzando un máximo del 10% de su sueldo bruto, en consonancia con la política del Grupo. Los bonus de rendimiento dependerán, sin limitación, de su rendimiento durante el periodo en cuestión, el rendimiento del Grupo, el hecho de que el Grupo alcance sus objetivos de rentabilidad y los requisitos de flujo de caja de la empresa".

En el año 2015, don Valeriano percibe en nómina la cantidad de 6.007,14 euros mensuales, incluyendo el complemento de vehículo y no incluyendo retribución por bonus de rendimiento (folios 124 a 129).

En fecha 4 de noviembre de 2015 don Valeriano envía correo electrónico a una trabajadora de CROWIE.CO requiriendo información sobre los bonus de rendimiento (folios 54 a 57).

CROWIE CONCESSIONS y CROWIE HOLDINGS presentan pérdidas en los ejercicios 2014 y 2015 (folios 186 y 219).

UTE SOLAFRICA presenta pérdidas en los años 2015 y 2016 (folios 399 y 404).

A los efectos de despido, el salario de don Valeriano es de 6.007,14 euros mensuales.

SEXTO.- Fechada el 1 de diciembre de 2015 se entrega al trabajador comunicación por CROWIE SPAIN, S.L., del siguiente tenor literal: "We refer to your Limited Duration Contract of Employment with Crowie Spain, S.L., a división of Crowie Concesssions (Pty) a member of Crowie Holdings (Pty) Ltd ("the Group"), dated 7 March 2014. As per the contractual requeriments, please accept this as written notificacition of termination of your Limited Duration Contract of Employment with Crowie Spain. Your contract will terminate on 31 January 2016 (...)". (Folio 7).

SEPTIMO.- En fecha 30 de marzo de 2016 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de SIN EFECTO (folio 9)."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" DESESTIMO la demanda de despido formulada por don Valeriano contra las mercantiles CROWIE SPAIN, S.L.U., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., ACCIONA INGENIERÍA, S.A., TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A., SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A., y UTE SOLÁFRICA."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la letrada DOÑA MARÍA EUGENIA DE LA CERA GUERRERO, en representación de CROWIE SPAIN, S.L.U.; por el letrado DON VÍCTOR MARTÍNEZ OLMENDO en representación de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y por el letrado DON LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES en representación de TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 19 de abril de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 24 de octubre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita el recurrente la modificación del hecho probado que establece su salario en el fundamento de derecho sexto, proponiendo la siguiente redacción:

"El actor percibía un salario bruto diario de 247,39 € resultado de dividir entre 365 días el salario bruto anual que ascendía a 75.000 euros brutos, establecido en contrato, más 7500 € de bonos anual, más 7.800 de salario en especie por el coche."

Para lo que se remite al contrato de trabajo obrante a los folios 124 a 129.

La modificación no se admite, en primer lugar porque el contrato se tiene por reproducido en el hecho probado primero, por lo que ya consta su contenido como probado y, en segundo lugar, porque el bonus no es pacífico



y el juzgador a quo considera que no se ha devengado, sin que se demuestre por el contrato la existencia de un error en su apreciación.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la inaplicación del artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 55 del mismo cuerpo legal, alegando que la prestación de servicios empezó el 17 de marzo de 2014 y no se le dio de alta hasta el 24 del mismo mes, por lo que concluye que, tal incumplimiento, determina que era fijo desde el inicio.

El artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores, establece lo siguiente:

"Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho."

De manera que, conforme a su tenor literal, la condición de fijo por la omisión de alta en la Seguridad Social, únicamente se adquiere si se mantiene la misma cuando transcurra el periodo de prueba, lo que no acontece en el presente caso, por lo que el motivo se desestima.

TERCERO.- Además denuncia como inaplicado el artículo 15.3 de dicho Estatuto, en relación con el 2.2.a) del Real Decreto 2727/1998, por haberse celebrado el contrato en fraude de ley, ya que no se determina en el contrato cuál es la obra o servicio para la que se contrata, reconociendo el magistrado de instancia que se habla de la realización de proyectos, en plural, poniendo de relieve que a la vez considera que la UTE se creó para el proyecto de la planta solar de Sudáfrica y que el actor no trabajaba para la UTE, indicando que o bien no trabajó para la UTE y por tanto no estaba en el proyecto, y si trabajaba para el proyecto estaba en la UTE y trabajaba para las empresas que la integraban entre las que no está CROWIE SPAIN, S.L.U.

Además considera inaplicados los artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina del grupo de empresas, entendiendo que procede la responsabilidad de todas las codemandadas y los artículos 43.2 y 3 del mismo cuerpo legal, aduciendo que fue contratado por CROWIE SPAIN y puesto a disposición de una UTE de la que no formaba parte, lo que califica de cesión ilegal.

Del relato de probados resulta lo siguiente:

1º) CROWIE SPAIN, S.L.U., se constituyó a los efectos de contratar a don Valeriano, no contando con ningún otro trabajador, ni siendo sustituido por otro trabajador a la extinción de su contrato.

2º) CROWIE SPAIN, S.L., es una división de CROWIE CONCESSIONS

3º) En el contrato celebrado entre CROWIE SPAIN, S.L. y el actor no establece obra o servicio concreto que determine la temporalidad.

4º) Dicho contrato, en la cláusula "Puesto y funciones" refleja: *trabajaré como gestor de proyectos (España) y sus funciones y responsabilidades quedarán fijadas en su totalidad en los documentos de desempeño que se acordarán con usted en cada momento*, indicándosele que había de incorporarse a las oficinas del consorcio en la Avenida de Burgos donde se le ubicaría en un puesto de trabajo.

5º) La empresa empleadora no forma parte de la UTE SOLÁFRICA que se constituyó a los efectos de construir una planta de energía solar en Sudáfrica, Bokpoort, por CROWIE CONCESSIONS, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., ACCIONA INGENIERÍA, S.A., TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A., SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A.,

6º) El actor solo prestó sus servicios en el ámbito de la construcción de planta de energía solar Bokpoort, que fue llevada a cabo por la citada UTE.

7º) CROWIE SPAIN, S.L., gira facturas mensuales a UTE SOLAFRICA por importe de 11.000 euros con el concepto "Senior Project Manager fee".

8º) La citada planta de energía inició su actividad a finales de diciembre de 2015 y se inauguró oficialmente en marzo de 2016.

De lo anterior resulta muy claramente que la empresa empleadora carece de una actividad y de una organización propia y estable y no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de una actividad, siendo su único objeto contratar al actor para ponerle a disposición de la UTE para la cual ha prestado efectivamente sus servicios, y la que facturaba CROWIE SPAIN por tales servicios, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula la cesión de trabajadores, en la siguiente forma:



"1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal."

Conforme al cual hemos de concluir que el actor ha sido objeto de una cesión ilegal y, consecuentemente tiene derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o en cualquiera de las cesionarias que formaban la UTE, para las que realmente prestaba sus servicios, siendo su despido improcedente, al tratarse de un trabajador fijo.

CUARTO.- Siendo el despido improcedente, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores determina, para los supuestos de despido improcedente, los siguientes efectos:

a) Treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades.

No impugna el recurrente en sede jurídica las conclusiones que alcanza el juzgador a quo respecto del bonus, por lo que habiendo sido cuestionada por la empresa su procedencia, es obvio que no se puede considerarse sin más que forme parte del salario dicho concepto, tal y como se dice en la sentencia, máxime cuando tampoco se ha interesado la modificación del hecho probado quinto que declara el salario a efectos del despido, por lo que a éste hemos de estar. Así en el presente caso corresponde la indemnización siguiente, siendo el salario mensual de 6.007,14 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias anuales, lo que da un salario diario de 197,50 euros y el tiempo de servicio:

desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 31 de enero de 2016, a razón de 33 días por año: 11 meses

- 363 días x 197,50 euros..... 71.692,50 euros

La opción por esta indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

b) En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar las empresas por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación número 301/2017 formalizado por el letrado DON FRANCISCO JAVIER DELGADO GALVÁN, en nombre y representación de DON Valeriano , contra la sentencia número 427/2016 de fecha 13 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid , en sus autos número 224/2016, seguidos a instancia del recurrente frente a CROWIE SPAIN, S.L.U., ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., ACCIONA INGENIERÍA, S.A., TSK ELECTRÓNICA Y ELECTRICIDAD, S.A., SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A. y UTE SOLÁFRICA, en reclamación por despido, revocamos la resolución impugnada y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a las demandadas, conjunta y solidariamente a estar y pasar por tal declaración, y a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la



sentencia, opten entre el abono de una indemnización cifrada en SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (71.692,50 euros) o por la readmisión y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 197,50 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período, procediendo, en caso de que alguna o algunas de ellas opten por la readmisión, que el trabajador decida si accede a tal readmisión en su caso en aquélla que elija, o bien opta por la indemnización ofrecida, en su caso, por alguna de las otras empresas. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0301-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0301-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.