



Roj: **STSJ AS 2307/2014 - ECLI:ES:TSJAS:2014:2307**

Id Cendoj: **33044340012014101568**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2014**

Nº de Recurso: **1039/2014**

Nº de Resolución: **1682/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01682/2014

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2014 0103118

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001039 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000397/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº003 de GIJON

Recurrente/s: UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL , VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL , B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U. , TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A.

Abogado/a: JUAN CARLOS CARRIL RODRIGUEZ, SANTIAGO CARRERO BOSCH

Recurrido/s: UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL , VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL , B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U. , TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A. , Juan Pablo , TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A. , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

Abogado/a: JUAN CARLOS CARRIL RODRIGUEZ, SANTIAGO CARRERO BOSCH , CARLOS MEANA SUAREZ , MARIA EUGENIA MENENDEZ BLANCO , ABOGADO DEL ESTADO

Sentencia nº 1682/14

En OVIEDO, a veinticinco de Julio de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001039/2014, formalizado por el letrado D. JUAN CARLOS CARRIL RODRIGUEZ, en nombre y representación de UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL, VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL, B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U., y el letrado D. SANTIAGO CARRERO BOSCH en nombre y representación de TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A., contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.3 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000397/2013, seguidos a instancia de Juan Pablo frente a UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL, VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL, B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U., TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A., TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Juan Pablo presentó demanda contra UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL, VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL, B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U., TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A., TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha diecisiete de Diciembre de dos mil trece .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Juan Pablo suscribió cinco contratos de trabajo de duración determinada con Televisión del Principado de Asturias SA, para prestar servicios a jornada completa con la categoría de Técnico de Imagen, al amparo del Convenio colectivo de Radio y Televisión del Principado de Asturias.

Los tres primeros contratos lo fueron de interinidad, para cubrir los periodos de vacaciones del personal y se extendieron de fecha a fecha: el primero de 23 de abril a 17 de mayo de 2007; el segundo de 23 de mayo a 23 de septiembre de 2007; y, el tercero de 24 de septiembre a 31 de diciembre de 2007.

El cuarto contrato recogía como causa de la eventualidad en la prestación del servicio el aumento de la carga de trabajo y cubrió el periodo 18 de enero a 17 de julio de 2008.

El 18 de julio de 2008 el trabajador firmó el quinto contrato de trabajo, en la modalidad contrato de obra descrita como "implantación y puesta en marcha del servicio de teletexto". El contrato con fecha inicial de finalización al 17 de octubre de 2008 fue objeto de varias prórrogas, la última comunicada por la empresa el 9 de marzo de 2009 para prorrogar el contrato hasta el día 30 de ese mes y año.

SEGUNDO.- El 1 de junio de 2009 el Sr. Juan Pablo firma contrato de trabajo con la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales SA, para prestar servicios de Operador a jornada completa, bajo la modalidad de contrato de duración determinada por obra descrita como "servicios de operación, control central y continuidad del Ente Público de comunicación del Principado de Asturias (EPCPA, TPA, RTA)", bajo las disposiciones del Convenio colectivo de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU.

Fue uno de los 19 trabajadores afectados por la decisión empresarial tomada en febrero de 2012 de reducir en un 40% la jornada laboral, por razones económicas.

TERCERO.- El mismo día 1 de junio de 2009 Televisión del Principado SA firmaba un contrato de prestación de servicios con Telefónica Servicios Audiovisuales SA, en virtud del cual esta empresa se obligaba a prestar el servicio de mantenimiento de equipos informáticos y audiovisuales empleados para la prestación del servicio de radiodifusión y televisión, el servicio técnico auxiliar de operación de control central y continuidad y el servicio técnico auxiliar de operación de enlaces móviles.

Telefónica Servicios Audiovisuales SA se obligaba a prestar el servicio con su propio personal y medios técnicos, a atender a las obligaciones de su condición de patrono, a trasladar al personal de ella dependiente la información y las instrucciones sobre riesgos, salud y seguridad laboral en el centro y con motivo de la ejecución del trabajo, las instrucciones sobre organización y funcionamiento del servicio.

El servicio de operación de continuidad quedó descrito en el pliego de condiciones técnicas como el servicio a prestar en la sala de continuidad, con el fin de llevar el control de la escaleta de emisión, la validación del material audiovisual para emisión, la ejecución de la escaleta y la inserción de grafismos, el control de retorno de aire en todas las emisiones de RPA y TPA con notificación de las incidencias a la Dirección Técnica de RPA, TPA o a la de las empresas designadas por estas.



El personal de la contratada habría de asumir estos cometidos: control permanente de la presencia de señal de audio y vídeo en las distintas modalidades de emisión; control permanente de la escaleta de emisión, anticipándose a los posibles problemas; operación de los equipos necesarios para la correcta emisión de las señales; comprobación de correcto nivel sonoro de la emisión, de la sincronía entre audio y vídeo; chequeo en cada turno de los equipos implicados en el funcionamiento de la sala y en la emisión de las señales; carga y revisión de las listas de emisión; ajuste de la lista de emisión, según indicaciones del departamento de antena y contenidos; envío de las señales a los equipos de la sala para su ingesta, monitorización y emisión; grabación, ingesta y ajuste de contenidos para su emisión; control de calidad de los contenidos ingestados; borrado de contenidos del servidor de almacenamiento, según indicaciones del departamento de antena y contenidos; gestión de la entrada y salida de directos; manejo de sistemas de rotulación y lanzamiento de gráficos de continuidad cuando la emisión lo requiera; comunicación diaria de las incidencias que se produzcan en la emisión y/o en el funcionamiento de la sala; comunicación diaria de las incidencias que se produzcan en la emisión y/o en el funcionamiento de la sala; colaboración con el personal del Ente Público de Comunicación del Principado, de TPA, de RPA o con quien designe la Dirección Técnica de TPA o RPA para la realización de pruebas de verificación de la correcta ejecución del mantenimiento o que mejoren el funcionamiento y las prestaciones de la sala de continuidad; control puntual con la sala de control central.

El servicio se habría de prestar durante las 24 horas de cada día al menos por una persona, con otra de apoyo en la franja horaria 12:30 a 21:30. Una de las personas del equipo había de actuar como responsable del mismo.

El 9 de febrero de 2012 las partes contratantes modificaron el contrato y dispusieron que el servicio se prestaría de lunes a viernes en franja horaria de 7:30 a 1:30 horas, reforzada de 11:00 a 20:00 horas, siendo sábados y domingos la franja horaria de 8:00 a 24:00 horas; añadían que la prestación de servicios sería indistinta en la sala de control central y en la de continuidad, que la adjudicataria designaría un coordinador entre el personal adscrito a los servicios de operación de control en una y otra sala.

Para ello la contratada se obligaba a elaborar protocolos de actuación, a aprobar por la contratante. También a contar con determinados sistemas (Dalet, SGI, SUN, IBM, etc) y contratar el servicio de soporte.

TERCERO.- El 1 de abril de 2013 Televisión y Radio del Principado de Asturias SA contrató con La Unión Temporal de Empresas (UTE) integrada por Vitel SA, TVSiete Productora de Vídeo SL, Videoimagen TV Asturias SL y B&S Broadcast Corporation SLU el servicio de operación y mantenimiento, que incluía el servicio de operación de control central y continuidad, a realizar por un Operador que atendería las dos salas de 7:30 a 1:30 horas de lunes a domingo, ayudado por otro más entre las 12:30 y las 21:30 horas en a sala de control central, otro de apoyo para la sala de continuidad de lunes a viernes en horario de 11:00 a 20:00 horas.

CUARTO.- El 14 de marzo de 2013 Telefónica Servicios Audiovisuales SA comunica al trabajador que con motivo de la nueva adjudicación del servicio a aquella UTE, ésta se subrogaría en los contratos de trabajo de la plantilla, por lo que el 1 de abril de 2013 dejaría de formar parte de la plantilla de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU, para pasar a la UTE integrada por TVSiete y otras.

El 21 de ese mes la UTE comunica al trabajador que en tanto que adjudicataria del concurso público para los servicios de operación y mantenimiento de equipamiento técnico y soporte de sistemas de TPA, en relación con lo dispuesto en la legislación aplicable, con efectos del día 1 de abril de 2013 se subrogaría en el contrato que tuviera con la empresa antecesora.

QUINTO.- Desde el 23 de abril de 2007 en adelante el Sr. Juan Pablo desempeñó siempre las mismas tareas de Técnico de Imagen, en las dependencias de la TPA sitas en Gijón, en la sala de Continuidad, con puntuales intervenciones en la sala de Control Central.

Se valía de una mesa de control y pantallas de tv pertenecientes a TPA, con teléfonos de TPA a su disposición y un ordenador de la misma titularidad que constituía la base de descarga del correo electrónico que en su día le facilitó Telefónica Servicios Audiovisuales SA constante el contrato de trabajo suscrito con esta empresa.

Tenía la misión de controlar que la emisión fuera correcta y continua, incluida la emisión de programación durante la noche. En ello seguía la escaleta elaborada por personal del Departamento de Antena y Contenidos perteneciente a TPA, Departamento que predeterminaba todo el contenido; recibía las noticias de Producción de Informativos de TPA, las montaba y avisaba para la grabación, las almacenaba y emitía en la hora predeterminada; ajustaba los tiempos de emisión; resolvía los pequeños fallos que surgían en la emisión y aquellos que superaban sus facultades y posibilidades los trasladaba a la Dirección de TPA o del Departamento correspondiente de esta empresa.

En la ejecución del trabajo recibía órdenes directas del personal de TPA, incluido el personal Técnico.



SEXTO.- Telefónica Servicios Audiovisuales SA contaba con un Coordinador, Eulalio , que permanecía en el centro de trabajo en horario que no superaba las 18:00 horas de lunes a viernes.

Asumía la gestión del personal destinado al servicio contratado con RTPA, en tareas distribución de los turnos de trabajo, de fijar las vacaciones de los trabajadores, conceder permisos, recibir partes de incapacidad temporal, transmitir alguna información sobre cambios de las entidades que gestionaban determinados sistemas.

El Sr. Eulalio en su papel de Coordinador se reunía con el Jefe del Área Audiovisual de TPA, Florencio , una vez al mes. Vía correo electrónico le remitía noticia de las incidencias de cierta entidad que surgían en el servicio.

Con motivo de una de esas incidencias en el mes de septiembre de 2012 TSA impuso sanción a un trabajador por lo que consideraba constituía una falta por su parte.

SÉPTIMO.- El día 17 de abril la UTE entrega al Sr. Juan Pablo comunicación de despido objetivo por causas organizativas y productivas, con efectos desde esa fecha y reconocimiento del derecho a recibir una indemnización por importe de 5.012,40, calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio. Indemnización que la recibía el trabajador.

Explicaba que estas razones motivadoras de la extinción del contrato de trabajo: (1) reestructuración del departamento de control central, (2) descompensación del número de trabajadores necesarios para prestar el servicio con la carga de trabajo existente, (3) adecuación de los servicios a prestar con lo exigido en el pliego de condiciones técnicas.

Dejaba dicho que el número de trabajadores adscrito al servicio excedía la cantidad de personal necesario para cubrirlo, como se deduce del hecho de que la antecesora en la adjudicación mantuviera a parte de la plantilla en un expediente de regulación de empleo con reducción de jornada en un 40% desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 31 del mismo mes del año 2013. Tal y como se deduce, también, de la modificación del contrato entre TPA y la antecesora, aprobada en el mes de febrero de 2012. Tal y como se deduce, así mismo, de lo recogido en el pliego de condiciones técnicas para la contratación del servicio, que establecía una la franja horaria en el control central y en continuidad de 7:00 a 1:30 horas de lunes a domingo a cargo de un Operador para ambas salas, reforzado con la presencia de otro más de 12:30 a 21:30 horas en la de control central, otro de apoyo en continuidad de 11:00 a 20:00 horas de lunes a viernes. Como se deduce, de igual manera, de la oferta realizada por la UTE, por la que resultó adjudicataria. En suma, que el servicio se recibía con 11 trabajadores y solo 6 resultaban necesarios para cubrirlo conforme demandaba TPA en el proceso de licitación pública, siendo ese el único cliente de la UTE.

OCTAVO.- TPA participó en la reunión celebrada con el Coordinador de TSA y con el Delegado de Personal de esta empresa para decidir los despidos objetivos.

TPA propuso el despido de 11 trabajadores y se acordó despedir a 6 trabajadores.

Algunos de los despedidos pasaron a prestar servicios por cuenta de TPA.

NOVENO.- El 9 de mayo de 2013 el trabajador presentó papeleta de conciliación el UMAC, en reclamación frente al despido.

Se celebró el intento de conciliación el día 17 de ese mes sin éxito a falta de agencia.

DÉCIMO.- Constante la relación laboral con TSA y con la UTE, el trabajador recibía un salario de 66,33.

DÉCIMO PRIMERO.- En el año 2013 la retribución salarial del Técnico de Imagen en la empresa TPA en cómputo anueta asciende a 17.484,12 de salario base, disponibilidad por importe de 2.621,47 y para el caso de trabajador con más de dos años de antigüedad en la empresa que haya solicitado el acceso al desarrollo profesional 2.010,56 más.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo en parte la demanda presentada por Juan Pablo frente a TELEVISIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS SA, TELEFÓNICA SERVICIOS AUDIOVISUALES SA, UTE: VITAL SA, TVSIETE PRODUCTORA DE VIDEOS SL, VIDEOIMAGEN ASTURIAS SL, B&S BROADCAST CORPORATION SL, y debo declarar y declaro:

àLa existencia de cesión ilegal de mano de obra entre las demandadas respecto del demandante desde el 1 de junio de 2009 hasta el 17 de abril de 2013.

àLa improcedencia del despido de 17 de abril de 2013.



àEl derecho del trabajador a incorporarse a la plantilla de TPA como trabajador con relación laboral de duración indefinida, si esta empresa opta por la readmisión tras el despido improcedente.

Que debo condenar y condeno a las demandadas a cumplir con las consecuencias de la improcedencia del despido, como responsables solidarias.

Que debo condenar y condeno a TELEVISIÓN DEL PRINCIPADO SA a que en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización de 14.882,79, a cuyo pago están obligadas las demandadas de manera solidaria, y se aplica la suma de 5.012,40 ya satisfechos al demandante en concepto de indemnización por despido objetivo, devengado la diferencia el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

Que debo absolver y absuelvo al FOGASA de la pretensión resuelta en esta sentencia, sin perjuicio de lo que se pueda acordar en caso de insolvencia de las condenadas al pago."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por UTE VITEL SA, TV SIETE PRODUCTORA DE VIDEO SRL, VIDEO IMAGEN TV ASTURIAS SL, B&S BROADCAST CORPORATION S.L.U., TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 6 de mayo de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22 de mayo de 2014 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda del actor declarando la existencia de una cesión ilegal así como la improcedencia del despido condenando a las demandadas Telefónica Servicios Audiovisuales, la UTE Vital SA TVSIETE Productora de Videos SL, Videoimagen Asturias SL, B&S Broadcast Corporation SL y Televisión del Principado de Asturias SA (TPA) a cumplir con las consecuencias de la improcedencia del despido como responsables solidarias y a la TPA a que opte entre la readmisión o el abono de la indemnización, se alzan en suplicación las dos primeras empresas citadas.

En primer lugar hay que dar respuesta a la alegación planteada en el escrito del trabajador que impugna el recurso de la empresa Telefónica Servicios en la que sostiene la inadmisibilidad del recurso alegando que si la sentencia declara la existencia de cesión ilegal y el derecho del actor a integrarse en la plantilla de TPA así como la improcedencia de su despido y habiendo optado TPA por el abono de la indemnización y siendo firme la sentencia frente a dicha empresa, la recurrente carece de capacidad y legitimación para impugnar una cesión que en nada le afecta ya que no la condenan a integrar en su plantilla al actor.

El motivo no prospera por cuanto la sentencia en su parte dispositiva declara la existencia de cesión ilegal entre las demandadas respecto del demandante y en el inciso final del segundo fundamento de derecho se indica que de la cesión ilegal son responsables por igual, en calidad de responsables solidarios todas las demandadas y por ello dado que la sentencia afecta a la recurrente desfavorablemente es por lo que de conformidad con lo previsto al efecto en el art.17-5 de LJS la citada empresa esta habilitada para recurrir la sentencia puesto que le perjudica.

SEGUNDO.- En estos casos en que alguno de los recursos se ha planteado algún motivo, amparado en el apartado a) del artículo 193 LRJS de 10-10-11, realizando denuncia de existencia de infracción procesal causante de indefensión debe darse respuesta prioritaria en primer lugar a tal recurso, empezando por ese motivo toda vez que, de estimarse la existencia de tal infracción procesal grave causante de indefensión, en cuanto que se debe acordar la nulidad en ese caso, reponiendo los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, con anulación de la Sentencia, y si la infracción se produjo en el acto de juicio, retro trayendo lo actuado al momento de su señalamiento (artículo 200,1 LRJS citado), ya no cabrá dar respuesta al resto de los motivos que se hayan formulado en los respectivos recursos formalizados.

Ello conduce a que, en el presente caso, se deba iniciar la respuesta por el primer motivo del recurso formulado por la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales SA que invoca la infracción de los arts.97 LJS, 248 LOPJ y 218 de LEC alegando que la sentencia presenta una total ausencia de motivación al fijar unos hechos que no guardan relación con los que han de justificar el fallo pues en ellos no se realiza mención concreta alguna que permita deslindar la actividad prestada por el actor en TSA y en la UTE, y omite cualquier referencia al periodo de tiempo que ha de considerarse para valorar si estamos ante una cesión ilegal, por corto que sea y por ello



estima que ha de retrotraerse lo actuado al momento de dictar una sentencia que recoja los hechos probados correspondientes de manera singular a la prestación de servicios para la UTE.

Al respecto hay que decir que la nulidad interesada representa una medida extraordinaria o de último grado que por razones de economía procesal ligadas al interés público del proceso y al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art.-24 de CE únicamente cabe acordarla en supuestos excepcionales cuando como consecuencia del defecto sea prácticamente imposible la correcta decisión del problema debatido o se originen situaciones de indefensión para las partes, lo que no se da en el presente caso si tenemos en cuenta que en la sentencia recurrida a largo de los fundamentos jurídicos la juez expone los razonamientos que le han llevado a la conclusión de que ha existido una cesión ilegal a lo que debe añadirse que no pueden entenderse infringidas las normas reguladoras de la sentencia en base a una pretendida insuficiencia de hechos probados que dispone de un cauce específico para su impugnación.

TERCERO.- Al no estimarse el motivo de nulidad, procede entrar a dar respuesta al motivo del recurso presentado por la UTE encaminado a la modificación del relato de hechos probados.

Este recurso postula la revisión del ordinal octavo donde consta que TPA participo en la reunión celebrada con el coordinador de TSA y con el delegado de personal de esta empresa para decidir los despidos objetivos. TPA propuso el despido de 11 trabajadores y se acordó despedir a 6 trabajadores. Algunos de los trabajadores pasaron a prestar servicios por cuenta de TPA.

Sostiene el recurso que este ultimo inciso es genérico y por ello debe ser suprimido al no tener apoyo documental en la que basarse, motivo que no procede acoger por cuanto conforme reiterada jurisprudencia sobre la materia de error de hecho no cabe alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juez.

De otro lado alega que el segundo de los párrafos esta incompleto y que debería decir que TPA saco a licitación los servicios de operación y mantenimiento del equipo técnico y soporte de sistemas en diciembre de 2012, servicios que fueron adjudicados a la UTE el 6 de marzo de 2013 con las condiciones de personal fijadas en la propuesta técnica realizada por esta, motivo que debe corre igual suerte desestimatoria ya que los datos de referencia en lo sustancial ya figuran en el tercero de los hechos probados.

CUARTO.- Finalmente, por su orden de presentación, una vez concretado el contenido probatorio final común a todos ellos, procederá dar respuesta a los motivos dedicados al examen del derecho aplicado.

El primero de ellos es de la UTE demandada en el que se denuncia la infracción de los arts.42 y 43 ET así como de lo dispuesto en los arts.52 , 53 y 55 de ET respecto de la calificación de improcedencia del despido, alegando en síntesis que de los hechos probados quinto y sexto se deduce que no estamos ante una cesión ilegal pues en primer lugar la escaleta de programación era elaborada por personal de TPA pues es quien tiene la potestad para decidir qué programación quiere emitir en base a una línea editorial por lo que los empleados del servicio de continuidad no pueden variar esa programación, siendo su labor la de controlar que la emisión fuera correcta sin que el hecho de que llegara a recibir "ordenes" del personal de TPA quiera decir per se que estemos ante una cesión ilegal.

Añade que el dar instrucciones se aleja muy mucho de lo que es la potestad organizativa y directiva de los arts.5 y 20 ET y ello junto con el uso de material propiedad de TPA no son constitutivas de la sustitución por la cadena televisiva codemandada de las funciones que como empresario principal y directo del actor tenia TSA primero y la UTE después.

El recurso tras citar y transcribir tres sentencias del TSJ de Madrid sobre esta materia sostiene que en este caso TPA saca a concurso una determinada actividad cual es el servicio de control y continuidad al que acceden los subcontratistas demandadas y pese a que los trabajadores reciban alguna instrucción de TPA al respecto en relación con la escaleta de programación, el poder de dirección se mantiene, fijando las vacaciones, tramitando las bajas y sustituciones gestionando los permisos y distribuyendo los turnos de trabajo, tal como figura en el hecho probado sexto.

De otro lado se mantiene una línea constante de comunicación (reuniones y correos electrónicos) con el jefe de área audiovisual de TPA y en definitiva concluye que no estamos ante la figura de la cesión ilegal de trabajadores del art.43 ET y sí ante una valida subcontratación del art.42 ET por lo que estima que el recurso debe ser íntegramente estimado dictándose sentencia en la que se declare la inexistencia de cesión ilegal y la declaración de procedencia de la extinción objetiva.

En el recurso de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales se denuncia la infracción de los arts.43 y 44 ET alegando en síntesis que el actor carece de acción para reclamar por la cesión ilegal por cuanto ha de realizarse vigente la cesión y en la fecha de la demanda ya no existía vínculo contractual de la recurrente con el trabajador y añade que en todo caso del relato de hechos probados y en concreto de los ordinales quinto y



sexto que transcribe a continuación, no se desprende a su juicio la situación de cesión ilegal y al efecto cita sentencias de los juzgados de lo Social de Gijón seguidos a instancias de otros trabajadores de la contrata en las que se desestiman sus pedimentos por no evidenciar en modo alguno la existencia de cesión ilegal.

Por último en lo relativo a la infracción del art.44 ET sostiene que no procede retrotraer la antigüedad del actor por contratos previos a 2009 que se firman con TPA con objetos que no guardan relación con el de las contratas sin que se haya discutido que fueran en fraude de ley y de otro lado alega que la responsabilidad que pudiera alcanzar a la recurrente en relación con una hipotética cesión ilegal se limita a la que señala el art.44-3 ET que se circunscribe durante tres años a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieren sido satisfechas, salvo cuando la cesión fuese declarada delito que no es el caso y puesto que nada se pide en relación con obligaciones anteriores a la transmisión, a nada se puede condenar a la recurrente.

QUINTO.- Al respecto hay que decir que lógicamente hemos de tomar en cuenta las resoluciones anteriores de esta misma Sala, y en particular, referidas a supuestos semejantes al actual, de modo que lo que ha de hacerse en esta resolución, como no puede ser de otro modo, es acudir al mismo razonamiento que el anteriormente expresado por esta Sala. Esta es la vía, por seguridad jurídica, que permite evitar pronunciamientos contradictorios.

Pues bien la doctrina de la Sala, en las sentencias dictadas en los RSU 408 , 719 y 731/14 firmes en la actualidad, se declaraba que no existía cesión ilegal de trabajadores en las contratas de TPA con las empresas demandadas, que es el mismo supuesto que el ahora contemplado y si ya en dichas resoluciones, se venía a entender que no existía cesión ilegal, es claro que esta misma solución ha de aplicarse en el caso presente.

Sobre la cuestión planteada, debemos decir que la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido declarando que en cuanto a los efectos de la cosa juzgada en su vertiente positiva, como vinculación que en un proceso posterior puede tener lo ya resuelto en otro anterior, siempre estuvo dotado de mayor flexibilidad, no exigiéndose en él la identidad objetiva, propia del efecto negativo y asimismo, la doctrina unificada del Alto Tribunal ha declarado que "la sentencia que, en el propio pleito, desconoce otra anterior que adquirió firmeza, vulnera los principios de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 9.3)" y hasta tal punto se ha considerado que el efecto positivo de la cosa juzgada forma parte del Derecho público, al obligar a juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, que ha sido reconocida su apreciación de oficio por el Tribunal (sentencias de esta Sala de 15 de abril y 19 de mayo de 1.992 , 30 de abril de 1.994 , 29 de septiembre de 1.994 , 29 de mayo de 1.995 , 23 de octubre de 1.995 , 27 de enero de 1.998 , 17 de diciembre de 1.998 , 29 de marzo de 1.999 , 8 de febrero de 2.000 , 13 de octubre de 2.000 , 6 de marzo de 2.002 , y 14 de junio de 2.011). Apreciación de oficio que ha considerado, si cabe, "más apropiada en el proceso laboral donde normalmente se plantean cuestiones repetitivas que derivan de una relación de tracto sucesivo y no sería coherente que por falta de alegación o prueba en un segundo pleito se pudieran hacer pronunciamientos distintos a lo ya determinado en una sentencia anterior " (*sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1.995*) .

En suma, tal como continúa recordando el Alto Tribunal, la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada no impide que se dicte sentencia en el segundo juicio; pero "vincula al tribunal del proceso posterior (art.22.1 y 421.1 LEC) y, por tanto, le obliga a seguir y aplicar los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior" (*sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1.995 , y 14 de octubre de 1.999*); "la eficacia material de la cosa juzgada se ampara, como se dice, en el principio de seguridad jurídica que deriva de valor superior de la igualdad que propugna el artículo 1.1 de la Constitución Española " (STS 15/4/92 [RJ 1992/2656]).

Aplicando dicha doctrina al caso de autos, se plantea aquí en primer termino la existencia o no de una cesión ilegal y la solución a ello viene condicionada -por efectos de la cosa juzgada en su vertiente positiva- como queda dicho mas arriba por las sentencias dictadas el 25 de abril (RSU 408/14), 20 de mayo (RSU 719/14) y 30 de mayo (RSU 731/14) que resolvieron de manera firme el aspecto discutido ahora de nuevo: la existencia de una cesión ilegal y al haber obtenido ya respuesta con efectos de cosa juzgada en tales procesos así ha de resolverse y por lo tanto a este dato debemos ceñirnos, respetando el pronunciamiento que desestimaba la declaración de cesión ilegal de trabajadores de estas contratas en sentencias que, se insiste, son firmes en este momento y que por razones de seguridad jurídica, ha de ser respetado.

En este orden de cosas la sentencia de la Sala dictada en el RSU 408/14 dice lo siguiente: " .. Dicho esto cabe añadir que en el fundamento tercero de su sentencia, el juez de instancia, partiendo, como no podía ser de otra manera, del contenido de su versión de lo sucedido, que ha quedado inmodificada, razona que: "... los servicios de mantenimiento técnico de los equipos adscritos al ente publico de comunicación del Principado de Asturias.. en base a los cuales facturaban las contratistas a su principal... y estas labores ajenas a las propias e inherentes del personal de TPA, por mas que necesarias en su funcionamiento, no es que precisen



de una coordinación entre ambas demandadas, que efectivamente la había, sino que la principal es la que lógicamente determina el cuando y el donde deben realizarse los servicios de control central y de continuidad dado que se hace en sus dependencias, desarrollando labores de grabación de imágenes y emisiones en diferido, controlando la calidad antes de la emisión, la continuidad y la escaleta de visión de la programación diaria para lo que es lógico se utilizara material de trabajo de TPA..., el que supervise la realización de tales labores y compruebe que estas se llevaron a cabo de la manera correcta y exigida, tampoco es un dato que pueda desvirtuar la naturaleza de la contrata ya que lógicamente la principal llevara un control. No se trata por tanto de que TPA dirija los trabajos y ejerza el poder de mando y dirección directo sobre el personal de TSA o de la UTE con independencia del personal de dirección o jefatura de estas ultimas, que son además las que organizaban el trabajo estableciendo los turnos, vacaciones, permisos y licencias..., sino que aquella como principal es la que controla y supervisa los trabajos realizados por la contratista.... La asunción de la contrata por parte de TSA primero y de la UTE después, no queda limitada a una simple puesta a disposición de trabajadores para que la TPA los destine al puesto de trabajo que tenga por conveniente, sin asumir ningún riesgo empresarial ni responsabilidad alguna por el trabajo desempeñado por sus trabajadores, sino que obedece a una verdadera prestación de servicios y con una estructura empresarial real y efectiva dedicada a la realización de tales actividades, servicio que se externalizó en tanto es lícita con carácter general la denominada descentralización productiva."

Sentado lo anterior, tenemos que los presupuestos fácticos en que se apoya el motivo, en el que, básicamente, se hace valer que las empresas subcontratistas no aportan organización propia alguna limitándose a prestar a los trabajadores para que trabajen a las ordenes de TPA, con los medios e instalaciones de TPA y bajo la supervisión del personal de TPA, son datos que no se deducen de la versión de lo acaecido que el juez de instancia hizo suya y que no ha sido desvirtuada, por lo que, este motivo ha de correr suerte adversa pues, teniendo en cuenta lo realmente acreditado, no es dable afirmar que la contrata de servicios que vinculó a las empresas codemandadas, iniciada en junio de de 2.009 y a que hace méritos los ordinales tercero y sexto de la premisa histórica de la sentencia recurrida, se apartara en este caso del objeto que justificó su celebración como expresión lícita de un proceso de descentralización productiva, encubriendo, como la demanda rectora de autos sostiene, un fenómeno interpositorio por el que el empresario formal ocultase al real."

Por lo expuesto, no cabe sino aplicar el criterio expuesto, dada la identidad de supuestos contemplados entre la sentencia referida y el caso ahora examinado.

SEXTO.- En lo que hace al despido por causas organizativas comunicado al trabajador demandante el 17 de abril por la UTE codemandada y al que se opone el actor en el hecho noveno de la demanda, procede señalar con su escrito de impugnación que en el relato fáctico de la sentencia se recoge el contenido de la carta de despido pero no se declaran probadas las causas alegadas por la empresa en la comunicación de extinción del contrato ni en el recurso se solicita la inclusión de los datos necesarios para justificar las causas del despido y siendo ello así no cabe sino confirmar la improcedencia, debiendo cumplir con las consecuencias del despido exclusivamente la empresa que procedió al mismo, pues la responsabilidad solidaria establecida en la sentencia de instancia respecto a las demandadas se basa en la existencia de cesión ilegal y al declararse la inexistencia de esta solo cabe la condena de la empresa que despidió.

Finalmente en cuanto al tiempo de prestación de servicios, como quiera que no ha habido cesión ilegal, hemos de tomar en consideración que el actor inició su relación laboral con la empresa Telefónica SAU el 1 de junio de 2009 en la que se subrogo la UTE con lo que el periodo comprende desde esta fecha hasta el 17 de abril de 2013 en que el trabajador fue despedido, calculándose la indemnización sobre un modulo de 45 días de salario por año de servicio desde aquella fecha hasta el 11 de febrero de 2012 y de 33 días por año de servicio desde el 12 de febrero de 2012 hasta el despido, siendo el salario regulador el declarado probado en la sentencia de 66,33 euros/día, cálculos que arrojan un resultado s.e.u.o., de 10.649 euros para cuyo pago tal como indica la sentencia procede tener en cuenta que el trabajador recibió en concepto de despido objetivo de la UTE, la suma de 5.012,40 euros que debe reintegrar en caso de readmisión.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Se estima el recurso formulado por la empresa TELEFÓNICA SERVICIOS AUDIOVISUALES SAU y en parte el planteado por la UTE VITEL S.A., TV SIETE PRODUCTORAS DE VIDEO SLU, VIDEOIMAGEN TV ASTURIAS SL Y B&S BROADCAST CORPORATION SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de Gijón en los presentes autos seguidos sobre cesión ilegal y despido a instancias de D. Juan Pablo y siendo demandadas las citadas empresas y la TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, que se revoca en el sentido de declarar que no ha habido cesión ilegal entre las



demandadas y el demandante, absolviendo a las empresas de dicha pretensión y que el trabajador ha sido objeto de un despido improcedente condenando a la empresa demandada UTE VITEL SA a que en plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización de DIEZ MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS (10.649) a la que se aplica la suma de 5.012,40 euros ya satisfecha al demandante en concepto de indemnización por despido objetivo, devengando la diferencia el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago, pretensión de despido de la que se absuelve a las empresas TELEFONICA SERVICIOS AUDIOVISUALES S.A. y TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

Se absuelve al FOGASA sin perjuicio de lo que se pueda acordar en caso de insolvencia de la empresa condenada al pago.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, también en el campo concepto, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Están **exentos** de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.



Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ