

Roj: **STS 276/2017 - ECLI:ES:TS:2017:276**Id Cendoj: **28079140012017100018**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2017**Nº de Recurso: **1670/2014**Nº de Resolución: **3/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 595/2014,**
STS 276/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de enero de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Dominion Instalaciones y Montajes, SA representado y asistido por la letrada D.ª Marta Rite Fernández y por Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU representada por el letrado D. Iago Romero Sánchez, contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 130/14, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria, en autos nº 21/13, seguidos a instancias de D. Benigno y D. Cornelio contra Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU, Dominion Instalaciones y Montajes SA y Entelgy Consulting SA, sobre despido. Han comparecido en concepto de recurridos D. Benigno y D. Cornelio representados y asistidos por el letrado D. Héctor Mata Diestro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las demandas acumuladas interpuestas por Don. Benigno y Cornelio, frente a las empresas DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A., ENTENGY CONSULTING, S.A. y TELEFONICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING, S.A., siendo parte interviniente el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro procedentes los despidos de que fueron objeto los actores con fechas 15 y 30 de septiembre respectivamente, absolviendo a las empresas demandadas de los pedimentos formulados en su contra.».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- Que los actores han venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. (en adelante DOMINION), con las siguientes circunstancias socio-laborales:

- D. Benigno, con antigüedad desde el 15 de octubre de 2012, ostentando la categoría profesional de auxiliar/operador, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.333,33 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

- D. Cornelio, con antigüedad desde el 15 de octubre de 2012, ostentando la categoría profesional de auxiliar/operador, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.366,67 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.



Que consta en los autos, folios 182 y siguientes, contratos de trabajo suscritos por los actores con la empresa Dominion, en fecha 15 de octubre de 2012, y hasta fin o reducción de la obra, constando en ambos como categoría profesional de los actores la de auxiliar/operador, y fijándose un período de prueba de 3 meses. Que en ambos contratos figura como objeto del mismo la realización de la obra o servicio recogidos en la adjudicación de oferta de compras de Telefónica Soluciones de Outsourcing con número de referencia NUM000 , para el suministro/instalación de los servicios de CGP para el Gobierno Vasco. Que en ambos contratos consta como de aplicación el Convenio colectivo de Industria Metalúrgica de Vitoria. Que el actor Sr. Benigno había suscrito también con fecha 16 de diciembre de 2008 otro contrato de trabajo con la empresa Dominion (folio 186 de los autos), cuyo objeto es el suministro/instalación de los servicios de gestión de CGP, contrato que finalizó con fecha 30 de noviembre de 2010, según consta en la vida laboral aportada de este demandante.

2º.- Que los actores habían venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa ENTELGY CONSULTING, S.A. (en adelante ENTELGY), en virtud de sendos contratos de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado (folios 116 y siguientes de los autos), con las siguientes circunstancias socio-laborales:

- D. Benigno , con antigüedad desde el 14 de julio de 2011, ostentando la categoría profesional de operador de periféricos, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.333,33 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

- D. Cornelio , con antigüedad desde el 28 de junio de 2010, ostentando la categoría profesional de operador de periféricos, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.166,67 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Que ambos actores suscribieron con la empresa Entelgy sendos contrato de trabajo de duración determinada que constan en los folios 116 y siguientes, dándose por reproducidos, en los que consta las circunstancias descritas y siendo el objeto de los mismos la operación y técnica de redes del servicio de contratación externa de CGP, CNC Y CGC, según contrato suscrito con nuestro cliente Telefónica Empresas.

3º.- Que los actores suscribieron con fecha 10 de octubre de 2012 el Sr Cornelio , y con fecha 15 de octubre de 2012 el Sr Benigno , sendas cartas que constan en los folios 769 y 771 de los autos, y en las que se comunicaba a la empresa Entelgy que por la misma comunicaban la finalización de su relación laboral, debiéndose la decisión a motivos estrictamente laborales, derivados de la comunicación que se trasladó desde la empresa el día 4 de octubre de 2012 al resto de compañeros, y no a los que suscriben, dónde confirmaba que dejaría de prestar los servicios al cliente Telefónica, comunicándose vía telefónica la solicitud de redacción y entrega de esa carta. Que continúan diciendo los actores en la carta que su decisión responde al deseo de continuar realizando los mismos servicios para el citado cliente, siendo la fecha de inicio en la contrata que realizará dicho servicio el 15 de octubre de 2012, siendo su último día en la empresa Entelgy el día 14 de octubre de 2012. Que constan en los autos los finiquitos realizados por la empresa Entelgy y firmados por los trabajadores (folios 767 y 773 y 775 de los autos). Que los actores fueron contratados por la empresa Dominion por tener ya experiencia de la empresa Entelgy y porque ya estaban formados (testifical del Sr Ovidio , coordinador nacional de CGPs).

4º.- Que la empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING, S.A.U. (en adelante Telefónica ó TSO), es adjudicataria, entre otras, del servicio integral de telecomunicaciones Centro de Gestión Personalizado-CGP- del Gobierno Vasco y otras administraciones, siendo subcontratada la empresa Entelgy para la realización de una de las áreas de ese servicio integral, que es la de servicios a la empresa Telefónica, constando en los autos el contrato marco regulador de los servicios prestados a través de los centros de gestión personalizada. Que después de varias prórrogas en esta adjudicación a Entelgy, prórrogas que también constan en los autos, con fecha 26 de septiembre de 2012, Telefónica remite carta a la empresa Entelgy en la que le comunica que procediéndose a realizar la adjudicación de la nueva RFP que ampara la prestación del servicio "Gestión de Redes de CGPs para TSO), Entelgy no había sido adjudicataria del mismo, y por tanto, a partir del 7 de octubre de 2012, se inicia la etapa de finalización de la prestación de los servicios según las condiciones descritas en él. Que ambas empresas habían suscrito pliego de requisitos para la contratación del servicio de gestión de redes de CGPs, en el que se recoge, entre otras cuestiones (folio 1008 de los autos), un período de transición en el que la adjudicación de la oferta sería comunicada por TSO y que durante la etapa de solape, el adjudicatario deberá simultanear las actividades que componen el servicio con el prestador actual durante un mínimo de 30 días antes de asumir la total responsabilidad sobre el servicio.

5º.- Que la empresa Entelgy suscribió contrato de arrendamiento para uso distinto de la vivienda con la mercantil INBISA Grupo Empresarial, S.L., constando a los folios 910 y siguientes, dándose por reproducido, por el que arrendaba la oficina nº 118 del Edificio DII, ubicado en el Parque empresarial Inbisa-Gamarra de esta Ciudad, sita en la calle Avd. de los Olmos nº 1, Edificio D2.



6º.- Que por la empresa Entelgy se aporta en su ramo de prueba documentación relativa a los documentos de confidencialidad suscritos por ésta con los actores, sus respectivas solicitudes de incorporación a la empresa, así como los procesos de selección de ambos actores, la formación en prevención de riesgos laborales y reconocimientos médicos de los actores, así como los partes de actividad y vacaciones y las acciones de formación de ambos. Que esta documentación la damos por reproducida.

7º.- Que es la empresa Dominion la que resulta adjudicataria de la empresa Telefónica para la prestación de servicios a través de los centros de gestión, firmando contrato marco que consta en los autos, folios 456 y siguientes, dándose por reproducido. Que consta al folio 139 de los autos la adjudicación de oferta de compras de Telefónica con número de referencia NUM000 , para el suministro/instalación de los servicios de gestión de CGP, que es una de las tres áreas que el Gobierno Vasco tiene contratado con Telefónica dentro de la gestión integral para este cliente (testifical Sr. Adolfo).

8º.- Que con fecha 15 de octubre de 2012 las empresas Entelgy y Dominion firman oferta de servicios de soporte en proceso de migración, folio 121 de los autos, en el que consta que al estar la empresa Dominion acondicionando unas oficinas para una nueva actividad en el Parque empresarial Inbisa-Gamarra, Avd de los Olmos, nº 1 Zona D, local 118, y siendo este adyacente al empleado por Entelgy, local 117, y dada la urgencia con la que la primera debe iniciar la prestación de sus servicios, la segunda oferta un servicio de soporte en el proceso de migración, permitiendo el uso temporal de sus medios para facilitar el proceso, no debiendo superar en ningún caso el plazo de tres meses, concertando un precio por esos servicios.

9º.- Que consta al folio 138 de los autos contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de la oficina 117 del Edificio D-2, siendo arrendador la mercantil Inbisa y arrendataria la empresa Dominion. Que consta asimismo en los autos organigrama de la empresa, dándose por reproducido, y a cuyo personal se hará referencia posteriormente.

10º.- Que consta en los autos informe de la Inspección de Trabajo de fecha 17 de abril de 2013, folios 167 y siguientes, dándose íntegramente por reproducido. Que en el mismo consta que la inspectora realiza visita de inspección en la oficina 118, centro de trabajo de la empresa Entelgy, oficina de seguimiento de Telefónica, identificando la inspectora los trabajadores que estaban en esa oficina. Seguidamente visita la oficina nº 117, observando una placa con el logotipo de la empresa Telefónica, indicándole la coordinadora Sra Trinidad que es un centro de gestión personalizada para el Gobierno Vasco, constando de nueve trabajadores de plantilla pertenecientes a la empresa Dominion, identificando la inspectora a los trabajadores, dos responsables técnicos, y dos operadores, y otro operador de sistemas informáticos y representante de los trabajadores. Que se encuentra también en el centro Don Adolfo , Responsable o jefe de proyectos de Telefónica del centro de gestión, manteniendo entrevista separada con este y con la Sra Trinidad , coincidiendo ambos en que el primero tiene como cometido el ser mero controlador del servicios, no entrando en ningún aspecto de la subcontrata de Dominion. Que explica que se trata de un centro de gestión de incidencias de sistemas informáticos del Gobierno Vasco, una especie de Centro de Atención al Usuario, incidencias relativas a telefonía fija, routers, gestión de redes de telefonía fija y datos. Que asimismo manifiesta que de las cuestiones de personal de la oficina se ocupa la coordinadora de Dominion, y de los aspectos técnicos, los responsables de esa empresa. En cuanto a la realización de exámenes al personal de la subcontrata, señala que se trata de certificaciones anuales exigidas por Telefónica, y realizándose en sedes de Telefónica. Que la coordinadora Sra Trinidad manifiesta que la sede de la empresa Dominion se encuentra en Madrid, consistiendo el servicio en examinar las incidencias, dar soporte a clientes, un total de trece, no realizando salidas los trabajadores, sino tramitando incidencias. Que los manuales operativos son documentación interna elaborada por Dominion que los trabajadores pueden descargar, marcando Telefónica los tiempos de resolución de las incidencias. Manifiesta también que los responsables técnicos no realizan exámenes y sí los operadores, anuales en aulas de formación de Telefónica. Que se recoge por la inspectora el tiempo y turnos de trabajo, y de la documentación posteriormente aportada, el número de trabajadores de la plantilla, 15 y en la última consulta, 12. Que de la documentación que se aporta a la inspectora se constata que la actividad preventiva la realiza la empresa con Fremap desde el 1 de julio de 2011, certificados de aptitud, y reconocimientos médicos de algunos trabajadores, así como certificados de formación en materia de prevención de riesgos laborales relativos al puesto de técnico informático. Que la inspectora constata durante la visita que los operadores se presentan como personal de Telefónica. Que los equipos informáticos, ordenadores, pertenecen a la empresa Telefónica, utilizando el correo electrónico y la intranet de Telefónica, siendo el mobiliario y los teléfonos fijos de la empresa Dominion. Que la inspectora el 18 de abril de 2013 mantiene entrevista telefónica con la responsable del departamento de RRHH en Madrid, que le explica el modo de resolución de las incidencias, así como la organización del trabajo y la coordinación, así como las funciones del Sr Adolfo , coincidentes con las anteriores manifestaciones, y las funciones y exámenes que se realizan. Que la inspectora concluye que Dominion establece las condiciones de trabajo y da instrucciones a sus empleados en orden a configurar el modo en que éstos llevan a cabo su prestación laboral. Que la organización del trabajo se realiza a través



de una estructura de coordinación a nivel nacional, mediante la elaboración de manuales comunes y sus modificaciones, con arreglo a pautas de actuación e instrucciones técnicas establecidas en la contrata con Telefónica, formando parte de esa estructura a nivel nacional el Sr Candido y su inmediato superior Sr Elias , responsable de proyecto de todos los Centros de Gestión Personalizada de la empresa, quien a su vez comunica las instrucciones técnicas a todos los CGP. Y Don Ovidio , Coordinador nacional. Que la empresa adjudicataria se responsabiliza de la entrega correcta del servicio contratado, aporta sus medios de orden personal y material, y asume la organización de esta parcel de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirige, controla y ordena, disponiendo de una coordinadora que resuelve y comunica a la sede central de la empresa cuestiones de jornada del personal. Que es la empresa la que abona los salarios y ejerce el poder disciplinario sobre sus trabajadores, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado, a fin de comprobar si el servicio se presta conforme a la contrata, sin llegar a dirigir el trabajo de tales trabajadores. Que alude la inspectora después a los cometidos del Sr Adolfo , así como al hecho de que los ordenadores sean de la empresa Telefónica, así como a la realización de los exámenes en aulas de formación de esta empresa, la placa de ésta y que el personal se identifique como de telefónica, señalando que lo cierto es que a través de la contrata, Telefónica ha cedido el ejercicio de una actividad, servicio de gestión personalizada para el Gobierno Vasco, siendo Telefónica quien responde en último término ante el cliente principal, resultando indiferente la percepción que puedan tener los usuarios de los trabajadores de la subcontrata (incluso llegando a ser una cuestión de imagen a fin de evitar confusión por parte de los usuarios ante el convencimiento de que se dirigen al proveedor principal de su Administración, en este caso Telefónica), porque ello no puede alterar la percepción de los hechos. Y así, concluye la inspectora que no es posible acumular indicios suficientes para entender que el presente supuesto denota una cesión ilegal.

11º.- Que las órdenes e instrucciones de trabajo las da Dominion a sus trabajadores, así como la confección de los calendarios y jornadas de trabajo, se realiza la formación de los trabajadores, así como la organización de las vacaciones, ausencias, etc, sustituyéndose entre ellos en los procesos de IT, permisos y vacaciones, siendo la Sra Trinidad la que lo realiza (testificales de los Sres Ovidio , coordinador nacional de CGPs y del trabajador Sr Jacinto).

12º.- Que con fecha de entrada de 9 de noviembre de 2012 los actores, y otros dos trabajadores más, así como el Sr Ricardo , como Secretario General de la CNT, interponen denuncia ante la Inspección de Trabajo, sellada en el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por infracción del artículo 44.1 del ET (folios 190 y siguientes). Que no consta comunicación a las empresas de esta denuncia. Que con fecha 23 de noviembre de 2012 los descritos interponen denuncia a la Inspección de Trabajo, sellada en el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por infracción de su legítimo derecho a la huelga y las actuaciones que se habían llevado a cabo por los trabajadores de constitución de la sección sindical y nombramiento de delegado sindical (folios 221 y siguientes). Que no consta comunicación a las empresas de esta denuncia. Que con fecha 6 de febrero de 2013 la inspección de trabajo cita a la empresa Cominion (folio 757 de los autos).

13º.- Que por medio de burofax de fecha de imposición de 13 de noviembre de 2012, folios 195 y siguientes, se comunica por la CNT a las tres empresas codemandadas la comunicación a la empresa de la constitución de la Sección Sindical y el nombramiento de Delegado Sindical al Sr Benigno , y al Sr Cornelio como propaganda, así como otros dos cargos a otros dos trabajadores de la empresa, Sres Carlos Daniel y Jacinto . Que el burofax con esta comunicación fue recogido por la empresa Telefónica el día 14 de noviembre de 2012 a las 17:53 horas. Que por la empresa Entelgy fue recogido el día 15 de noviembre de 2012, a las 11:08 horas. Que por la empresa Dominion fue recogido el 15 de noviembre de 2012, a las 10:04 horas, en la sede de Madrid.

14º.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se registra en el Gobierno Vasco el acta de Constitución y Estatutos de la Sección Sindical de CNT en la empresa Dominion, folio 210 de los autos.

15º.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se nombra al Sr Cornelio como nuevo delegado sindical con motivo del despido del anterior delegado Sr. Benigno , comunicándose a las empresas codemandadas que lo recogieron en fecha 16 de noviembre de 2012 a las 18:26 horas, la empresa Telefónica, el día 19 de noviembre de 2012, a las 18:33 horas, la empresa Entelgy; y el día 19 de noviembre de 2012, a las 10:26 horas, a la empresa Dominion, en el domicilio de Madrid. Que al folio 718 se hace constar que se entrega al Sr Apolonio , ingeniero de explotación de la empresa Dominion, y se niega a recogerlo.

16º.- Que con fecha 26 de noviembre de 2012 se levanta acta de la reunión mantenida entre la empresa Dominion y la Sección Sindical de la CNT, folios 231 y 232, dándose por reproducida, en la que actúa como Delegado de la Sección Sindical el Sr. Cornelio .



17º.- Que con fecha 3 de diciembre de 2012 se remite mail por Don Jacinto , como Delegado de la sección sindical de CNT a la Sra Brigida que a partir de ahora las futuras comunicaciones se harán a su correo desde su cuenta. Que con fecha 4 de diciembre de 2012 y desde la CNT CGP Vitoria se remite mail a Doña Brigida para solicitud de reunión.

18º.- Que al folio 722 de los autos aporta la empresa Dominion lo que dice que es albarán de envío a Vitoria de la documentación sobre la no superación del período de prueba del Sr Benigno .

19º.- Que con fecha 14 de noviembre de 2012 estaba convocada huelga general en España, secundándola los actores, y los otros dos trabajadores Don Carlos Daniel y Jacinto , todos pertenecientes al Sindicato CNT, teniendo otros dos de la plantilla de la empresa el día libre (folio 754 y 755 de los autos).

20º.- Que con fecha 11 de marzo de 2013 se celebra acta de encuentro de conciliación entre CNT, la empresa y la Sección sindical de CNT (Jacinto), en el que consta que la empresa se opone a las pretensiones de la parte social y manifiesta que la empresa no tiene constancia de la correcta constitución de la Sección Sindical y por tanto, de la legitimación activa para promover el conflicto y que el centro de trabajo no tiene más de 250 trabajadores, finalizando el acto sin avenencia.

21º.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se entrega carta al actor Sr Benigno cuyo contenido literal es el siguiente:

" Muy Sr. Nuestro: Por medio de la presente, le comunicamos que el día 15 de Noviembre de 2012, rescindiremos el contrato de trabajo que mantenía con la empresa, por no superar el periodo de prueba, por lo tanto, rogamos se ponga en contacto con nosotros ya que se procederá a darlo de baja con la misma fecha, quedando a su disposición el finiquito y la correspondiente liquidación que a los efectos le corresponda Agradeciéndole los servicios prestados para esta Entidad, le saluda atentamente". Que consta la entrega de la carta al actor Sr Benigno el mismo día 15 a las 15:00 horas, y rehusando éste firmarla, lo acreditan dos testigos, Don Apolonio y Sr Victoriano . Que consta en los autos la liquidación y finiquito.

22º.- Que con fecha 30 de noviembre de 2012 el actor Sr. Cornelio recibe carta cuyo contenido literal es el siguiente:

" Muy Sr. Nuestro: Por medio de la presente, le comunicamos que el día 30 de Noviembre de 2012, rescindiremos el contrato de trabajo que mantenía con la empresa, por no superar el periodo de prueba, por lo tanto, rogamos se ponga en contacto con nosotros ya que se procederá a darlo de baja con la misma fecha, quedando a su disposición el finiquito y la correspondiente liquidación que a los efectos le corresponda Agradeciéndole los servicios prestados para esta Entidad, le saluda atentamente".

23º.- Que con fecha 30 de noviembre de 2012 el trabajador Don Victoriano también recibe carta de la empresa igual que la del anterior, por no superación del período de prueba.

24º.- Que con fechas 2 y 14 de enero de 2013 se celebraron respectivamente los preceptivos actos de conciliación de los actores Sres Benigno y Cornelio , dándose ambos por finalizados con el resultado de sin avenencia.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Benigno y D. Cornelio formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Se estima, en parte, el recurso de suplicación interpuesta por la representación legal de D. Benigno y D. Cornelio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz, de 29 de julio de 2013, dictada en sus autos nº 21/2013 y acumulados, seguidos a instancia de los hoy recurrentes, frente a Dominion, Instalaciones y Montajes, SA, Entelgy Consulting SA, Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU, sobre despido, en el que también es parte el Ministerio Fiscal; en consecuencia, confirmando la desestimación de la pretensión principal de la demanda, estimamos la subsidiaria, declarando que los demandantes han sido objeto de un despido improcedente el 15 de noviembre de 2012 (D. Benigno) y el 30 de este mes (D. Cornelio), debiendo comunicar éstos a esta Sala, en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, si optan porque, de haber readmisión, ésta sea en Dominion, Instalaciones y Montajes SA, o en Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU (estimando que es por ésta, si nada se dice en dicho plazo); y, una vez comunicada esa elección por esta Sala a esas empresas, condenamos a la elegida a que readmita a los demandantes y les pague los salarios de tramitación, a razón de 43,83 euros/día en el caso de D. Benigno , y a 44,95 euros/día en el de D. Cornelio , salvo que en los cinco días siguientes a esa notificación, comunique a esta Sala que opta por pagarles una indemnización de 2.334,24 euros a D. Benigno y de 4.605,49 euros a D. Cornelio . La condena al pago de la indemnización y de los salarios de tramitación hasta la opción por la readmisión se impone solidariamente a la empresa por la que no opten los trabajadores. Se confirma la plena absolución de Entelgy Consulting SA. Sin costas.».



CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, las respectivas representaciones procesales de Dominion Instalaciones y Montajes SA y de Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU interpusieron recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron mediante escritos fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Málaga de fecha 3 de abril de 2003, Sala Social del TSJ de Canarias, sede en Sta. Cruz de Tenerife, de fecha 23 de noviembre de 2007, Sala de lo Social de Cataluña de fecha 20 de noviembre de 2003, y por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 17 de julio de 2007 .

QUINTO.- Se admitieron a trámite los recursos, y tras ser impugnados por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso de Telefónica Soluciones Outsourcing SAU debe ser declarado procedente y el recurso de Dominion Instalaciones y Montajes SA. debe ser declarado parcialmente procedente. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de diciembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al anunciar la anterior designada, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión litigiosa, planteada en este recurso, se contrae en primer lugar a determinar si hubo o no cesión ilegal de trabajadores entre Dominion y Telefónica y en segundo lugar a resolver si hubo o no sucesión de empresas, y en su caso, si resulta o no válido el periodo de prueba pactado con los trabajadores al suscribir el contrato con la segunda contratista, y su trascendencia en cuanto a su consideración como despido improcedente el practicado por dicha contratista al no superar los trabajadores dicho periodo de prueba.

2. La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de marzo de 2014 (rec. 130/2014), con fundamento en el hecho de haberse producido una sucesión empresarial entre Entelgy y Dominion respecto de la contrata con Telefónica y resultar entonces inválido el periodo de prueba pactado, ha entendido que se ha producido un despido, calificado de improcedente, al mismo tiempo estima que hubo cesión ilegal de los trabajadores a Telefónica y termina declarando, con revocación de la sentencia de instancia, el despido improcedente de los actores y el derecho de estos a optar, en caso de readmisión, entre hacerlo en Dominion o Telefónica con condena solidaria de éstas al abono de la pertinente indemnización, si optaran por su abono.

SEGUNDO.- 1. Contra la referida sentencia, se formula recurso de casación para la unificación de doctrina por: Telefonica Soluciones de Outsourcing SAU y Dominion Instalaciones y Montajes SA.

2. El recurso formulado por Telefónica Soluciones de Outsourcing SA, plantea un solo motivo en el que impugna la declaración de cesión ilegal de trabajadores que hace la sentencia recurrida. Telefónica es adjudicataria, entre otras, del servicio integral de telecomunicaciones Centro de Gestión Personalizada del Gobierno Vasco. La empresa Dominion Instalaciones y Montajes SL resulta adjudicataria de Telefónica para la prestación de servicios a través de los centros de gestión personalizada.

Como antecedentes de hecho para resolver sobre la existencia de cesión ilegal deben destacarse los siguientes:

Telefónica contrató con el Gobierno Vasco la prestación de los servicios de Centros de Gestión Personalizada (CGP), junto con otros servicios, y subcontrató con la empresa Dominion la prestación de los de CGP, lo que obligó a la subcontratista a arrendar a la anterior subcontratista sus instalaciones para tener un servicio de soporte, mientras realizaba el proceso de migración al local que había arrendado al efecto y que estaba acondicionado para prestar en él los servicios, como efectivamente hizo pasados tres meses colocándose a la puerta del nuevo local, también, una placa con el logotipo de Telefónica. En ese centro, dedicado a la gestión de incidencias de los sistemas informáticos del Gobierno Vasco en materia de telefonía fija, routers, gestión de redes de telefonía y datos, la subcontratista empleó a nueve trabajadores de su plantilla, estando atribuida la responsabilidad del funcionamiento técnico a dos de ellos y llevando las cuestiones de personal un responsable de la empresa subcontratista, quien da a su personal la formación adecuada, organiza su actividad, dirige, ordena y controla la misma y tiene en el centro un coordinador de personal que controla y organiza la jornada laboral, vacaciones, ausencias, permisos, bajas por enfermedad etc.. La subcontratista organiza el trabajo mediante una estructura de coordinación a nivel nacional que elabora los manuales de actuación y fija las instrucciones técnicas y pautas de actuación para cumplir con las condiciones de las contratas con Telefónica para lo que, a nivel nacional, la subcontratista tiene responsables concretos de proyecto de todos los centros de CGP que dan las instrucciones técnicas a todos los centros CGP. En el centro de trabajo Telefónica tiene un responsable que se limita a controlar la prestación del servicio, sin entrar en ningún aspecto relativo a la ejecución de la contrata, sin dar órdenes a los empleados de la contratista, cuyos



operadores son sometidos, una vez al año, a un examen técnico en Madrid por Telefónica. En el centro de trabajo la subcontratista pone el mobiliario, teléfonos fijos y otros elementos, pero los equipos informáticos y ordenadores pertenecen a Telefónica cuya intranet y correo electrónico usa la subcontratista.

3. Como sentencia de contraste, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, se trae por la recurrente la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de julio de 2007 (rec. 685/2007), recaída en un proceso de reclamación de cantidad en el que se discutía la existencia o no de cesión ilegal entre dos empresas que habían celebrado un contrato de telemarketing. En ese caso el actor venía prestando servicios, como operador de telemarketing para atender el servicio de atención al cliente 24 horas de la empresa principal. La actividad se desarrollaba en las instalaciones de la empresa principal, empleando su línea telefónica, ordenadores y la aplicación informática. Además las partes habían pactado que la segunda fase de ejecución del contrato se llevaría a cabo en una plataforma de la contratista. Esta empresa ejercía las funciones de organización y dirección del personal, impartiendo instrucciones para el trabajo diario, controlando asistencia, bajas, libranzas, etc. mediante coordinadores. Igualmente impartía la formación necesaria y efectuaba auditorías de las llamadas, seguimientos de las quejas e incidencias de los clientes, aunque hubiese también una trabajadora de la empresa principal para tareas de coordinación. Con los datos expuestos la sentencia de contraste llega a la conclusión de que se trata de una verdadera contrata y no de una cesión ilegal de mano de obra.

4. En primer lugar, al tratarse de la concurrencia de un requisito de orden público procesal que condiciona la viabilidad del recurso, procede examinar si las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 de la LJS. En este sentido conviene recordar la doctrina de la Sala sobre la materia, según ella: la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01], 26-3-02 [rec. 1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos nos obliga a concluir, cual informa el Ministerio Fiscal, que las sentencias comparadas son contradictorias, por cuanto han resuelto de forma diferente supuestos de hecho y de derecho sustancialmente idénticos. En efecto, en ambos casos se trata de contratas cuyo objeto consiste en la prestación de servicios de atención al cliente, más complicados técnicamente en el caso de la recurrida; en ambos supuestos la empresa contratista facilitaba a la subcontratista la línea telefónica, ordenadores y aplicaciones informáticas; en los dos casos la subcontratista organizaba y dirigía el trabajo de su personal, al que daba formación, instrucciones, fijaba jornada laboral, organizaba vacaciones, daba permisos, pagaba su retribución y frente al que ejercía facultades disciplinarias, labores cuya ejecución la empresa principal se limitaba a controlar. Sin embargo, pese a esa identidad sustancial, las pretensiones formuladas, aunque eran idénticas han recibido respuestas distintas. Esa igualdad sustancial no quiebra por la concurrencia de algunas diferencias. En este sentido, el que el local fuese costado por la subcontratista robustece la existencia de contradicción porque en el supuesto de la de contraste lo ponía, inicialmente, la empresa principal, razón por la que existiría contradicción *"a fortiori"*. Así mismo, el que en la puerta del centro de trabajo de la subcontratista hubiese una placa con el logotipo de Telefónica sólo indicaba a quien se prestaban los servicios desarrollados en ese centro, al igual que el hecho de que los trabajadores se identificasen como servidores de Telefónica revelaba que los servicios de atención al cliente se prestaban por cuenta de Telefónica, como suelen hacer todos los servicios de atención al cliente, por cuanto se identifican no como empleados del servicio, sino de quien lo ha contratado para atender a sus clientes. Lo relevante en estos casos no es lo que diga el trabajador que informa al cliente que llama, sino quien organiza, dirige y paga su trabajo con autonomía, aunque siguiendo lo comprometido en el pliego de condiciones de la contrata.



5. El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado, a las infracciones jurídicas cometidas, alega la infracción del artículo 43-2 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina unificada que sostiene que no existe cesión ilegal cuando la empresa cedente tiene su propia organización, tiene los medios necesarios para el logro de sus fines y ejerce las funciones propias de su actividad organizando el trabajo de sus empleados, pagándoles, controlando su trabajo y ejerciendo funciones disciplinarias.

Para resolver la cuestión planteada conviene recordar los hechos enjuiciados, esto es la forma en la que se ejecutaba la subcontrata. En tal sentido conviene destacar que la subcontratista que tiene una organización a nivel nacional, realizaba la actividad contratada en un inmueble alquilado al efecto y amueblado por ella y con líneas telefónicas fijas a su cargo. La actividad era organizada por ella que elaboraba manuales de actuación a nivel nacional, daba instrucciones técnicas y fijaba las pautas de actuación para cumplir las condiciones de la contrata al frente de cuya ejecución tenía en el local un coordinador técnico bajo cuyas órdenes directas estaban los trabajadores empleados allí, quienes recibían la formación necesaria de la subcontratista, quien fijaba el calendario laboral, la jornada laboral, organizaba las vacaciones, daba permisos, etc. etc. a través de la coordinadora que tenía en el centro, donde existía un controlador de servicios nombrado por Telefónica que, simplemente, realizaba labores de control y no intervenía en la ejecución de la contrata. Los ordenadores y equipos informáticos eran de Telefónica, quien facilitaba su intranet y el correo electrónico y una vez al año sometía a un examen técnico a los operadores de la contratista, pero no a los responsables técnicos.

Con tales antecedentes fácticos, cual ha informado el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso por no haber existido cesión ilegal, pues la subcontratista es una empresa real que tiene su propia organización y no se limita a poner a disposición de la empresa que la contrata el trabajo de sus empleados, que son formados por ella y trabajan bajo sus órdenes directas, sometidos a su disciplina, siguiendo sus instrucciones y con arreglo a los manuales de actuación y procedimientos establecidos por la dirección técnica de la empresa a nivel nacional. La organización del trabajo por la subcontratista y la gestión que realiza de la labor de sus empleados es reconocida por la sentencia recurrida que, sin embargo, estima que existe cesión ilegal porque la contratista no pone los medios materiales esenciales para la ejecución de la contrata, argumento que no es acogible porque la supuesta cedente ilícita ha puesto medios materiales (muebles e inmuebles) que eran necesarios para la actividad y lo que es más importante, ha puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata, su "saber hacer" (know how) como empresa en la prestación de servicios en CGP. El que Telefónica aportase ordenadores y equipos informáticos no tiene la trascendencia que se le pretende dar porque, dada la índole del servicio contratado, atención personalizada a un cliente concreto, la prestación del servicio requería acceder a los datos de la empresa contratante sobre el cliente, los servicios contratados por él y la forma de prestarle el servicio y de solucionar sus problemas, cual apuntamos en nuestra sentencia de 15-4-2010 (R. 2259/2009). Por lo demás, es normal que la empresa contratista no se interfiera en la ejecución de la contrata, por la subcontratista, pero si que controle que el servicio se presta correctamente, así como, la preparación técnica del personal empleado una vez al año. Finalmente, cual se dijo antes, es irrelevante que el logotipo de la empresa principal figure en la puerta del centro de trabajo, pues se trata de un CGP que tiene por fin sólo prestar atención a un cliente de Telefónica, al igual que el personal que trabaja en él, razón por lo que lo relevante no es a quien se presta el servicio, sino quien lo organiza, dirige, responde de sus prestación y cobra por ello (la empresa subcontratista).

Por todo lo razonado procede estimar el recurso examinado, declarar que no ha existido cesión ilegal y casar y anular la sentencia recurrida en ese particular, lo que excusa de examinar el motivo del recurso de Dominion que tenía el mismo fin.

TERCERO.- 1. El recurso de Dominion Instalaciones contiene otros dos motivos: uno sobre la revisión de los hechos declarados probados que hace la sentencia recurrida y el otro sobre la inexistencia de sucesión de empresa.

2. El primero de los motivos del recurso no puede prosperar por falta de contenido casacional, ya que, el recurso de unificación de doctrina es un recurso extraordinario cuya finalidad es unificar las doctrinas dispares que en supuestos semejantes se hayan aplicado llevando a soluciones diferentes, razón por la que el artículo 224-2 de la LJS excluye, expresamente, la aplicación del apartado d) del artículo 207 de la Ley citada del posible contenido del escrito interponiendo el recurso de casación unificadora, como ya ha señalado esta Sala, entre otras en sus sentencias de 21 de octubre de 2014 (R. 169/2013) y 4 de febrero de 2016 (R. 1630/2014). En la última de estas sentencias se dice:

«Por lo demás, conviene reiterar la antigua doctrina de la Sala sobre la falta de contenido casacional que tienen las cuestiones relativas a los hechos declarados probados y su revisión por error. En este sentido la Sala ha señalado con reiteración que "la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [sentencias de 14 de marzo de 2001 (R.



2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), y 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006)], pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta (sentencia de 9 de febrero de 1.993 (R. 1496/1992), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006), 2 de julio de 2007 (R. 1251/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 1909/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 3137/2006), 5 de diciembre de 2007 (R. 3071/2006), 5- 12-2007 (R. 1928/2004), 17 de junio de 2008 (R. 67/2007), 30 de junio de 2008 (R. 1385/2007), 30 de junio de 2008 (R. 2639/2007), 17 de julio de 2008 (R. 2929/2007), 15 de diciembre de 2008 (R. 178/2008), 29 de enero de 2009 (R. 476/2008), 23 de febrero de 2009 (R. 3017/2007), 1 de junio de 2010 (R. 1550/2009), 5-12-2011 (R. 905/2011) y 5 de marzo de 2013 (R. 4280/2011)".

"La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso» [STS 17 de diciembre de 1991 (R. 953/1991) y 29 de enero de 2009 (R. 476/08)]".».

3. En el segundo motivo del recurso, combate la declaración de la sentencia impugnada sobre la existencia de una subrogación empresarial del art. 44 ET .

A los efectos que aquí interesan, conviene recordar que en la sentencia recurrida consta probado que los demandantes habían prestado servicios para la empresa Entelgy Consulting SA mediante sendos contratos de duración determinada, y cuando Dominion resultó adjudicataria del servicio asumió a los trabajadores que efectuaban los servicios de gestión de CGP, una de las tres áreas contratadas con Telefónica por el Gobierno Vasco. La sentencia recurrida afirma que se ha producido una subrogación empresarial porque lo transmitido es la contrata como entidad económica, la cual mantiene su identidad esencial, como un conjunto de medios organizados para llevarla a cabo, lo que supone el deber de subrogación de Dominion en las relaciones laborales de los trabajadores empleados en la contrata por el anterior contratista. Dicha sucesión invalida el nuevo contrato de trabajo concertado y el periodo de prueba pactado, cuya no superación fue la causa de los despidos que se declaran improcedentes por falta de causa.

Se trae como sentencia de contraste para este motivo, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 23 de noviembre de 2007 (rec. 656/2007), recaída en un proceso de despido que tanto en la instancia como en suplicación se declara procedente. En concreto, el actor había suscrito un contrato de obra o servicio determinado con la empresa demandada para el servicio de mantenimiento del aeropuerto de La Palma, habiendo realizado esas funciones anteriormente con tres empresas distintas. Fue despedido por no superar el periodo de prueba. Los medios materiales eran propiedad de AENA, empresa principal. La sentencia de contraste no considera aplicable el art. 44 ET porque el mantenimiento lo asume otra empresa en la que no hay sucesión de plantilla, pese a que ambas empresas ejecuten trabajos similares, pues el mantenimiento descansa fundamentalmente en la mano de obra y no se acredita la contratación de las personas empleadas en la anterior empresa, sólo lo han sido el actor y tres más.

4. La aplicación de la doctrina de la Sala reseñada anteriormente, sobre las identidades que deben concurrir para que se pueda apreciar la concurrencia de contradicción doctrinal, nos lleva a estimar que las sentencias comparadas para viabilizar el presente motivo del recurso no son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS.

En efecto, partiendo de los hechos declarados probados, resulta que la recurrente, al hacerse cargo de la contrata, aparte de usar elementos materiales de la empresa principal y de la anterior contratista, incorporó a su plantilla al personal laboral que su predecesora había empleado en la ejecución de la contrata. Este hecho constituye un elemento diferenciador que impide apreciar la existencia de contradicción doctrinal entre las sentencias comparadas, porque en la sentencia de contraste la nueva contratista sólo contrató a cuatro empleados de la anterior, mientras que en el presente caso incorporó a todos. Este dato es de importancia vital, pues, con independencia de la transmisión o uso de medios materiales de la anterior contratista, la contratación de todos los empleados en la contrata por su anterior adjudicatario puede ser reveladora de la existencia de una sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantillas.

CUARTO.- Los fundamentos precedentes obligan, cual ha informado el Ministerio Fiscal a estimar recurso de la empresa contratista y en parte el de la otra demandada y a casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la declaración de existencia de una cesión ilegal que dejamos sin efecto a la par que confirmamos



el resto de sus pronunciamientos. Sin costas y con devolución a las recurrentes de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 130/14 . 2. Estimar en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Dominion Instalaciones y Montajes, SA contra la misma sentencia. 3. Consecuentemente, casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la existencia de cesión ilegal de mano de obra, particular en el que la casamos y anulamos dejando sin efecto la declaración que hace sobre la existencia de esa cesión ilegal. 4. Confirmar la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos. 5. Sin costas y con devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos para recurrir. 6. Dese a las consignaciones efectuadas para recurrir el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1670/2014.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1670/2015 para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará seguidamente, en el que fue punto central de la deliberación, es decir, en el análisis de la existencia de contradicción, pues **atendiendo a las circunstancias objetivas concurrentes y de acuerdo con la doctrina unificada de la Sala IV/TS, entiendo, debió apreciarse la existencia de falta de contradicción.**

Y es en este sentido que, como se adelanta, fundo este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1.- La cuestión litigiosa planteada en este trámite procesal, se contrae en primer lugar a determinar si hubo o no sucesión de empresas entre ENTELGY y DOMINION -sucesivas contratistas de TELEFÓNICA-; y en su caso, si resulta o no válido el periodo de prueba pactado con los trabajadores al suscribir el contrato con la segunda contratista, y su trascendencia en cuanto a su consideración como despido improcedente el practicado por dicha contratista al no superar los trabajadores dicho periodo de prueba. La segunda cuestión se centra en determinar si hubo o no cesión ilegal de trabajadores entre DOMINION y TELEFÓNICA.

2.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de marzo de 2014 (rec. 130/2014), con fundamento en el hecho de haberse producido una sucesión empresarial entre ENTELGY y DOMINION respecto de la contrata con TELEFÓNICA y resultar entonces inválido el periodo de prueba con la consecuencia de entender que se ha producido un verdadero despido, calificado de improcedente; y al mismo tiempo estimar que hubo cesión ilegal de los trabajadores a TELEFÓNICA, termina declarando, con revocación parcial de la sentencia de instancia, el despido improcedente de los actores y el derecho de estos a optar, en caso de readmisión, entre hacerlo en DOMINION o TELEFÓNICA con condena solidaria de éstas al abono de la pertinente indemnización, si optara por su abono.

SEGUNDA.- Contra la referida sentencia, se formula recurso de casación para la unificación de doctrina por: TELEFONICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING SAU, y DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES SA.

El recurso formulado por TELEFÓNICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING S.A, plantea un solo punto de contradicción por el que impugna la declaración de cesión ilegal de trabajadores que hace la sentencia recurrida. TELEFÓNICA es adjudicataria, entre otras, del servicio integral de telecomunicaciones Centro de Gestión personalizada del Gobierno Vasco. La empresa DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES S.L. resulta adjudicataria de TELEFÓNICA para la prestación de servicios a través de los centros de gestión. La



sentencia recurrida se ha dictado en un proceso de despido de dos trabajadores de DOMINION que solicitan la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia por haberse acordado en periodo de prueba.

Por lo que se refiere al motivo planteado por la empresa principal, son de destacar los siguientes hechos probados: En la oficina 115 figura una placa de TELEFÓNICA y allí prestan servicios nueve trabajadores de DOMINION coordinados por una trabajadora de TELEFÓNICA; también se encuentra el responsable o jefe de proyectos de esta empresa del centro de gestión. Los operadores se presentan como personal de TELEFÓNICA, empresa a la que pertenecen los equipos informáticos, ordenadores, etc, y también el correo electrónico y la intranet. El trabajo se organiza a nivel nacional mediante unos manuales con instrucciones y pautas de actuación establecidos por TELEFÓNICA. La adjudicataria aporta sus medios personales y materiales, organiza esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirige, controla y ordena, abona los salarios y ejerce el poder disciplinario. Asimismo DOMINION organiza las vacaciones, ausencias, los trabajadores se sustituyen entre ellos en los procesos de incapacidad temporal, permisos y vacaciones. La sentencia recurrida ha revocado en este punto la de instancia y declara que hay cesión ilegal de trabajadores entre ambas codemandadas, para lo cual destaca que DOMINION solo aporta la mano de obra y su gestión pero no los medios esenciales para la ejecución del servicio, que se lleva a cabo con los equipos informáticos de la empresa principal y en un local que se presenta al público como de TELEFÓNICA aunque sea propiedad de la adjudicataria. Los trabajadores también se identifican como empleados de esta última; reciben la formación de TELEFÓNICA, que les impone controles anuales de capacidad efectuados en sus sedes. En el local de DOMINION se encuentra el responsable de TELEFÓNICA para ese centro realizando labores de control del servicio mientras se ejecuta el trabajo, no en función del resultado posterior.

TELEFÓNICA, designa como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de julio de 2007 (rec. 685/2007), dictada en un proceso de reclamación de cantidad en el que se discute la existencia o no de cesión ilegal entre ZARDOYA OTIS y la empresa SERVICIOS TELEMARKETING S.A. (SERTEL). El actor venía prestando servicios como operador de telemarketing con SERTEL para atender el servicio de atención al cliente de 24 horas de ZARDOYA OTIS. La actividad se desarrollaba en las instalaciones de la empresa principal, empleando su línea telefónica, ordenadores y la aplicación informática. Además las partes habían pactado que la segunda fase de ejecución del contrato se llevaría a cabo en una plataforma de SERTEL. Esta empresa ejercía las funciones de organización y dirección del personal, impartiendo instrucciones para el trabajo diario, controlando asistencia, bajas, libranzas, etc. mediante coordinadores. Igualmente impartía la formación necesaria y efectuaba auditorias de las llamadas, seguimientos de las quejas e incidencias de los clientes aunque hubiese también una trabajadora de la empresa principal para tareas de coordinación. Con los datos expuestos la sentencia de contraste llega a la conclusión de que se trata de una verdadera contrata y no de una cesión ilegal de mano de obra.

Del **análisis de la contradicción**, entre los supuestos aquí comparados pueden apreciarse diferencias significativas. En el caso de la sentencia recurrida los trabajadores de la empresa contratista prestan servicios en un local de la principal y se identifican como personal de dicha empresa. El trabajo lo organiza TELEFÓNICA elaborando manuales con arreglo a pautas de actuación e instrucciones técnicas establecidas en la contrata. Dos personas forman parte de esa estructura a nivel nacional, una de las cuales comunica las instrucciones técnicas a todos los Centros de Gestión Personalizada. Los trabajadores de la contrata se someten a exámenes para emitir certificaciones anuales exigidas por TELEFÓNICA y llevados a cabo en sus sedes. En la sentencia de contraste se declara probado que la segunda fase de ejecución del contrato está previsto llevarla a cabo en la plataforma de SERTEL. Esta empresa ejerce el control efectivo del trabajo imponiendo instrucciones concretas sobre su ejecución, impartiendo la formación necesaria y controlando el desempeño efectivo del servicio mediante auditorias de llamadas. Por lo tanto, **no puede apreciarse la identidad alegada en el motivo de recurso de TELEFÓNICA porque las sentencias comparadas deciden sobre distintos supuestos de hecho.**

3.- El recurso formulado por DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES S.A. plantea tres puntos de contradicción, a saber:

A.- En primer lugar denuncia que la sentencia impugnada realiza una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio sustituyendo sin más la efectuada por el juez de instancia, lo que está prohibido en el recurso de suplicación.

Este primer motivo debe inadmitirse por **falta de contenido casacional** en la medida en que lo planteado es una materia excluida de conocimiento por esta Sala según viene declarando reiteradamente la doctrina unificada, pues la finalidad institucional de este recurso determina que no sea posible revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 23 de febrero de 2009 (R. 3017/2007), 22 de diciembre de 2010 (R. 1344/2010) y 12 de abril de 2011 (R. 3169/2010), entre otras muchas].



B.- En el segundo motivo de recurso, la parte recurrente combate la declaración de la sentencia impugnada sobre la existencia de una subrogación empresarial del art. 44 ET . En dicha sentencia se declara probado que los demandantes habían prestado servicios para la empresa ENTELGY CONSULTING S.A. mediante sendos contratos de duración determinada, y cuando DOMINION resultó adjudicataria del servicio asumió a los trabajadores que efectuaban los servicios de gestión de CGP, una de las tres áreas contratadas con TELEFÓNICA por el Gobierno Vasco. La sentencia recurrida afirma que se ha producido una subrogación empresarial porque lo transmitido es la contrata como entidad económica, la cual mantiene su identidad esencial como un conjunto de medios organizados para llevarla a cabo y supone un deber de subrogación por DOMINION en las nuevas relaciones laborales de los trabajadores empleados en la contrata por el anterior contratista. Dicha transmisión invalida el nuevo contrato concertado y el periodo de prueba pactado, cuya no superación fue la causa de los despidos.

Se selecciona como sentencia de contraste para el segundo motivo, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 23 de noviembre de 2007 (rec. 656/2007), dictada en un proceso de despido que tanto en la instancia como en suplicación se declara procedente. En concreto, el actor había suscrito un contrato de obra o servicio determinado con la empresa demandada para el servicio de mantenimiento del aeropuerto de La Palma, habiendo realizado esas funciones anteriormente con tres empresas distintas. Fue despedido por no superar el periodo de prueba. Los medios materiales eran propiedad de AENA, empresa principal. La sentencia de contraste no considera aplicable el art. 44 ET porque el mantenimiento lo asume otra empresa en la que no hay sucesión de plantilla, pese a que ambas empresas ejecuten trabajos similares, pues el mantenimiento descansa fundamentalmente en la mano de obra y no se acredita una contratación de las personas que integran la anterior empresa -solo lo han sido el actor y tres más.

Los hechos que valora la sentencia recurrida para declarar existente una subrogación empresarial son que la contrata se ejecuta con los medios materiales de la empresa principal; DOMINION ha contratado para su ejecución a quienes hacían ese trabajo en la anterior contratista; y esta última le permitió a la nueva seguir usando sus oficinas durante tres meses hasta que se acondicionara el local adyacente. En definitiva, el dato relevante en este caso es que el traspaso de la actividad va acompañado de la asunción de las relaciones laborales de quienes prestaban el servicio concreto para el Gobierno Vasco, mientras que en la sentencia de contraste la nueva adjudicataria del servicio solo contrata a cuatro personas de la anterior empresa, entre ellos el demandante, para el mantenimiento del aeropuerto.

C.- Por último, la parte recurrente plantea un tercer motivo para impugnar la declaración de cesión ilegal de mano de obra que hace la sentencia recurrida. Designa como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 2003 (rec. 4754/2003), en la se discute si el supuesto enjuiciado es de cesión ilegal de trabajadores o se trata de una auténtica contrata cuya licitud reconoce el art. 42 ET . Los demandantes en este caso fueron contratados por DIFUSIÓN TELEMARKETING GRUP S.A. (DTG) como teleoperadores para desempeñar funciones de marketing telefónico, en virtud de contrata con la empresa RETEVISIÓN. En cuanto a las condiciones de prestación de servicios se declara probado que los trabajadores prestan servicios en las instalaciones de la empresa principal, con sus medios materiales, equipos informáticos y telefonía. Los trabajadores fueron seleccionados por DGT, que se ocupó de su formación mediante monitores de dicha empresa, recibiendo enseñanzas sobre las técnicas de telemarketing propias de DGT. Los trabajadores estaban incluidos en el organigrama de esta empresa, que cuenta con sus propios coordinadores y supervisores y además "revisa y controla todas las llamadas y realiza control de calidad sobre las llamadas y conjunto de los servicios prestados". (La sentencia de contraste añade a los hechos probados otros datos como las auditorias, inspecciones y control sobre los servicios efectuada por la empresa principal o el empleo de los métodos propios de RETEVISIÓN por defecto para todo tipo de procedimientos, aunque los declara irrelevantes para el fallo por estar exclusivamente a las condiciones de trabajo descritas más arriba y recogidas en el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia). En definitiva, para la sentencia de contraste el relato fáctico evidencia «que la contratista retenía la organización, dirección y control de su propia actividad, con su propio personal (responsables, coordinadores y supervisores), asumiendo las responsabilidades propias, debiendo por todo ello considerarse, tal y como entendió el Juez "a quo", que no existió cesión ilegal de trabajadores (...).».

Para establecer la comparación entre las sentencias comparadas es preciso remitirse al examen de la sentencia recurrida hecho en el recurso de TELEFÓNICA. En el caso de la sentencia recurrida los trabajadores de la empresa contratista prestan servicios en un local de la principal y se identifican como personal de dicha empresa. El trabajo lo organiza TELEFÓNICA elaborando manuales con arreglo a pautas de actuación e instrucciones técnicas establecidas en la contrata. Dos personas forman parte de esa estructura a nivel nacional, una de las cuales comunica las instrucciones técnicas a todos los Centros de Gestión Personalizada. Los trabajadores de la contrata se someten a exámenes para emitir certificaciones anuales exigidas por TELEFÓNICA y llevados a cabo en sus sedes. Lo acreditado en la sentencia de contraste es que la empresa



contratista selecciona a los trabajadores y se ocupa de su formación específica para el servicio contratado, al tiempo que cuenta con coordinadores y supervisores que los asisten en cualquier problema relacionado con el trabajo. La empresa lleva un control de calidad sobre las llamadas y el conjunto de los servicios prestados.

Además de ello, debe añadirse en cuanto al recurso de la codemandada DOMINION que el escrito de interposición adolece de **falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción que alega**. La parte recurrente se refiere en dicho escrito a las circunstancias particulares de la sentencia impugnada pero no informa en absoluto sobre los supuestos de hecho, fundamentos y pretensiones de las sentencias contradictorias, incurriendo así en un defecto insubsanable determinante de la inadmisión del recurso según dispone el art. 225.4 LRJS y viene declarando reiteradamente la Sala IV.

TERCERA.- 1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010). Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

En consecuencia, como queda dicho, la contradicción exigida por el art. 219 de la LRJS, no se aprecia entre las sentencias comparadas en el presente caso.

2.- Resumiendo, y como ampliamente se ha expuesto, respecto al recurso formalizado por TELEFÓNICA entiendo que debió apreciarse falta de contradicción entre las sentencias comparadas por no darse las identidades del art. 219.1 LRJS; en particular, en el supuesto de la sentencia recurrida consta que el servicio se lleva a cabo en un local de la empresa principal; los trabajadores se identifican como personal de esta; reciben su formación de TELEFÓNICA, que exige exámenes anuales que certifiquen su capacidad, los cuales se realizan en la sede de dicha empresa. Lo acreditado en la sentencia de contraste es que una fase de la ejecución del servicio se realiza en el local de la empresa adjudicataria, la cual además imparte la formación necesaria y las instrucciones sobre el concreto trabajo, controlando su ejecución efectiva mediante auditorias de llamadas.

3.- Y respecto al recurso de DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES S.A, debió apreciarse el incumplimiento manifiesto e insubsanable de un requisito necesario para recurrir por falta de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción como exige el art. 224.1 a) LRJS, al no realizar la parte recurrente un examen comparativo de hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias que muestre la concurrencia de las identidades del art. 219.1 LRJS. Además, en relación al primer motivo de recurso, se aprecia falta de contenido casacional por plantearse la materia relativa a la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida lo cual es contrario a la doctrina de la Sala IV según SSTs, entre otras de 23 de febrero de 2009 (R. 3017/2007), 22 de diciembre de 2010 (R. 1344/2010) y 12 de abril de 2011 (R. 3169/2010).

Por último, respecto a los motivos segundo y tercero, se aprecia falta de contradicción entre las sentencias comparadas por no darse las identidades del art. 219.1 LRJS. En particular, -motivo segundo-, en el supuesto de la sentencia recurrida se acredita que la nueva contratista y empleadora de los actores asume a todos los trabajadores de la anterior empresa que realizaban la rama concreta de actividad, mientras que en la sentencia de contraste consta la contratación de cuatro trabajadores, entre ellos el demandante, por la nueva contratista para llevar a cabo el servicio de mantenimiento del aeropuerto. Y en el motivo tercero, en el caso de la sentencia recurrida consta que los trabajadores se identifican como personal de la empresa principal y reciben su formación de TELEFÓNICA, que exige exámenes anuales que certifiquen su capacidad, los cuales se realizan en la sede de dicha empresa; en tanto que en la sentencia de contraste consta que el proceso de selección y formación está a cargo de la empresa contratista, la cual cuenta con supervisores y coordinadores además de llevar a cabo un control de todas las llamadas y el conjunto de los servicios prestados.

En definitiva, los recursos adolecen de causa de inadmisibilidad: **falta de contradicción, falta de contenido casacional y falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción** en los términos que queda



expuesto. Por ello, y **siguiendo la doctrina unificadora elaborada por esta Sala IV/TS**, al no existir motivo jurídico alguno para apartarse de ella, en este trámite procesal, debieron desestimarse los recursos formulados, sin entrar en el examen de los motivos de fondo al impedirlo la cuestión previa.

Es en el sentido expuesto que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 10 de enero de 2017.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, así como el voto particular emitido por la Excmo. Sra. Magistrada D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ