



Roj: **STSJ CL 4891/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:4891**

Id Cendoj: **47186340012018102229**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2018**

Nº de Recurso: **962/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL MAR NAVARRO MENDILUCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02116/2018

-

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

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 24089 44 4 2016 0002700

Equipo/usuario: MBC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000962 /2018 M

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000893 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Diego

ABOGADO/A: ESTRELLA ALONSO ALMAZAN

PROCURADOR: LEIRE RODRIGUEZ HERNANDO

GRADUADO/A SOCIAL:

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: ,

Rec. núm. 962/18

Ilmos. Sres.

D. Manuel María Benito López

Presidente de la Sección

D^a. Susana M^a Molina Gutiérrez



D^a. M^a del Mar Navarro Mendiluce/ En Valladolid a trece 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. 962 de 2018 interpuesto por D. Diego contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de León (autos 893/16) de fecha 19 de enero de 2018 dictada en virtud de demanda promovida por dicho actor contra RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO y contra la empresa TRANSERVI, S.A., sobre DERECHOS (CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES), ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a del Mar Navarro Mendiluce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2016 se presentó en el Juzgado de lo Social número Dos de León demanda formulada por el actor, 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 señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

1º.- Diego , mayor de edad, DNI núm. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa TRANSERVI, S.A., nif 28181543, dedicada a la actividad de Siderometalúrgica, reparación de vagones para RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO SA,

2º.- Antigüedad desde 27 de Noviembre de 2012,

3º.- *M odalidad del contrato: indefinido*

Anteriormente era de duración determinada, por obra y servicio a tiempo completo,

4º. - Categoría profesional: oficial 1^a

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 61 06 €/día, todo comprendido, con prorrata de pagas extraordinarias.

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

8º - 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.

10 º.- 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 locotractor 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 (Diego) 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 recocado 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 (Diego) 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 13 de octubre de 2016 se intentó la preceptiva conciliación ante Oficina Territorial de Trabajo de la Junta en fecha 28 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 actor, fue impugnado por las demandadas. Elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social n 2 de León se dictó sentencia en la que se desestimó la demanda en la que se interesaba se declarara la existencia de cesión ilegal de trabajadores y por tal causa se reconociera al demandante la condición de fijo en la empresa RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A., y frente a la misma por la letrada del demandante en la instancia se interpone recurso de suplicación con amparo en los tres apartados del art 193 de la LRJS .

El motivo inicial del escrito con cita en la letra a) del art. 193 de la LRJS que tiene como finalidad reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, lo interpone el recurrente alegando que la sentencia de instancia ha infringido el art 218 . 2 de la LEC .

El recurso de suplicación por quebrantamiento de forma, esto es, por el cauce que ofrece el *artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* , tiene por finalidad la denuncia de irregularidades en la tramitación del procedimiento, las cuales han de ser especialmente calificadas, puesto que la consecuencia que se deriva de su estimación es la declaración de nulidad de las actuaciones, razón por la cual se hace exigible, tanto legal, como jurisprudencialmente, el cumplimiento de varios requisitos:

a) La denuncia debe quedar referida a la infracción de una norma o garantía de carácter procedimental, entendida en sentido amplio, alcanzando a la vulneración de los principios recogidos en el *artículo 24 de la Constitución Española* , si bien, como se indica en la *sentencia del Tribunal Constitucional 124/1994* , para que exista infracción del indicado precepto, no será suficiente el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni cualquier vulneración o irregularidad procesal cometida por el órgano judicial, sino que de ellas deberá derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, deberá tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, ya que no toda infracción o irregularidad procesal de los órganos procesales provoca la eliminación o el deterioro sustancial de los derechos que corresponden a las partes en el proceso.



b) La denuncia no puede serlo de cualquier norma procesal, ya que ello podría conducir a la posibilidad de prácticas dilatorias, sino que aquélla ha de estar cualificada, implicando una efectiva indefensión para la parte, entendida ésta como impedimento efectivo del derecho de alegar y acreditar en el proceso los propios derechos.

c) Por último será preciso, siempre que sea posible por el momento procesal de que se trate o por la naturaleza de la decisión que se impugne, el que la parte que alegue el defecto haya intentado la subsanación de la infracción en el momento procesal oportuno o haya formulado la correspondiente protesta en tiempo y forma.

El recurrente interesa la nulidad de la sentencia de instancia por incumplimiento del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la exigencia de congruencia y exhaustividad de las sentencias. Sin embargo la explicación de la vulneración del citado precepto es escasa y lo único que pone de manifiesto son discrepancias con la valoración de la prueba practicada en la sentencia de instancia y con sus razonamientos, que a juicio de la Sala son suficientes y conforme al artículo 202.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, una vulneración procesal como la denunciada solamente daría lugar a la nulidad pretendida si los hechos probados de la sentencia de instancia fueran insuficientes y no pudieran complementarse por la vía de la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, porque en otro caso la Sala estaría llamada a pronunciarse sobre el fondo.

SEGUNDO .- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social pretendiendo la modificación de los apdos. 8, 9 y 11 de los hechos probados. Y se ha de señalar que para la estimación de los motivos dirigidos a la revisión fáctica, es necesario que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico y se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos. Por otro lado se precisa que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia y que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, o idoneidad. En todo caso que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores. Sentado lo anterior debemos pasar a analizar la pretensión concreta.

De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido todo lo que no sea un dato en sí, hechos notorios y los conformes, juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso, las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación y los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

En primer lugar se pretende la modificación del apartado octavo de los hechos probados para dejar constancia del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 29 de diciembre de 2014, con todos los datos relativos a la forma en que en aquel momento se prestaba el servicio entre las empresas. Por otra parte tras presentación de documento (sentencia firme) en el trámite del artículo 233 de la Ley de la Jurisdicción Social ha quedado acreditado que la sanción impuesta a partir del acta de inspección ha devenido firme por sentencia judicial desestimatoria del recurso, algo de lo que el recurrente pretende dejar constancia mediante una revisión de hechos probados introducida en su escrito ampliatorio del recurso en base a la admisión del documento, como veremos a continuación. Habiendo quedado firme el acta, confirmada en sentencia judicial a su vez firme, los hechos de la misma deben considerarse como probados, no sin advertir que ni siquiera son contradictorios con lo declarado probado en la sentencia de instancia, dado que en la misma se parte de que la situación en el año 2014 constituía una cesión ilegal de trabajadores, pero que actualmente, tras las actuaciones administrativas, las empresas implicadas han modificado la forma de prestar los servicios contratados, de manera que, según la sentencia de instancia, ya no estaríamos ante una puesta a disposición de mano de obra, sino ante una auténtica subcontrata. A tales efectos la situación del año 2014 no resulta especialmente relevante, puesto que de lo que se trata es de juzgar una situación actual y con características



nuevas. En todo caso ningún inconveniente hay en admitir, a efectos meramente dialécticos, la incorporación como hecho probado del íntegro contenido del acta de infracción.

En cuanto a la modificación del hecho probado noveno, en lo relativo a la firmeza de la sanción administrativa, lo relevante aparece en el escrito ampliatorio del recurso tras la admisión del documento, de manera que lo que ya consta es la firmeza de la sanción al desestimarse el recurso contra la misma por sentencia judicial también firme, lo que puede incorporarse como hecho probado, cuando menos a efectos dialécticos.

A continuación quiere modificarse el ordinal undécimo para dejar constancia de cuál era la situación de la prestación de servicios en el momento de presentar la actual demanda, pero para ello se sigue una técnica procesal inaceptable, puesto que tras una larguísima redacción del hecho probado que se pretende variar, después no se va razonando y especificando debidamente, para cada concreto hecho o punto de discrepancia con la redacción originaria, cuál sea la prueba documental o pericial que lo apoye, sino que se remite globalmente a una serie de documentos de diferente valor, algunos sin relación directa con los hechos y sin expresar ni razonar cómo permiten llegar a cada concreta conclusión, lo que supone pretender de la Sala una valoración global de la prueba para la cual carece legalmente de competencias, puesto que la misma corresponde al órgano judicial de única instancia, al ser extraordinario el recurso de suplicación frente al de apelación que parece en el fondo formula la recurrente al pretender nueva valoración conjunta de la prueba.

TERCERO.-El tercer motivo de recurso, se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social. Cuando el motivo del recurso se destina a la impugnación del fallo por error in iudicando el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (*artículo 196.2 de la LRJS* lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

No basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. Se denuncia en primer lugar la vulneración del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de la Sala Cuarta de 18 de mayo de 2016, RCU 3435/2014). Para determinar si hay cesión de trabajadores hemos de partir de los hechos probados de la sentencia de instancia, y con cita del contenido del fundamento jurídico tercero de la sentencia de la Sala de fecha 1º de diciembre de 2018 (rec 975/2018) en un supuesto idéntico al que aquí nos ocupa se ha de señalar:

" En este caso presenta una seria dificultad, puesto que el juzgador de instancia, en lugar de consignar los mismos en la relación de hechos probados de la sentencia (donde solamente hace un brevísimo resumen), hace en los fundamentos de Derecho una remisión de forma amplia a diferentes documentos que ni siquiera obran en estos autos, sino en los autos de otro proceso diferente y análogo, lo que ha obligado a la Sala a buscar aquellos otros autos para incorporarlos al presente expediente electrónico y poder así, finalmente averiguar cuáles son los hechos probados de esta sentencia. Ninguna de las partes ha pedido por este motivo la nulidad de actuaciones, que no puede decretarse de oficio con motivo del recurso (artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Tras esta indagación la Sala puede comprobar el contenido de los documentos a los que se remite el juzgador de instancia cuando dice:

"En el presente caso ha quedado acreditado en numerosos pleitos anteriores que a finales de 2014, cuando la inspección levantó el acta, todos los trabajadores, tanto los de TRANSERVI como los de RENFE, hacían las mismas o similares funciones; TRANSERVI no hacía aportación esencial de medios materiales (salvo un pequeño maletín individual), no asumía riesgo y se limitaba a poner mano de obra a disposición de RENFE a cambio de un precio por hora trabajada; los trabajadores de la subcontrata adquirían la experiencia de trabajadores de RENFE; las vacaciones se organizaban en función de las vacaciones de los trabajadores de RENFE; todo el material pesado y ligero era de RENFE, a excepción del maletín individual; los andamios, grúas, y máquinas de soldadura fijas eran de RENFE y se utilizaban indistintamente por unos y otros trabajadores, al igual que los vestuarios, duchas y demás dependencias de RENFE; los trabajadores de la subcontrata y los de RENFE hacían exactamente el mismo trabajo, trabajando en los mismos vagones equipos de trabajadores de RENFE y de TRANSERVI, debiendo rellenar el mismo checklist, confeccionado por RENFE, de la reparación efectuada; cada grupo de seis equipos estaba supervisado por un encargado, capataz, supervisor o director de cuadrilla de RENFE y no existían supervisores de TRANSERVI... Lo que no se ha acreditado es que esa situación se mantuviera dos años después, que es cuando se presentó esta demanda. La empresa alega



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 esta demanda ya no existía la misma situación. Efectivamente de las pruebas practicadas en el procedimiento 878 y dadas por reproducidas en este, puede concluirse que la situación no es idéntica a la que dio motivo a la sanción del año 2014. Así se ha acreditado la entrega de EPIS al trabajador por parte de TRANSERVI (doc. f. 31 de esta empresa) y el suministro de herramientas (inventario f. 33), la realización de reconocimiento médico (f.27, 30) y de formación (f.28, 29, y 81 y ss). También se aporta organigrama (f.38) e instrucción operativa de trabajo (f.56) y partes de trabajo (f.62-80). Así mismo se ha acreditado que las vacaciones las decide TRANSERVI y no RENFE (f. 53). Igualmente se acreditan actuaciones de la inspección (visita de inspección día 15 5 17) (doc.f. 32) y no consta que se levantaran nuevas actas de infracción. Las testificales confirman lo que la documentación aportada por TRANSERVI indica; Luis María , jefe de operaciones, dice que ahora los trabajadores de TRANSERVI se dedican a reparación de cajas, no de bogies, que no hacen el mismo trabajo que los de RENFE, que las ordenes a los trabajadores de TRANSERVI las da Diego y el material y herramientas y EPIS son de TRANSERVI salvo el puente grúa que es de RENFE, dice que hacen horario 7 a 3 y respecto al de los de RENFE dice ignorarlo, pero que no coinciden los horarios de descansos, que las vacaciones las da él y la formación el servicio de prevención que tienen contratado (BCN prevención). Juan Pedro , responsable de talleres de RENFE dice que hay dos talleres en León: el autopropulsados y locomotoras y el de vagones y TRANSERVI trabaja en el de vagones, que la razón es porque RENFE no tiene capacidad suficiente y por eso contrata trabajos, pero los más cualificados los sigue haciendo RENFE, dice que la nave de mecánica la lleva RENFE y la de chapa TRANSERVI, que son tareas bien diferenciadas, que TRANSERVI hace chapa y pintura, que los materiales de uso común que usan los de TRANSERVI son de TRANSERVI, salvo los que por normas de seguridad deben ser de RENFE y lo mismo los equipos; que en el comedor tienen distintos horarios y TRANSERVI paga alquiler a RENFE por usarlo; que RENFE no interviene en fijar las vacaciones de TRANSERVI, que se organizan ellos, que supone que coinciden, pero que no se mete en ello; respecto a la documentación técnica dice que TRANSERVI entrega los chek list de trabajos hechos; especifica que está en este puesto desde 2014, desde diciembre y que el problema que había antes de que el entrara lo conoce y vino varias veces por ello a León, dice que no se dan directrices a TRANSERVI. Diego , quien tiene puesta una demanda idéntica, dice que es el coordinador de los trabajadores de TRANSERVI, que el horario que hacen es de 7 a 3 desde la denuncia, antes hacían de mañana y de tarde; le preguntan si ha cambiado la situación y contesta que "intenta que los trabajos se diferencien, antes hacíamos lo mismo, ahora han traído herramientas, antes no", dice que los vestuarios y comedor son los mismos y que TRANSERVI tiene un cuartito para oficina, en cuanto al material dice que a veces les dejan, si no tienen bulones o pasadores, que las máscaras eran de RENFE hasta noviembre, que las soldadoras son prestadas y de ellos, hasta marzo eran de RENFE, que la formación consiste en que los ponen con uno de RENFE a aprender; dice que lleva cuadernos de producción y reporta a Madrid ni la mitad, tras la denuncias de los 6 (se supone que se refiere a las demandas), y que en 2015 se mandaban partes pero no todo el tiempo; que hay reuniones de coordinación en materia de prevención; en cuanto a las vacaciones dice que firmó las de 2017, niega que firmara las del 2016, aunque luego dice que no sabe. Alfonso , quien también tiene presentada demanda similar, dice que a él lo despidieron, que estuvo en paro 6 o 7 meses y lo volvieron a contratar, pero ahora está en otro taller, en motor, con otros de TRANSERVI y de RENFE; dice que las instrucciones las da el coordinador Armando y el de RENFE, que hacen tareas ajenas al contrato como camiones o maniobras, que los vestuarios son compartidos y que en motor el material es de RENFE salvo las radiales y los epis y consumibles que son de TRANSERVI; respecto a formación dice que RENFE le dio un curso de prevención de riesgos laborales y que los de RENFE le explicaron cómo se trabaja. Benito , dice que es trabajador de RENFE y trabaja en los almacenes, dice que algunos trabajos son idénticos; respecto a las vacaciones dice que en 2017 los de RENFE hicieron vacaciones en agosto y los de TRANSERVI no y que supone que se servían ellos, que cogerían lo que les pareciera. Sobre quien es el que manda en talleres dice que el Jefe de Taller y que en remolcados hay un jefe de TRANSERVI que es Diego y que recibe instrucciones del jefe de Taller y que lo sabe porque lo ha visto y porque el jefe de taller le dice que pregunte a Diego ".

Aunque la redacción de los hechos probados que asume el Magistrado de instancia y que se ha reproducido literalmente no es rectilínea, lo esencial que se da por acreditado 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, como ya hemos dicho, figuran en documentos obrantes en otros autos, 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"

Acogiendo el mismo criterio este motivo de recurso en su primer apartado no puede tener favorable acogida

CUARTO.- Se invoca en el mismo tercer motivo la vulneración del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, sosteniendo que el contrato del actor debe presumirse por tiempo indefinido, al haber sido celebrado en fraude de Ley .

En cuanto a lo primero, el suplico de la demanda solamente pide que se reconozca la existencia de cesión ilegal de trabajadores y por tal causa se reconozca al demandante la condición de fijo en la empresa RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A.. Esto es, la pretensión de fijeza está subordinada a la existencia de cesión ilegal, por lo que descartada ésta la cuestión queda sin objeto, quedando imprejuizado si el trabajador puede ser considerado como fijo de la empresa TRANSERVI por razones ajenas a la cesión ilegal. En cuanto a lo segundo la vinculación del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores al reconocimiento de la antigüedad carece de fundamento.

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.

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. Y 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, donde 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, 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.

El recurso vuelve ahora 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. Todo lo relativo a acciones ejercitadas con anterioridad o impugnaciones de eventuales despidos pretéritos no es objeto del presente procedimiento.

Por lo que este motivo de suplicación dirigido a la censura jurídica debe de ser desestimado

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN **NO** MBRE DEL REY

FALLAMOS



Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la letrada D^a Estrella Alonso Almazán en nombre y representación de D. Diego contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de León (autos 893/16) de fecha 19 de enero de 2018 dictada en virtud de demanda promovida por dicho actor contra RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO y contra la empresa TRANSERVI, S.A., sobre DERECHOS (CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES y, en consecuencia, confirmamos el fallo de instancia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

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 su 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. 4636 0000 66 Rec. 962/18 abierta a nombre de la Sección 1 de las Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal de 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 0005001274, 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 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.