



Roj: **STSJ CL 4853/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:4853**

Id Cendoj: **47186340012018102224**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2018**

Nº de Recurso: **963/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02138/2018

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 24089 44 4 2016 0002695

Equipo/usuario: MLM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000963 /2018

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000891 /2016

RECURRENTE/S D/ña Epifanio

ABOGADO/A: ESTRELLA ALONSO ALMAZAN

PROCURADOR: LEIRE RODRIGUEZ HERNANDO

RECURRIDO/S D/ña: TRANSERVI, S.A., RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO, S.A.

ABOGADO/A: IGNACIO BLASCO COSTA, ENRIQUE MADRIGAL FERNANDEZ

PROCURADOR: , MIGUEL ANGEL SANZ ROJO

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Illtmos. Sres.:

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sala

D^a M^a de Carmen Escuadra Bueno

D. José Manuel Riesco Iglesias/

En Valladolid a Catorce de Diciembre de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. **963/2018** interpuesto por D. Epifanio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de León, de fecha 19 de Enero de 2018, (Autos núm. 891/2016), dictada a virtud de demanda promovida por D. Epifanio contra TRANSERVI, S.A., y RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO S.A., sobre CESION ILEGAL DE TRABAJADORES.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3-11-2016 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. 2 de León demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

1º.- Epifanio, mayor de edad, DNI núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa TRANSERVI, S.A., nif NUM001, dedicada a la actividad de Siderometalúrgica, reparación de vagones para RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO SA,

2º.- Antigüedad desde 6 de Abril de 2016,

3º.-modalidad del contrato: según el contrato firmado era de duración determinada, por obra y servicio a tiempo completo,

4º.- Categoría profesional: OFICIAL 2ª

5º.- Lugar de trabajo: en el centro de trabajo sito en la localidad de León (en las naves de mantenimiento de máquinas y vagones de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A situadas en Calle Gómez de Salazar, s/n. nave 1 revisión y reparación mecánica)

6º.- Salario bruto: cobra 46 96 €/día, todo comprendido, con prorrateo de pagas extraordinarias.

7º.- No ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria de los trabajadores o sindical

8.º - En fecha 29-12-2014 por la Inspección de Trabajo de León, se levantó Acta de Infracción, tras visitas giradas en los Talleres de RENFE el 16-10-2014 y el 28-10-

2014. La Inspección de Trabajo concluyó que TRANSERVI se limitaba a suministrar mano de obra, sin aportar material ni estructura organizativa ni asumir ningún riesgo, operando como mera cedente de mano de obra.

9º.- Como consecuencia del Acta la Inspección señalada la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación de León de la Junta de Castilla y León, dictó Resolución en fecha 16-6-2015 por la que impuso a RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. una sanción de 6.251,00 €, por la comisión de una infracción muy grave prevista en el art. 8.2 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto: la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. No consta que dicha acta sea firme, dado que está impugnada en sede judicial.

10º.- TRANSERVI realiza para RENFE trabajos auxiliares conforme al acuerdo marco 25 10 12: objeto prestación de servicios de actividades complementarias de mantenimiento en base de mantenimiento de RENFE INTEGRIA y centros asociados. Especificaciones técnicas: Prestación de servicios de mantenimiento y reparación de vehículos y equipos. Prestación de servicios de asistencia técnica. De reparación y modificación de elementos de confort en vehículos. Labores auxiliares.

Actividades complementarias de mantenimiento en bases. En concreto en las fechas objeto de este juicio se regían por el contrato de 7 5 2015: Trabajos complementarios segundo nivel sobre parque vagones mercancías

11º.- La situación a la fecha de presentación de la demanda (31 10 2016) era:

1.- turnos: no coinciden completamente los de TRANSERVI y RENFE

2.- oficina: TRANSERVI tiene una pequeña oficina independiente.



3.- formación: TRANSERVI ha proporcionado a sus trabajadores formación en operador de locomotor y carro transbordador y manejo de gatos hidráulicos en 23 11 2015, formación específica en el puesto de trabajo (talleres de mantenimiento) en 27 10 2016 y utilización de sierra de madera y epis en 28 9 2016, y prevención de riesgos laborales en enero 2017

4.- asignación de tareas:

A) hay un jefe de taller de remolcado por TRANSERVI (Lorenzo) que distribuye en trabajo entre dos equipos de trabajadores de TRANSERVI.

B) RENFE no da instrucciones directas a los operarios de TRANSERVI, aunque coordina las actividades de TRANSERVI y las demás subcontratas en materia de prevención de riesgos.

C) RENFE planifica y controla los procesos de mantenimiento.

5.- vacaciones: las decidió TRANSERVI y no RENFE en 2016 y 2017

6.- material, herramientas y equipos: se ha acreditado la entrega de epis a sus trabajadores por parte de TRANSERVI en 19 1 17 y el suministro de herramientas y equipos de soldar conforme al inventario, si bien no consta la fecha.

7.- vestuarios, comedor: son comunes a las dos empresas, pero no se usan simultáneamente.

8.- trabajo: hay dos equipos de trabajadores de TRANSERVI en el taller de remolcado: uno de reparación caja y otro de recroizado de bordes.

9.- supervisión: TRANSERVI elaboró en 20 10 16 una instrucción operativa de trabajo

10.- partes de trabajo: el jefe de taller de remolcado por TRANSERVI (Lorenzo

) elabora partes de trabajo y remite copia a la empresa, en los que indica que trabajos hace cada empleado. Constan desde diciembre 2015

12º.- Presentada papeleta de conciliación en fecha 10 de octubre de 2016 se intentó la preceptiva conciliación ante Oficina Territorial de Trabajo de la Junta en fecha 25 de octubre de 2016, concluyendo la misma con el resultado de intentada sin efecto por incomparecencia de la parte demandada TRANSERVI, S.A / sin avenencia".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por el demandante, si fue impugnado por las dos empresas codemandadas: Transervi SA y Renfe Fabricación y Mantenimiento SA, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

CUARTO.- Esta Sala de lo Social decidió por auto de 13 de julio de 2018 que no había lugar a unir a las actuaciones el documento presentado por la Abogada del recurrente, DON Epifanio . El documento consistía en un informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social datado el 8 de mayo de 2018.

QUINTO.- En un segundo auto, datado el 8 de octubre de 2018, la Sala resolvió que no había lugar a unir a las actuaciones otro documento aportado por la Abogada del recurrente, consistente en un nuevo informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social fechado el 11 de julio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo a la exposición ordenada de los motivos que fundamentan el recurso, la Letrada del actor plantea lo que denomina "*Motivo previo*" para hacer saber a la Sala que la discusión sobre la existencia de cesión ilegal entre TRANSERVI, S.A. y RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, se ha resuelto en diferentes tribunales y juzgados y que dentro del grupo de trabajadores afectados por el Acta de Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantada en diciembre de 2014 y confirmada judicialmente en febrero de 2018, existe ya un colectivo de trabajadores que ha visto satisfecha su reclamación respecto a la cesión ilegal e incorporación a la empresa RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., y otros que comienzan el ejercicio de su derecho en octubre de 2016, a tenor de la respuesta unificada reconociendo la cesión ilegal obtenida por sus compañeros de trabajo por parte de la Administración de Justicia.

Desde un punto de vista formal destaca a primera vista que el "Motivo previo" no esté fundado en ninguno de los motivos del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con lo que parece que la parte recurrente trata de que la Sala conozca algunos aspectos de la cuestión litigiosa -ciertamente poco relevantes- pero sin sujetarse a las formalidades que son consustanciales al recurso de suplicación. Como escribe la recurrida TRANSERVI, S.A. en su impugnación, el motivo previo del recurso no se fundamenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ni contiene



solicitud alguna, por lo que en ningún caso puede procederse a la estimación del mismo. Solo añadiremos a esta acertada apreciación que las sentencias que menciona el recurrente no se refieren a la situación existente cuando éste empezó a laborar para la mercantil TRANSERVI, S.A. y que aunque la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de León sea ya firme, esta circunstancia es por sí misma poco relevante, si tenemos en cuenta que el Acta de Infracción del 29 de diciembre de 2014 es muy anterior al momento en que el Sr. Epifanio comenzó la prestación laboral (en abril de NUM000 según reza el hecho probado 2º).

SEGUNDO.- Ahora sí, ya con un amparo procesal claro formula la parte recurrente el segundo motivo del recurso. Con base en la letra a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pide el recurrente la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que le hayan producido indefensión, considerando infringido el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la exhaustividad y congruencia de las sentencias.

Alega la parte recurrente que en la sentencia ahora impugnada el Magistrado hace una redacción de hechos y fundamentos de derecho confusa y no correlacionada y que no valora las contradicciones en los diferentes actos probatorios realizados por las partes, por lo que no ha podido conocer con claridad suficientes cuáles han sido los argumentos jurídicos valorados por el juzgador en contra de sus pretensiones; en fin, que aprecia en el cuerpo de la sentencia impugnada una serie de errores y contradicciones que, en su opinión, el Magistrado resuelve de manera arbitraria, en tanto que no argumenta su elección.

La petición de nulidad de la sentencia exigiría un mayor esfuerzo argumentativo que el desarrollado por la parte recurrente. En este sentido, como alega el Letrado de RENFE, el recurrente no delimita ni señala expresamente cuáles los "errores patentes", las "contradicciones" y las "arbitrariedades" que a su entender contiene la sentencia recurrida. Lo que quiere verdaderamente el recurrente es sustituir la valoración objetiva e imparcial de la prueba practicada en la instancia realizada por el Magistrado por la suya propia y particular, lo cual, sin más argumentaciones, no es admisible para la Sala. Una lectura atenta de la sentencia permite afirmar que el Magistrado del Juzgado de lo Social Nº 2 de León declara expresamente probados unos hechos, explica en el fundamento de derecho tercero de dónde los ha deducido y en los siguientes fundamentos de derecho argumenta, citando las diversas pruebas documentales y los testimonios de los testigos que depusieron en el acto del juicio, por qué los hechos acreditados no son a su criterio determinantes de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores. El que el recurrente discrepe legítimamente de esta argumentación fáctica y jurídica y de la decisión que de la misma deduce el juzgador de instancia no significa que la sentencia incurra en el vicio de incongruencia o de falta de exhaustividad (artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que aquél denuncia. Por estas razones este motivo del recurso de suplicación resulta desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso lo destina la parte recurrente a la revisión del relato de hechos probados, con el adecuado amparo procesal del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

I.- La primera de las revisiones afecta al hecho probado 8º para el que el recurrente propone el siguiente texto alternativo:

"8º En fecha 29-12-2014 por la Inspección de Trabajo de León, se levantó Acta de Infracción, tras las visitas giradas en los Talleres de RENFE el 16-10-2014 y el 28-10- 2014. El contenido de esa acta se da íntegramente por reproducido siendo cosa juzgada y declarando probado:

1.- Ausencia de dirección efectiva y asunción de riesgo por parte de la mercantil TRANSERVI S.A, en virtud de su contenido literal:

"...De las comprobaciones realizadas, se desprende claramente que el objeto de los contratos mercantiles celebrados entre las empresas RENFE-TRANSERVI, S.A., consistía fundamentalmente en la prestación de trabajo por parte de un número determinado de operarios, sin que el objeto implicara aportar medios materiales relevantes, conocimientos técnicos especializados, o bien algún tipo de organización especial para realizar los servicios.

Se debe concluir que la actividad de la empresa TRANSERVI, se ha limitado a suministrar mano de obra necesaria para la prestación del servicio de reparación de vagones en los talleres de RENFE en León, íntegramente concebido y puesto en práctica en su totalidad por RENFE, sin que la mercantil

TRANSERVI, S.A. haya aportado material relevante, ni estructura organizativa distinta de la necesaria para la llevanza de la mera gestión contractual de los contratos laborales y cotizaciones de seguridad social.

El objeto del contrato celebrado entre las empresas se limitaba a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente (TRANSERVI, S.A.) a la cesionaria (RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A.U).



En definitiva, la empresa TRANSERVI, S.A. ha actuado y actúa como una empresa meramente intermediaria y cedente de mano de obra, que, si bien tiene aspecto formal de empresa al cumplir con las obligaciones meramente formales en cuanto al pago de nóminas, y otros aspectos de documentación y gestión propiamente de personal, no aporta ninguna estructura organizativa propia al desarrollo de los trabajos, sin asumir ningún riesgo en el ejercicio de su trabajo al tratarse de mera intermediación..."

2.- La formación y dirección del trabajo lo realizaba de forma efectiva RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A, a tenor del contenido literal que se reproduce:

"...Finalizada la visita a los talleres. se mantuvo reunión con los representantes de las empresas arriba identificados, quienes explicaron el proceso de producción de las reparaciones y revisiones de los vagones. Todo el proceso se encuentra procedimentado de forma que, en documentos elaborados por RENFE, se establece el despiece de los vagones indicando qué partes revisar, así como los criterios para determinar el estado válido o no de las piezas, si corresponde repararlas, o sustituirlas. Cada fase requiere que se documente en una hoja, tipo check list, la revisión efectuada, identificando el trabajador o equipo que realiza la operación. Las hojas empleadas por TRANSERVI, son idénticas a las utilizadas por los trabajadores de RENFE, a excepción del anagrama de la empresa donde figura TRANSERVI. La revisión y reparación de cada vagón, implica que se documente toda una serie de fichas de inspección correspondientes a cada fase y parte de la inspección, las cuales pueden haber sido rellenas por trabajadores de RENFE o TRANSERVI, S.A. dependiendo de las piezas asignadas a cada trabajador. La revisión última de cada vagón es realizada por personal de RENFE. Acerca de la distribución de los vagones en los que trabaja cada equipo, señalan los representantes de RENFE, que el día antes asignan los vagones a cada equipo, comunicándolo al supervisor de TRANSERVI, para que indique a sus trabajadores los vagones a reparar... Para realizar este trabajo los trabajadores posicionan los ejes con medios de RENFE, puente grúa, carretilla elevadora. también a preguntas de quien suscribe el trabajador informó que adquirió la formación para desarrollar el trabajo citado de un trabajador tornero de RENFE, por lo que en ese periodo de formación acudió a trabajar en el turno de mañana. Se le preguntó, sobre el número de bandas de rodadura que tornea en cada turno, y señala que son las que le dejan preparadas en el turno de mañana por los trabajadores de RENFE. Don Lorenzo , quien señaló que finaliza su jornada hacia las 18.00 horas, también explicó que en el turno de tarde no hay ningún trabajador de la empresa RENFE, y que en las instalaciones sólo hay otros dos trabajadores de una empresa de limpieza. Se le preguntó, en su calidad de Supervisor, sobre la forma de organizar las vacaciones de los trabajadores, señalando que se organizan en función de los días de vacaciones de RENFE, así por ejemplo la mitad de las vacaciones de los trabajadores se disfrutan en el periodo del 15 de julio al 25 de agosto, y el resto de vacaciones en el mes diciembre y navidades, por cuanto son las fechas en que cierran las instalaciones por vacaciones del personal de RENFE. Acerca de si los trabajadores han tenido algún tipo de formación especial, o si han ido a otras instalaciones de la empresa TRANSERVI, para obtener experiencia y formación, señala que no, y que la formación y el conocimiento sobre cómo ejecutar el trabajo lo obtienen en RENFE, con los otros trabajadores de la empresa, y en función de su experiencia adquirida realizando el mismo trabajo en otras empresas (BARTZ), en las mismas instalaciones... Asimismo se facilita el justificante de entrega a los trabajadores de los equipos de protección individual, impartición de formación mediante la entrega de un manual formativo, y cursos para el manejo de puentes-grúa, y carretillas, junto con la información anterior se entrega también copia de la aptitud médica de los trabajadores para desarrollar su trabajo, según reconocimiento médico realizado en el mes de julio de 2013 a unos trabajadores y a otros en junio del año 2014... De todos los hechos anteriormente reseñados, cabe destacar que los trabajos realizados por los trabajadores de la empresa TRANSERVI, se encuadran dentro de la actividad propia y específica que se ejecuta en los talleres de RENFE, es decir trabajos de soldadura, revisión de piezas, pintura de vagones... para lo cual salvo pequeñas herramientas los medios principales son puestos por la propia empresa RENFE. Trabajos que en gran medida son realizados de forma indiferenciada también por personal de RENFE, siendo asimismo que la actividad y carga de trabajo que realizan los trabajadores de TRANSERVI, viene determinada diariamente por la empresa contratista, quien fija y distribuye los trabajos concretos a efectuar, sin que puedan realizar otros que no hayan sido previamente fijados, ni medidos por la empresa. Los trabajos, en última instancia son organizados por los jefes de la empresa contratista, sin perjuicio de que haya un trabajador de la empresa TRANSERVI, Don Lorenzo que, en calidad de Supervisor, y además de realizar trabajos directos, desempeña tareas de organización y de coordinación de las instrucciones de la empresa RENFE, integrándose por tanto y de forma fáctica dentro de la propia estructura de mando de la anterior. La empresa TRANSERVI, recibe por la prestación del trabajo de los trabajadores que tiene dados de alta y trabajan en las instalaciones de la Base de León de RENFE, una retribución fijada por horas de trabajo, es decir la retribución se fija por unidad de tiempo (el importe de las facturas se fija en función de las horas de cada mes), lo que determina que la empresa no asume ningún riesgo, ni ventura por el trabajo realizado por cuanto el resultado de su trabajo se limita exclusivamente a la aportación de una serie de horas de trabajo, las cuales tienen la correspondiente contraprestación económica.

3.- Se trabaja en horarios diferentes compartiendo todas las infraestructuras, así recoge el acta:



"...Se comprueba que los trabajadores usan como vestuarios parte de la zona de vestuarios de las instalaciones de RENFE, asimismo Don Lorenzo , en cuanto supervisor, tiene a su disposición un despacho, dentro de la zona de oficinas de RENFE. ... El periodo de ejecución de los trabajos será de un año desde la fecha de inicio de los trabajos en las instalaciones de RENFE Integria señalados en el párrafo anterior en jornada de mañana (de 7:00 h a 15:00h) o de tarde (de 14:00 a 22:00) de lunes a viernes. Por razones organizativas y de producción la distribución de la jornada podrá variarse con un preaviso de 15 días..."

4.- TRANSERVI S.A no aporta medios, ni materiales de producción suficientes para la realización de las tareas encomendadas, probándose los siguientes extremos:

"... Hacia la mitad de la nave y debajo de la caja desmontada se encuentran dos trabajadores de la empresa TRANSERVI, Don Juan Luis (nº DNI NUM002) y Don Juan Miguel (nº DNI NUM003), desmontando y revisando los tensores, muelles etc., el material que emplean, pequeñas herramientas manuales son propiedad de su empresa... Don Pablo Jesús (nº DNI NUM004), quien utilizaba los medios, y el material de pintura que le facilitaba la empresa RENFE... Cada equipo de dos trabajadores estaba posicionado en el vagón que reparaban, para lo cual utilizaban un andamio de posicionamiento en el punto requerido del vagón, que era propiedad de RENFE, en cuanto a los medios para soldar el hilo también era propiedad de RENFE, mientras que la máquina de soldar en unos casos era propiedad de RENFE, y en otras de TRANSERVI, según manifestaron los representantes de las empresas durante la visita."

Para justificar esta nueva redacción del hecho probado 8º, que consiste en transcribir el contenido del Acta de Infracción levantada el 29 de diciembre de 2014 por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, cita el recurrente el informe presentado por ésta al Juzgado de lo Social el 14 de noviembre de 2017. Esta incompleta identificación del documento no permite encontrarlo en el expediente digital de este procedimiento, si bien el Acta sí figura en las actuaciones. Y las sentencias que cita a mayores no constituyen documentos aptos para la revisión del relato de hechos probados. En cualquier caso, sin perjuicio de su admisión a efectos dialécticos, la sustitución del hecho probado 8º incluyendo el texto casi completo del Acta de Infracción es innecesaria e irrelevante porque se refiere a hechos acaecidos mucho antes de que el recurrente iniciase su prestación laboral para TRANSERVI, S.A.; porque tanto en el hecho probado 8º como en el fundamento de derecho octavo el Magistrado recoge un resumen de lo más importante de ese documento elaborado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social; y porque en la sentencia se parte de que la situación en el año 2014 constituía una cesión ilegal de trabajadores pero que, actualmente, tras las actuaciones administrativas y judiciales, las empresas codemandadas han modificado la forma de prestar los servicios contratados, de manera que, según el juzgador de instancia, ya no estaríamos ante una cesión ilegal, sino ante una verdadera contrata.

II.- La segunda revisión afecta al hecho probado 9º para el que el recurrente propone su sustitución por el siguiente:

"9º.- Como consecuencia del Acta la Inspección señalada la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación de León de la Junta de Castilla y León, dictó Resolución en fecha 16-6-2015 por la que impuso a RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A una sanción de 6.251,00€, por la comisión de una infracción muy grave prevista en el art. 8.2 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto : la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente."

Lo que pretende el recurrente es que se suprima del texto original la última frase: *"No consta que dicha acta sea firme, dado que está impugnada en sede judicial."* . Para ello cita el documento núm. 1 aportado con el recurso, que consiste en una sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de León que desestima la demanda interpuesta por RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. y confirma el Acta de Infracción levantada el 29-12-2014 y las resoluciones administrativas impugnadas. La finalidad que persigue el recurrente es dar a conocer a la Sala que la no firmeza del Acta de Infracción ha servido a la indicada empresa para retrasar la firmeza, el cumplimiento y el ejercicio directo del derecho de opción de los trabajadores afectados, como el recurrente; y, por otro, para confundir a los juzgadores y a los propios trabajadores afectados, sobre la certeza de lo reflejado en el Acta de Infracción.

La supresión instada por el recurrente -aun siendo cierta porque la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 es firme desde que se dicta puesto que no cabe recurso contra ella- se acepta únicamente a efectos formales porque resulta irrelevante para el resultado final del recurso, una vez que en el hecho probado 8º y en el fundamento de derecho octavo, el Magistrado de instancia refleja el contenido sustancial del Acta de Infracción, si bien considera que la situación actual es distinta dado que no existe cesión ilegal. Y, por otra parte, las afirmaciones del recurrente respecto a la utilización de la no firmeza del Acta de Infracción por la empresa codemandada carecen de cualquier base en el documento invocado.



III.- La tercera revisión propuesta por el recurrente recae sobre el hecho probado 11º para el que propone la siguiente redacción alternativa:

" 11º La situación a fecha de presentación de la papeleta de conciliación 10 octubre de 2016 es:

1.- Los turnos han variado respecto al 2014, pero coinciden en la mayoría del tiempo laboral, pues TRANSERVI S.A ahora sólo trabaja en turnos de mañana, tal y como realizaba RENFE según consta en el acta del 2014.

2.-La oficina de TRANSERVI S.A es el despacho del que dispone D. Lorenzo dentro de la zona de oficinas de RENFE.

3.-La formación recibida es teórica, relativa a prevención de riesgos laborales, por empresas subcontratadas para ello "BCN PREVENCIÓN INTEGRAL" y "MC PREVENCIÓN.

4.-Asignación de tareas:

A) El organigrama de TRANSERVI S.A es el mismo que en 2014, siendo D. Lorenzo un trabajador directo con tareas de organización y coordinación que se integran en la estructura de mandos de RENFE.

B) RENFE marca el trabajo a realizar, sin que ningún trabajador de TRANSERVI S.A en los talleres pueda contravenir esas instrucciones que se dan de forma oral a los supervisores.

C) No existen instrucciones previas a la jornada laboral de TRANSERVI S.A.

5.-Vacaciones, formalmente se firman por TRANSERVI S.A, disfrutándose en el mes de agosto, cuando el taller de RENFE permanece cerrado.

6.-Material, herramientas y equipos: no se ha acreditado la fecha del inventario presentado tanto por la mercantil TRANSERVI S.A como RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A. El material cuya fecha se acredita, el 19/01/2017, es de prevención de riesgos y no medios productivos. El listado de material que aparece como propiedad de TRANSERVI S.A, son pequeñas herramientas en su mayoría e insuficientes para el volumen de trabajadores contratados, sin que consten, por ejemplo: andamios, puentes grúa, carretillas, materiales de pintura, elementos que ya se señalaban en el acta de infracción del año 2014 como esenciales e indicadores de cesión ilegal.

7.- Los vestuarios y comedores siguen siendo comunes a las dos empresas, coincidiendo parcialmente al tener horarios similares la mayor parte de la plantilla.

8.-Trabajo, hay dos equipos de trabajadores de TRANSERVI en el taller de remolcado: uno de reparación de caja y otro de recrecido de bordes; igual que durante las actuaciones de la inspección.

9.-Supervisión: TRANSERVI S.A elaboró el 28 de octubre de 2016 una instrucción operativa de trabajo, posterior al 10 de octubre de 2016 fecha en la que se presentó papeleta de conciliación previa y tres días después de la celebración del acto de conciliación ante el SMAC.

10.- Partes de trabajo el supervisor D. Lorenzo remite copias de apuntes propios de los trabajos realizados, sin que se hayan acreditados check list ni hojas similares propias de TRANSERVI S.A y diferenciadas de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A, ni cualquier otra forma de dirección efectiva por parte de TRANSERVI S.A, continuando con la situación de no asunción de riesgo por parte de dicha mercantil."

El recurrente cita unos cuantos documentos para variar la situación a la fecha de presentación de la demanda el 31 de octubre de 2016, descrita por el Magistrado en el hecho probado combatido. Ahora bien, lo que no hace es especificar de dónde extrae cada una de las manifestaciones que, en su opinión, suponen que la situación se mantiene en los mismos términos que en el año 2014; de manera que la estimación del motivo obligaría a la Sala a examinar y valorar gran parte de la prueba practicada en las actuaciones, lo que excede de su competencia en el ámbito del extraordinario recurso de suplicación. La concreción de los detalles por el recurrente se hace aún más necesaria en este supuesto en el que el Magistrado valora en el fundamento de derecho noveno no solo los documentos (se remite a las pruebas practicadas en el procedimiento 878) sino también los testimonios de los testigos que depusieron en el acto del juicio y que le permitieron llegar a la conclusión que expone en el fundamento de derecho decimoprimer.

Consecuentemente, también este último apartado del segundo motivo de recurso ha de ser desestimado en su totalidad.

CUARTO.- Con el amparo procesal del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social formula el recurrente el tercero de los motivos del recurso en el cual denuncia: A) la vulneración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores ; B) la infracción del artículo 24 de la Constitución Española ; C) la infracción, asimismo, del artículo 24 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento General sobre



Procedimiento para la imposición de las sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en relación con el artículo 7.3 del mismo texto legal, y con el principio interpretativo "pro operario"; y D) la vulneración del artículo 7.a) i) del Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. En otro apartado se ocupa el recurrente de la vulneración de la doctrina jurisprudencial respecto a la cesión ilegal y del momento procesal oportuno para reclamar sus derechos en el caso de una cesión ilegal.

A) Comienza el recurrente transcribiendo el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y señalando que en función de este artículo, a la hora de analizar la existencia o no de una cesión ilegal, deben tenerse en cuenta todos los elementos que se definen en genérico en el numeral dos del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, advirtiendo que el artículo no exige que se den todas las circunstancias que en él se recogen, sino que, vale con que se de alguna de las cuestiones enumeradas. Al respecto existe numerosa jurisprudencia, y como ejemplo más reciente trae a colación la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016 (Rec. 3435/14). Alega el recurrente que la sentencia impugnada no entra a valorar ni a ponderar diversos criterios. Así dice que no tiene en cuenta la justificación técnica de la contrata, ni la autonomía de su objeto, ni la aportación de medios de producción propios, incidiendo especialmente en las herramientas necesarias para los trabajos diarios. Seguidamente, destaca una serie de pronunciamientos judiciales (sentencias del Juzgado de lo Social N° 3 de León y de esta misma Sala de lo Social de Valladolid) que analizan los elementos que se daban en el Acta de Infracción del 2014 y que no se han desvirtuado en estos autos.

Conviene que dejemos sentado desde un principio que el Sr. Epifanio tiene una antigüedad del 6 de abril de 2016, según reza el hecho probado 2º, con lo que no prestaba servicios laborales para TRANSERVI, S.A. en el momento en que por la Inspección de Trabajo de León se levantó el Acta de Infracción el 29 de diciembre de 2014. Debemos fijarnos únicamente, por tanto, en la situación posterior al ingreso del trabajador, con independencia de la existente en diciembre de 2014. Y tal situación es la que describe el Magistrado en el hecho probado 11º y en los fundamentos de derecho octavo, noveno y decimoprimer. De la lectura de todos ellos obtenemos como primera impresión que la situación laboral en octubre de 2016 -fecha de presentación de la papeleta de conciliación- no era la misma que en diciembre de 2014. Recoge el Magistrado al efecto la alegación de la empresa de que a raíz de la sanción y de las demandas de despido se tomaron medidas para intentar solucionar las deficiencias detectadas y que a la fecha de la demanda rectora de estos autos ya no existía la misma situación. Además de una abundante documentación el Magistrado reseña en el fundamento de derecho noveno las declaraciones de varios testigos, responsables y trabajadores, tanto de TRANSERVI, S.A. como de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO. Lo esencial que se da por acreditado es que en la actualidad TRANSERVI ha asumido la dirección del servicio contratado, introduciendo una jefatura para organizar sus propios trabajos, que ahora presentan autonomía y diferencia objetiva con los realizados por los trabajadores de la empresa principal, sin que exista mezcla o confusión de trabajadores de ambas empresas y, sobre todo, la aportación que ahora viene a hacer TRANSERVI no consiste exclusivamente en mano de obra, sino también en herramientas y materiales, además de ropa de trabajo y equipos de protección individual (que serían marginales). Cotejados los listados de herramientas y materiales aportados ahora por TRANSERVI referidos en los listados a los que se remite la sentencia (y que figuran en documentos obrantes los autos 878, por acuerdo admitido por las partes del proceso) esta Sala ha podido comprobar cómo los mismos tienen una sustantividad suficiente para entender que constituyen un elemento relevante de la contratación, sin que consten elementos que permitan decir que la aportación es simulada o fraudulenta (por ejemplo, si fueran en realidad propiedad de la empresa principal arrendados o puestos a disposición de la contratista, de forma directa o mediante intermediarios). Por lo cual, si la aportación de TRANSERVI con motivo del contrato incluye el elemento organizativo del trabajo y de la mano de obra y además abundantes medios materiales de naturaleza sustantiva y no marginal, el objeto del negocio jurídico no es la mera puesta a disposición de mano de obra y no puede calificarse como una mera cesión o puesta a disposición de trabajadores, ni legal ni ilegal.

B) La vulneración del artículo 24 de la Constitución que a continuación se denuncia carece de contenido, dado que se limita a manifestar discrepancias con lo resuelto en la sentencia de instancia respecto al fondo de la cesión ilegal de trabajadores, ya analizado. Las citas del principio *pro operario* carecen de toda virtualidad, dado que el mismo, de mantener vigencia, se refiere a un criterio interpretativo de las normas y no a una especial predisposición del órgano judicial para estimar las pretensiones de los trabajadores, como parece entenderse por el recurrente, que por ello lo vincula al artículo 24 de la Constitución. El conjunto de consideraciones que aquí se hacen en el recurso ninguna relación guardan con la calificación jurídica del contrato entre empresas como contrata legítima o como puesta a disposición ilícita de mano de obra.



C) La cita del artículo 24 del Real Decreto 928/1998 no tiene ninguna relación con el caso actual, puesto que aquí no se trata de resolver sobre la validez del acta de infracción de 2014 y de la sanción impuesta, que tiene su propio procedimiento, ya concluido por sentencia firme.

D) En el artículo 7.a) i) del Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, publicado en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, que el recurrente también denuncia como infringido, se reconoce el derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. Esta norma internacional tampoco tiene ninguna relación con este caso, porque la situación que consta probada es que estamos ante trabajadores de diferentes empresas, con diferentes cometidos y funciones, en el marco de una contrata, sin que consten elementos de discriminación prohibida.

Finalmente, el recurso vuelve a la cuestión de fondo sobre la cesión, ahora con cita de jurisprudencia relativa a dicha figura jurídico-laboral, ante lo que la Sala debe reiterar lo ya manifestado antes al respecto. Y lo relativo al momento procesal para reclamar derechos, la sentencia que se invoca no guarda ninguna relación con el presente supuesto, puesto que no estamos ante una demanda por despido, sino ante una acción amparada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Lo relevante es determinar cuál era la situación fáctica en el momento en que se ha ejercitado la presente acción, no unos años antes. Conforme a la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (ver sentencia de 28 de febrero 2018, RCU 3385/2015) la reclamación de la fijeza y del derecho de opción por la incorporación a la empresa cesionaria reconocido en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores debe hacerse estando vigente la cesión ilícita, por lo que cuando menos la papeleta de conciliación debe haberse presentado cuando todavía estaba vigente la cesión entre las empresas. De lo que se deriva que en este proceso no pueda considerarse la situación anterior a la papeleta de conciliación administrativa previa y, por supuesto, al momento en que el recurrente comenzó la prestación laboral para TRANSERVI, S.A. en abril de 2016.

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación de **DON Epifanio** contra la sentencia de 19 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de León en los autos número 891/16, seguidos sobre **CESIÓN ILEGAL** a instancia del indicado recurrente contra las empresas **TRANSERVI, S.A.** y **RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A.** y, en consecuencia, **confirmamos íntegramente** la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 0963-18 abierta a **no mbre** de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.



Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ