

Roj: **STS 1014/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1014**Id Cendoj: **28079140012017100136**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/02/2017**Nº de Recurso: **227/2015**Nº de Resolución: **109/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 8147/2014,**
STS 1014/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Wincor Nixdorf SL representada por el letrado D. Rafael Muñoz de la Espada Palomino contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 343/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos núm. 982/2013, seguidos a instancias de D. Romualdo contra Unitono Servicios Externalizados SA, Wincor Nixdorf SL, Profesional Staff ETT SA y Ministerio Fiscal sobre Despido. Ha comparecido como parte recurrida D. Romualdo representado y asistido por el letrado D. Fernando Lujan de Frias.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Wincor Nixdorf, S.L. y Unitono Servicios Externalizados, S.A., suscribieron el 18 de diciembre de 2003 un contrato de servicio de atención al cliente (Call Center) que se incorpora como documento 1 de aquella para atender todas las llamadas entrantes en el Help Desk Técnico de Wincor Nixdorf, S.L.

2º.- Don Romualdo suscribió el 3 de diciembre de 2007 con la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción para prestar servicios como teleoperador en el servicio de atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc., según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf el 18 de diciembre de 2003.

3º.- El 1 de febrero de 2008 suscribieron ambas partes nuevo contrato de trabajo duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinada identificada como atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnic, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc, según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf.



4º.- Durante su vinculación con Unitono Servicios Externalizados, S.A Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica y por correo electrónico de averías sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, dando la incidencia cuando por el tenor del asunto correspondía.

5º.- Wincor Nixdorf, S.L. dio por concluido el contrato suscrito con Unitono Servicios Externalizados, S.A. con efectos de 18 de diciembre de 2009 ante la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa, a través de otra entidad, comunicándoselo el 23 de octubre de 2009.

6º.- Unitono Servicios Externalizados, S.A. comunicó a Don Romualdo el 23 de noviembre de 2009 la terminación de su contrato de trabajo con efectos de 18 de diciembre de 2009, haciéndose efectiva la terminación del vínculo.

7º.- El 23 de diciembre de 2009 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización del soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos por acumulación de tareas en el área de monitoring por el cambio de call center a Alemania, con duración hasta el 22 de junio de 2010.

8º.- Don Romualdo suscribió el 23 de diciembre de 2009 con la empresa Profesional Staff ETT, S.A. un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción por acumulación de tareas en el área de Monitoring por el cambio de Call Center a Alemania para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de diciembre de 2009 a 22 de junio de 2010.

9º.- Durante su vinculación con Profesional Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica residual y a través de informática monitorizaba, en relación con incidencias sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, trasladando la incidencia informáticamente cuando por el tenor del asunto correspondía.

10º.- El 23 de junio de 2010 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos para cubrir la obra contratada por Wincor Nixdorf, S.L. para monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contra de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), con duración hasta fin de obra.

11º.- El 23 de junio de 2010 Profesional Staff ETT, S.A. y Don Romualdo suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado identificada como "monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contrato de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de junio de 2010 a fin de obra.

12º.- Durante su vinculación con Profesionalidad Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf, para los clientes de ésta Carrefour, Deutsche Bank y la Caixa, la atención informática de incidencias sobre cajeros automáticos, monitorizando la incidencia, intentado solventarla si era posible desde su puesto y trasladando en caso de no ser posible la incidencia informáticamente para su resolución por el servicio técnico.

13º.- El 21 de junio de 2013 Profesional Staff ETT, S.A. comunicó a Don Romualdo en el curso de su jornada de trabajo la finalización del contrato de trabajo con efectos de 22 de junio de 2013.

14º.- En la misma fecha de 21 de junio de 2013 Don Romualdo remitió burofax a las entidades Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. que ejercía sus derechos de reducción de jornada y la subsiguiente concreción horaria por guarda legal de menores entre los días 6 de julio de 2013 y 26 de agosto de 2014, con horario de 00:00 a 7:00 horas. No consta la recepción por las empresas de los mencionados burofax.

15º.- Don Romualdo venía percibiendo una retribución anual de 15.768 euros.

16º.- El 4 de julio de 2013 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto el 23 de julio de 2013.

17º.- Wincor Nixdorf, S.L. tiene Convenio Colectivo propio que es el se incorpora como documento 5 de su ramo de prueba.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimo la demanda formulada por Don Romualdo , contra la empresa Profesional Staff ETT, S.A. debo declarar y declaro la improcedencia del



despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 5.265,69 euros; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 43,25 euros; y estimando en parte como estimo a demanda formulada por Don Emilio , contra la empresa Wincor Nixdorf, S.L, debo declarar y declaro la responsabilidad subsidiaria de ésta respecto de la indemnización por despido. Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Don Romualdo , contra la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A., debo absolver y absuelvo a éstas de los pedimentos de aquella.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Romualdo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos nº 982/2013, seguidos a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A. WINCOR NIXDORF S.L., PROFESIONAL STAFF ETT S.A. y MINSITERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, declaramos la existencia de **cesión ilegal** pudiendo el actor optar por prestar servicios en WINCOR NIXDORF S.L., o en PROFESIONAL STAFF ETT S.A., y manteniendo la declaración de improcedencia del despido del actor y el salario diario fijado, condenamos solidariamente a las empresas mencionadas a que, en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 18.035,25 euros. En caso de optar por la readmisión deberá abonarse al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y posterior al despido y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 111.1.b) de la LRJS y de que si se hubiese optado por la indemnización y abonado cantidad alguna en concepto de la indemnización fijada por la sentencia de instancia se realicen las compensaciones que procedan legalmente.».

Por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se dictó con fecha 15 de octubre de 2014 auto , en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Que aclaramos el fallo de la sentencia dictada por esta Sección de Sala el día 21 de julio de 2014, al resolver el recurso de suplicación 343/2014, en el procedimiento seguido a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A., WINCOR NIXDORF SL, PROFESIONAL STAFF SA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, en el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, autos nº 982/2013, en el sentido que donde dice "el abono de una indemnización de 18.035,25 euros" debe decir "el abono de una indemnización de 10.293,50 euros", manteniendo el resto de los pronunciamientos.».

TERCERO.- Por la representación de Wincor Nixdorf SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 28 de septiembre de 2011 .

CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. En el presente recurso de casación para unificación de doctrina, se cuestiona la existencia de **cesión ilegal** de mano de obra.

La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que prestó, del 3 de diciembre de 2007 al 18 de diciembre de 2009, sus servicios, como teleoperador, a una empresa del Call Center que prestaba servicios de atención al cliente a otra, Wincor Nixdorf SL, que los había externalizado. Finalizada la contrata que condicionaba la duración del contrato de trabajo el 18 de diciembre de 2009, el siguiente día 23 la empresa principal celebró un contrato de puesta a disposición con profesional Staff ETT SA, para que le facilitara personal a fin de realizar el mismo servicio y la ETT empleó al actor para ese contrato a partir del mismo día 23 con un contrato eventual por circunstancias de la producción que finalizó el 22 de junio de 2010, fecha en la que se suscribió otro hasta fin de obra. El 21 de junio de 2013 la empleadora dió por finalizado el contrato con efecto del siguiente día 22.



Frente a esta decisión, se presentó por el actor demanda que dió lugar a que recayera sentencia en la instancia declarando la improcedencia de su despido con las consecuencias legales inherentes a esa declaración con cargo a la empresa empleadora, así como la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en orden al pago de la indemnización por despido. Contra esta sentencia se presentó por el trabajador recurso de suplicación que fue estimado por la sentencia hoy recurrida que declaró que había existido **cesión ilegal**, que el actor podía optar por incorporarse a una u otra empresa y que de las consecuencias económicas de esa declaración eran responsables solidarias las dos empresas. Este pronunciamiento se basó en que se entendió que el trabajador, desde el primer día, había realizado las mismas labores para la empresa usuaria en virtud de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley por la ETT para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso que nos ocupa, conforme al art. 219 de la LJS, se trae la dictada por el mismo Tribunal el día 28 de septiembre de 2011 (RS 3192/2011). Se contempla en ella el caso de unas trabajadoras de la recurrente que prestaron sus servicios a la primera empresa con la que esta externalizó el servicio de Call Center hasta el 18 de diciembre de 2009 en que terminó la contrata que tenía con ella. Las trabajadoras presentaron demandas por despido que fueron desestimadas en la instancia por la sentencia que confirma en suplicación la de contraste. Esta sentencia fundó su decisión en que sólo había existido un contrato de trabajo para obra determinada que se había extinguido normalmente, al finalizar la obra.

3. Por el Ministerio Fiscal y por la parte actora se ha alegado que no concurre el requisito de existencia de resoluciones contradictorias que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, pues se trata de un requisito de orden público procesal sin cuya concurrencia debe inadmitirse el recurso. En tal sentido conviene recordar la doctrina de esta Sala, 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 lleva a estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 LJS, ya que contemplan hechos diferentes que dieron lugar a debates distintos. En efecto, en el caso de la sentencia de contraste la contratista era una empresa cuya actividad consistía en prestar los servicios de telemarketing que le contrataran y, además, se celebró un solo contrato para obra determinada. El supuesto de la sentencia recurrida es distinto porque la empleadora era una empresa de trabajo temporal que tenía contratos de puesta a disposición en virtud de los que celebró sucesivos contratos temporales con el actor. Estas diferencias fácticas dieron lugar a un debate diferente: el fraude en la celebración de sucesivos contratos temporales que no se dió en el caso de la sentencia de contraste. Además, como la ETT no era una empresa dedicada a prestar servicios de telemarketing, se produjo otro debate, cual es el de la existencia de **cesión ilegal** de mano de obra por la ETT que es el que, realmente, interesa a la recurrente, como empresa usuaria y beneficiaria de esa **cesión**. Consecuentemente, no existe contradicción doctrinal porque las sentencias comparadas contemplan supuestos de hecho distintos en los que se plantearon cuestiones jurídicas diferentes y el debate fue distinto. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 3957/2014), dictada en un supuesto como el de autos.

4. La falta de contradicción doctrinal habría justificado en su día la inadmisión del recurso por no cumplir un requisito de orden público procesal, cual ha informado el Ministerio Fiscal, es causa fundada para desestimar el recurso con imposición a la recurrente de las costas causadas y pérdida 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. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Wincor Nixdorf SL contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 343/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos núm. 982/2013. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Condenar al recurrente al pago de las costas y decretar la pérdida de los depósitos y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

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 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 CEJ/NOJ