



Roj: **STSJ AS 2680/2014 - ECLI:ES:TSJAS:2014:2680**

Id Cendoj: **33044340012014101818**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2014**

Nº de Recurso: **1300/2014**

Nº de Resolución: **1858/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 01858/2014

#### **T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2013 0005939

010200

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0001300 /2014

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 984/2013 del JDO. DE LO SOCIAL nº 3 de OVIEDO

**Recurrente/s:** Luis Francisco , Abel

**Abogado/a:** CARLOS MUÑIZ SEHNERT

**Recurrido/s:** CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA SA, CARGOFRIO LOGIST SL

**Abogado/a:** MARIA MONTOTO GARCIA, PEDRO MENENDEZ PRIETO

Sentencia nº 1858/2014

En OVIEDO, a diecinueve de septiembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN **1300/2014**, formalizado por el Letrado D. Carlos Muñiz Sehnert, en nombre y representación de D. Luis Francisco y D. Abel , contra la **sentencia** número 62/2014 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de OVIEDO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 984/2013, seguido a instancia de ambos



recurrentes frente a las entidades mercantiles CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA SA, representada por la Letrada D<sup>a</sup> María Montoto García y CARGOFRÍO LOGIST SL, representada por el Letrado D. Pedro Menéndez Prieto, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** D. Luis Francisco y D. Abel presentaron demanda contra las empresas CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA SA y CARGOFRÍO LOGIST SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 62/2014, de fecha siete de febrero de dos mil catorce .

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

**1º.-** Los demandantes, cuyas circunstancias personales respectivas constan en el encabezamiento de la demanda rectora, vienen prestando servicios con la categoría de carretilleros de 2<sup>a</sup> contratados por la empresa Cargofrío Logist S.L. el 22 de febrero de 2013 con carácter indefinido a tiempo completo, haciéndolo en el centro de trabajo sito en C/ Langreo nº 12 El Berrón, Siero, con respeto de la antigüedad que tenían adquirida en la anterior empresa adjudicataria de la contrata de la principal (Capsa) Logística Berrón Noreña S.L. (LOBENOR), respectivamente 1 de diciembre de 2009 ( Abel ) y 23 de noviembre de 2009 ( Luis Francisco ).

Devengan un salario bruto día de 55,60 en cómputo anual.

No consta que ostenten o hayan ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

**2º.-** Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. - Capsa se dedica a la fabricación y comercialización de productos lácteos con distintas fábricas en España, 2 en Asturias; al no disponer de naves propias en Asturias para almacenar productos de frío, desde el año 2000 tiene subcontratada o externalizada la actividad de su almacenaje, depósito, carga y descarga de los productos de frío con otra empresa, primero desde 30 de mayo de 2000 con Fridalsa - Frigoríficos de Alimentación S.A. ubicándose las naves de refrigeración entonces en el Polígono de Silvota - Llanera, después (en las mismas naves actuales - El Berrón, C/ Langreo 12) con Lobenor desde 18 de mayo de 2009 y en la actualidad con Cargofrío Logist S.L.

El contenido de la contrata ha sido siempre el mismo todos estos años, y la forma de realizar la actividad subcontratada por el personal de la adjudicataria igualmente no ha variado; los actores sólo han estado adscritos a la ejecución de la actividad subcontratada por Capsa, incluso cuando don Abel trabajó para Fridalsa de 1 de marzo de 2008 en adelante.

La nave de Fridalsa en Silvota - Llanera era de mayor tamaño que la actual y se almacenaban productos de empresas ajenas a Capsa.

Lobenor por su lado próxima a la nave donde se almacenaban productos sólo de Capsa, tenía otra dedicada al almacenaje en frío de productos de otras mercantiles.

Cargofrío Logist S.L. sólo trabaja en la actualidad para la principal CAPSA.

**3º.-** Los actores cuando eran personal de LOBENOR recibieron en mayo de 2010 formación e información a cargo de Capsa en materia de prevención de riesgos laborales: riesgos asociados a la actividad de carretillero de almacén, normas de seguridad en el uso y manejo de carretillas elevadoras, situaciones de riesgo derivadas de su trabajo para el personal de empresas concurrentes (Capsa).

Mientras han sido personal de Cargofrío Logist S.L. ello no ha sucedido, empresa ésta que según publica el Registro Mercantil es unipersonal siendo su socio único Asesores y Consultores de Empresa del Principado de Asturias S.L. (Aslodis S.L.).

Aslodis se constituyó el 21 de febrero de 2013 y Cargofrío Logist S.L. el 27 de diciembre de 2012.

**4º.-** Capsa tiene convenio colectivo propio, de empresa para el centro de trabajo de Granda - Siero (fábrica).

En ninguna de las actas del Comité de Empresa de Capsa se trató el tema de la eventual cesión ilegal a la misma de los trabajadores de Fridalsa, Lobenor o Cargofrío Logist S.L.

Además de los dos de autos, otros trabajadores de Cargofrío Logist S.L. han demandado por cesión ilegal, así Leopoldo , Patricio , Severiano y Carlos José , bajo la misma dirección letrada, estando señalado el juicio de éstos ante el juzgado de lo social nº 6 de Oviedo (demanda 1030-13) para el próximo 23 de septiembre de 2014 a las 10:25 horas. Han demandado así 6 de la plantilla de 8-9.



**5º.-** En la nave de El Berrón presta servicios personal de Capsa en turnos de Lunes a Viernes de mañana y tarde, y sábados por la mañana; el personal de Cargofrío Logist S.L. lo hace en turnos de mañana, tarde y noche, existiendo también turnos partidos de refuerzo.

Uno y otro personal realizan distintas tareas, utilizan uniformes distintos, disponen de vestuarios y comedores separados.

**6º.-** Salvo los terminales informáticos que van incorporados a las carretillas elevadoras y que pueden extraerse, Capsa no dispone de otra infraestructura material propia en el centro de trabajo de El Berrón.

Cargofrío Logist S.L. abona los siguientes gastos para el desarrollo de la actividad contratada por Capsa:

-El concierto de los servicios de Prevención Ajena contratado con MC Prevención (Prevención Técnica y Vigilancia de la Salud).

- El suministro y consumo eléctrico contratado con Endesa para la nave de El Berrón (importes de 8.972,14 , 9.401,03 , 7.137,69 , etc.).

- El servicio de vigilancia y seguridad de las instalaciones de El Berrón contratado con Prosegur España S.L.

- El alquiler de los terrenos destinados a aparcamiento de los empleados (1.700,00 mes) a la propiedad, ajena a Capsa.

- El arrendamiento de ciertas instalaciones a la propiedad, ajena a Capsa (1.600,00 mes).

-El seguro multirriesgo de la actividad de almacenaje de productos lácteos y sus derivados con cámaras frigoríficas, contratado con Generali Seguros (primas trimestrales de 1.393,55 ).

-El arrendamiento de las naves industriales a Lobenor (9.500,00 mes + I.V.A.). Lobenor está en Concurso.

- El vestuario laboral de sus operarios. Las nóminas y cotizaciones sociales de éstos.

- El servicio de control y prevención de la legionelosis (cuota mes de 149,56 ).

-Los servicios de retirada y gestión responsable de residuos generados que tiene contratados Cargofrío con Contemax, de importes varios: 2.509,35 , 2.793,91 , 3.696,63 , ....

- El alquiler de las carretillas y apiladores contratado con Llana Carretillas (8.119,10 mes).

- Los recibos de Telefónica Móviles, France Telecom, Asesoría Laboral, limpieza de las naves (Limpiezas La Senda S.L.), mantenimiento y reparación de las cámaras frigoríficas, reparaciones y suministros eléctricos, revisión de los extintores de las instalaciones, reparaciones y reposiciones de material precisas en éstas (mamparas, tubos de aspiración, puertas metálicas, ...), la formación de sus operarios, la instalación de cámaras de videovigilancia, los servicios que le presta Cogersa, los que tiene contratados con Rentokil (control de plagas), los servicios informáticos que le presta Didaltec Norte S.L.L., sus gastos bancarios, etc.

**7º.-** Los operarios de Cargofrío tienen que rellenar hojas de control horario y asistencia que supervisa su empleadora. Cargofrío fija los turnos, descansos, permisos y vacaciones de su personal, tiene un encargado en el centro, Artemio , que además de trabajar como carretillero de 2ª también cursa instrucciones al personal dependiente de Cargofrío Logist S.L. mediante teléfono móvil de empresa vía whatsapp.

**8º.-** El preceptivo acto conciliatorio previo de autos se celebró el 2 de octubre de 2013 con el resultado de tenerse "por intentado sin efecto", no constando al acto citadas las demandadas, presentándose la demanda el 8 de octubre de 2013.

Luis Francisco fue despedido el 3 de enero de 2014, despido disciplinario efectuado por Cargofrío que al parecer tendría impugnado.

**9º.-** Los servicios subcontratados por Capsa comprenden en esencia:

La carga y descarga de camiones, con recepción y almacenaje del producto en las cámaras frigoríficas, controlando niveles de stocks, temperatura de las cámaras, almacenaje de palets y control y administración del parque de palets, limpieza regular de las instalaciones y gestión de residuos.

Ninguna de estas actividades es realizada por el personal propio de Capsa en el centro de El Berrón.

Por la noche sólo tienen entrada en el centro camiones con producción de la fábrica propia de Capsa en Granda - Siero, al transportista ajeno a Capsa los operarios de Cargofrío le sellan la entrega y recepción de la mercancía con el sello de Capsa en documentación emitida por la misma Capsa a efectos del debido control por ésta de que la mercancía entró en el centro de almacenaje de productos de frío.



El personal de Cargofrío en los demás turnos ha de acondicionar en camiones la carga que los clientes de Capsa (Mercadona, Alimerka, etc.) le demanden (pedidos) a ésta, siguiendo al efecto las instrucciones concretas del transportista o camionero ajeno a Capsa. Los pedidos en cuestión son previamente preparados por el personal de Capsa (operadores de picking refrigerada) del centro de El Berrón, que con unas carretillas más pequeñas (apiladores) recogen de los estantes los pedidos (unidades de yogures, etc.), los embalan y encintan, y según la etiqueta que utilizan al efecto el personal de Cargofrío ya sabe donde debe llevarlos y cargarlos.

Los operarios de Cargofrío tienen instrucciones por razones de seguridad de no aproximarse demasiado a los operarios de picking de Capsa que realizan este otro cometido. Los operarios de picking también tienen en los apiladores que emplean unos terminales o pantallas informáticas que les dicen qué productos han de retirar de los estantes, apilar y encintar o etiquetar, terminales que son propiedad de Capsa al igual que los que manejan los operarios de Cargofrío en las carretillas elevadoras si bien los últimos reciben en ellos otro tipo de información distinta, en concreto la preferencia en la carga y descarga de los camiones que está a su vez en función de las necesidades de comercialización de sus productos por Capsa, de los pedidos mismos que recibe de sus clientes, del carácter o naturaleza del producto a almacenar en las cámaras y estantes disponibles, y similares.

Según la información que reciben en sus terminales los operarios de Cargofrío realizan su labor, si bien tienen cierta autonomía, por ejemplo pueden decidir almacenar en distinto lugar del sugerido por el sistema informático.

También cargan y descargan productos que van o vienen de otras fábricas de Capsa por razones de comercialización.

Todos estos movimientos comerciales se centralizan en las oficinas administrativas de Capsa en Granda, desde allí los que conciernen al centro del almacenaje de productos de frío de El Berrón "se lanzan" a los encargados y personal de almacén de frío de plantilla de Capsa, que se ubican en un área administrativa del centro de El Berrón, cuya cesión de uso a Capsa se contempla asimismo en el contrato mercantil de prestación de servicios entre las partes, y desde allí se emiten a los terminales de carretilleros de Cargofrío y operarios de picking de Capsa los movimientos y tareas a realizar cada uno que lógicamente han de estar coordinadas aunque sean diferentes.

En alguna ocasión si se produce alguna incidencia sobrevenida (anulación de un pedido, alteración de su mayor o menor urgencia, ...), los movimientos transmitidos a los terminales del personal de Cargofrío y a los del personal de picking de Capsa quedan sin efecto o se varían merced a notas manuscritas que se les entregan.

Las naves de El Berrón desde fecha que se ignora están sólo rotuladas con el anagrama de CAPSA.

Si puntualmente algún operario de picking para hacer sus labores propias no alcanza a coger cierta mercancía por hallarse en un estante muy superior al que el apilador le permite acceder, pide ayuda a un carretillero de Cargofrío S.L. aunque por su formación específica pudiese utilizar también el operario de picking de Capsa la carretilla elevadora que manejan los operarios de Cargofrío.

**10º.-** Cargofrío cotiza por su encargado a razón de una base de 2.084,61 mes, por los demás carretilleros a razón de una base de 1.671,33 mes. Los encargados de almacén de Capsa en el centro de El Berrón le participan a él si no van a precisar los servicios de Cargofrío en algún turno, si van a llegar menos camiones, si precisan de algún cambio en la dinámica de trabajo por puentes o festivos, .... Cargofrío según lo participado se organiza con su propio personal.

Capsa no vigila ni supervisa el quehacer laboral en sí de los operarios de Cargofrío, controlando sólo la asistencia y cumplimiento horario de su propio personal dependiente: 3 encargados o jefes de equipo de almacén, 4 almaceneros y 7 operarios de picking, que trabajan a turnos de mañana y tarde teniendo como superior todos a Lázaro .

**11º.-** La clave de acceso como usuario de la terminal es proporcionada por Capsa a su personal y al de Cargofrío Logist S.L.

**12º.-** Pascual y Simón , personal de Capsa y representantes de CC.OO., mantienen o han mantenido pleitos con Capsa, así el primero demandó por "Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, tutela del derecho fundamental de no discriminación, y de los derechos a la propia imagen y libertad sindical", viendo desestimada su pretensión por sentencia de 14 de junio de 2012 (autos 467-12) dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Oviedo (firme). Y el segundo ha interpuesto querrela a título personal contra Capsa relacionada con una sanción que se le habría impuesto por Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A.



**13º.-** En el almacén de la fábrica de Granda donde sólo se deposita producto de ambiente de Capsa no trabaja personal de Cargofrío, sólo de Capsa. Nunca lo hizo tampoco personal de Fridalsa o de LOBENOR.

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda formulada por don Luis Francisco y don Abel , debo absolver y ABSUELVO de sus pretensiones a las empresas demandadas Cargofrío Logist S.L. (CIF B.24.645.459) y Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. - CAPSA (CIF A.03.161.270).

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Luis Francisco y Abel 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 30 de mayo de 2014.

**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de junio 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.-** La representación letrada de los actores formula recurso contra la sentencia de instancia que desestima su demanda sobre cesión ilegal.

El recurso contiene un primer motivo en el que al amparo del art. 193 b) de la LJS postula la revisión del ordinal segundo del relato fáctico, con el fin de que se añada allí que el contrato suscrito entre las empresas Capsa y Cargofrío Logist SL tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, modificación que aunque fundamentada documentalmente (folio 217), no debe ser admitida por no tener relevancia en orden a variar el signo del fallo, tal como luego se razonará.

Con igual amparo procesal postula el recurso que en el ordinal tercero se añada que la empresa Asesores y Consultores de Empresa del Principado de Asturias SL (Aslodis) es sociedad unipersonal cuyo único socio es Baltasar , que tiene un capital social de 5.000 euros y domicilio en C/ Matadero s/n de León y que su objeto social es: servicios independientes, fiscal, laboral, contable y financiero, agencia inmobiliaria, explotaciones hosteleras, salones de peluquería y belleza y explotación de servicios de limpieza, pretensión que no prospera puesto que lo relevante es el objeto social de la empresa codemandada Cargofrío Logist que en la propia documental invocada en el motivo, consta (folio 151) que se dedica a servicios de logística, almacenaje, manipulación y preparación de pedidos y distribución de todo tipo de productos a almacenes y grandes superficies.

En el siguiente motivo de error de hecho interesa el recurso que se modifique el último párrafo del ordinal quinto donde se dice que el personal de Capsa y el de Cargofrío disponen de vestuarios y comedores separados, se haga constar que en la nave existe un solo comedor y vestuarios con capacidad para 30 personas, censura fáctica que no resulta atendible por cuanto en el contrato figura (folio 218) que Cargofrío se compromete a poner a disposición de Capsa unos vestuarios y un comedor para 30 personas y de dicho documento no se deduce por sí solo que en la nave haya un solo comedor y un solo vestuario y en todo caso la prueba testifical practicada en el juicio ha servido a la juez para formar su convicción respecto al hecho de que los trabajadores de ambas empresas no comparten vestuarios ni comedor.

**SEGUNDO.-** En el cuarto motivo postulan los recurrentes que en el hecho probado sexto se adicione el dato de que la empresa Lobenor fue declarada en concurso voluntario mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 28 de junio de 2013 , en el procedimiento concursal 29/13, motivo que no se acoge habida cuenta de que alegando el recurso que este dato es trascendente por ser la empresa que venía prestando los servicios objeto de litigio con anterioridad a Cargofrío y para la que también prestaron servicios los demandantes, es lo cierto que ambos datos ya figuran en los ordinales primero y tercero de relato fáctico por lo que resulta innecesario introducirlos.

**TERCERO.-** Con igual amparo procesal postula que se adicione al hecho probado noveno el contenido íntegro del contrato de depósito suscrito entre Capsa y Cargofrío el 13 de mayo de 2013, pretensión basada en la documental del contrato que obra a los folios 217 a 219 que no resulta atendible por cuanto conforme jurisprudencia sobre la materia de error de hecho la parte recurrente debe señalar el punto específico de contenido de cada documento que ponga de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone ( Sentencia de 3 de mayo de 2001 ) y en este caso el recurso no especifica qué parte del documento no se recoge que considera trascendente limitándose a solicitar la inclusión íntegra del contrato.



**CUARTO.-** En el último motivo de censura fáctica postula el recurso que en el hecho décimo donde consta que Cargofrío tiene un encargado, que se organiza con su propio personal y que Capsa solo supervisa la asistencia y cumplimiento horario de su propio personal sin vigilar ni supervisar el quehacer laboral de los operarios de aquella empresa, se añade con apoyo en la documental de los folios 222 y 223, el contenido de las tareas del jefe de equipo de plataforma de Capsa, motivo que no prospera puesto que en el ordinal noveno ya se dice que los movimientos comerciales se centralizan en las oficinas administrativas de Capsa en Granda, desde allí los que conciernen al centro de almacenaje de El Berrón se "lanzan" a los encargados y personal de almacén de frío de plantilla de Capsa que se ubican en un área administrativa del centro de El Berrón cuya cesión de uso a Capsa se contempla en el contrato mercantil suscrito entre ambas empresas y desde allí se emiten a los terminales de carretilleros de Cargofrío, por lo que ya están suficientemente descritas las funciones del jefe de equipo de Capsa que en todo caso, tal como se indica en la documental invocada, coordina y realiza el seguimiento del personal a su cargo que como queda dicho más arriba es el de Capsa y en cuanto a la coordinación en materia de prevención de riesgos laborales, señala con acierto el escrito de impugnación de la empresa Capsa que al existir operarios de dos empresas en el mismo centro de trabajo según la LRPL ello obliga a llevar a cabo dicha coordinación.

**QUINTO.-** Con amparo en el art. 193 c) de la LJS se denuncia la infracción del art. 43-2 del ET alegando que del relato de hechos probados con las modificaciones que se solicitan cabe destacar que los demandantes realizan su actividad como carretilleros efectuando trabajos de carga y descarga de Capsa exclusivamente, pues la empresa Cargofrío solo trabaja en la actualidad para Capsa añadiendo que los trabajadores desde febrero a mayo de 2013 estaban contratados sin solución de continuidad de la empresa anterior Lobenor por Cargofrío para Capsa sin que hasta mayo ambas empresas codemandadas realizaran el contrato de arrendamiento que incluía la prestación de servicio por los actores con lo que de febrero a mayo estuvieron cedidos por Cargofrío a Capsa y siendo todas las facturas de gastos de Cargofrío posteriores a junio de 2013 ello confirma que primero se contrató a los actores y en los meses posteriores se fue dando forma a la aparente subcontratación.

De otro lado del contrato de arrendamiento se desprende que Cargofrío cede toda su esencia y libertad empresarial a Capsa pues no le permite mantener una mínima organización y dirección sobre el trabajo ni una oficina administrativa y la pretendida subcontratista carece de otro centro de trabajo ni oficina ni otros contratos mercantiles con lo que es una empresa simulada que es utilizada por Capsa bajo la apariencia de verdadera subcontratación.

Sobre la forma de realizar el trabajo alega que los trabajadores de Capsa tienen una definida estructura organizativa con comedor, vestuarios, aseos, oficinas y encargado general e insiste en que Cargofrío es meramente arrendadora de las instalaciones que las cede en exclusiva a Capsa para almacenaje de productos fríos e incluye ocho personas para carga y descarga como personal propio y sin reservarse unos mínimos que le permitan atender a sus propios empleados, que trabajan en las instalaciones y organización y funcionamiento de Capsa que por el contrato de arrendamiento es el titular de ellas, sin que Cargofrío ejerza funciones inherentes a la figura de empresario.

**SEXTO.-** En el relato de hechos probados de la sentencia se hace referencia a la contrata y se reseña cómo se desarrolló la relación laboral, recogiendo lo siguiente:

- 1) La empresa Capsa que se dedica a la fabricación y comercialización de productos lácteos, al no disponer de naves propias en Asturias para almacenar productos de frío, tiene subcontratada o externalizada desde 2000 la actividad de almacenaje, depósito, carga y descarga de tales productos primero con Fridalsa en el Polígono de Silvota y después en las actuales instalaciones de El Berrón, con Lobenor desde mayo de 2009 y en la actualidad con Cargofrío Logist SL.
- 2) Los demandantes vienen prestando servicios para dicha empresa con la categoría de carretilleros de 2ª habiéndoseles respetado la antigüedad que tenían adquirida en la anterior empresa adjudicataria (Lobenor).
- 3) En la nave de El Berrón presta servicio personal de Capsa en turnos de lunes a viernes de mañana y tarde y sábados por la mañana mientras que los de Cargofrío lo hacen en turnos de mañana, tarde y noche existiendo también turnos partidos de refuerzo. Uno y otro personal realizan distintas tareas, utilizan uniformes distintos y disponen de vestuarios y comedores separados.
- 4) Salvo los terminales informáticos que van incorporados a las carretillas elevadoras y que pueden extraerse Capsa no dispone de otra infraestructura material en el centro de trabajo de El Berrón.
- 5) Cargofrío abona los siguientes gastos para el desarrollo de la actividad contratada con Capsa: el concierto de los servicios de prevención ajena contrata con MC Prevención; el suministro y consumo eléctrico contratado con Endesa; el servicio de vigilancia y seguridad con Prosegur España SL; el seguro multirriesgo de la actividad



de almacenaje de productos lácteos y sus derivados con cámaras frigoríficas contratado con Generali Seguros; los servicios de retirada y gestión responsable de residuos con Contemax; el alquiler de las carretillas y apiladores contratado con Llana Carretillas; los recibos de teléfono, limpieza de las naves, mantenimiento y reparación de las cámaras frigoríficas...

6) Los operarios de Cargofrío tienen que rellenar hojas de control horario y asistencia que supervisa su empleadora, que fija los turnos, descansos y vacaciones teniendo un encargado en el centro, Artemio, que además de trabajar como carretillero de 2ª curso instrucciones al personal de Cargofrío mediante teléfono móvil de empresa vía whatsapp.

7) Los servicios subcontratados por Capsa comprenden en esencia la carga y descarga de camiones con recepción y almacenaje del producto en cámaras frigoríficas, controlando niveles de stocks, temperatura de las cámaras, almacenaje de palets y control y administración del parque de paletas, limpieza de las instalaciones y gestión de residuos, sin que ninguna de estas actividades sea realizada por personal propio de Capsa en el centro de El Berrón.

8) Por la noche solo tienen entrada en el centro camiones con producción de la fábrica propia de Capsa en Granda; al transportista ajeno a Capsa los operarios de Cargofrío le sellan la entrega y recepción de la mercancía con el sello de Capsa en documentación emitida por Capsa a efectos del debido control por esta de que la mercancía entró en el centro de almacenaje de productos de frío. En los demás turnos el personal de Cargofrío ha de acondicionar en camiones la carga que los clientes de Capsa le demanden a esta, siguiendo al efecto las instrucciones concretas del transportista o camionero ajeno a Capsa. Los pedidos son previamente preparados por el personal de Capsa (operadores de picking refrigerada) del centro de El Berrón que con unas carretillas más pequeñas (apiladores) recogen de los estantes los pedidos, los embalan y encintan y según las etiquetas que utilizan al efecto, el personal de Cargofrío ya sabe adonde debe llevarlos y cargarlos.

9) Los operarios de picking también tienen en los apiladores que emplean, unos terminales o pantallas informáticas que les dicen qué productos han de retirar de los estantes, apilar y encintar o etiquetar, terminales que son de Capsa al igual que los que manejan los operarios de Cargofrío en las carretillas elevadoras, si bien estos reciben en ellos otro tipo de información, en concreto la preferencia en la carga y descarga de los camiones que está a su vez en función de las necesidades de comercialización de sus productos por Capsa, de los pedidos que recibe de sus clientes, del carácter o naturaleza del producto a almacenar en las cámaras y estantes disponibles, y similares y según la información que reciben en sus terminales realizan su labor y también cargan y descargan productos que van o vienen de otras fábricas de Capsa por razones de comercialización.

10) Todos estos movimientos comerciales se centralizan en las oficinas administrativas de Capsa a Granda, desde allí los que conciernen al centro de El Berrón "se lanzan" a los encargados y personal de almacén de frío de plantilla de Capsa que se ubican en un área administrativa del centro de El Berrón cuya cesión se contempla en el contrato mercantil de prestación de servicios entre las partes y desde allí se emiten a los terminales de los carretilleros de Cargofrío y operarios de picking de Capsa los movimientos y tareas a realizar cada uno que lógicamente han de estar coordinados aunque sean diferentes. Si en alguna ocasión se produce alguna incidencia como la anulación de un pedido o la alteración de la mayor menor urgencia, los movimientos transmitidos a los terminales del personal de Cargofrío y de picking de Capsa quedan sin efecto o se varían mediante notas manuscritas que se les entregan. Las naves de El Berrón desde fecha que se ignora están solo rotuladas con el anagrama de Capsa. Si puntualmente algún operario de picking para hacer sus labores propias no alcanza a coger cierta mercancía por hallarse en un estante muy superior al que el apilador le permite acceder, pide ayuda a un carretillero de Cargofrío aunque por su formación específica pudiese utilizar también el operario de picking de Capsa la carretilla elevadora que manejan los operarios de Cargofrío.

11) Los encargados de almacén de Capsa en El Berrón participan al encargado de Cargofrío si no van a precisar los servicios de Cargofrío en algún turno, si van a llegar menos camiones, si precisan de algún cambio en la dinámica de trabajo por puentes o festivos... y Cargofrío según lo participado se organiza con su propio personal.

12) Capsa no vigila ni supervisa el quehacer laboral de los operarios de Cargofrío, controlando solamente la asistencia y cumplimiento horario de su propio personal.

13) La clave de acceso como usuario de la terminal es proporcionada por Capsa a su personal y al de Cargofrío y en el almacén de la fábrica de Capsa en Granda donde solo se deposita producto de ambiente, no trabaja personal de Cargofrío, solo de Capsa y tampoco lo hicieron nunca personal de Fridalsa o de Lobenor.

**SÉPTIMO.-** En su redacción actual, dada por Ley 43/2006, el art. 43 del ET establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:



- "1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.
2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

La Exposición de motivos de la Ley 43/06 declara que su propósito es deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, para cederlos temporalmente a otras empresas, lo que solamente puede efectuarse lícitamente a través de las empresas de trabajo temporal; y para ello se incorpora al ET una definición de la cesión ilegal de trabajadores que traslada la Ley y la jurisprudencia sobre esta materia. De ahí que la jurisprudencia existente siga siendo de suma importancia para delimitar los supuestos de lícita contratación de la cesión ilegal, ya que los criterios incorporados en la ley, no son sino un compendio de los establecidos en la jurisprudencia.

En este caso, el supuesto a examinar es el último al que se refiere el precepto, relativo a la falta de ejercicio de las funciones inherentes a la condición de empresario y al efecto la jurisprudencia ha venido declarando que, aun partiendo de la premisa de que la empresa contratista es empresa real con una organización e infraestructura propias, ( Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999 ), debe acudir con fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, y en esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las Sentencias del TS 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 199 ha fijado como línea de distinción la determinación, no tanto el dato de que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba como verdadero empresario", analizando en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como auténtico empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando "nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial", añadiendo que "el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio".

En estas mismas ideas insisten las Sentencias del TS de 14 de septiembre de 2001 , 24 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 , 16 de junio de 2003 , 3 de octubre de 2005 y 14 de marzo de 2006 , que añaden que "el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios ( Sentencia de 7 de marzo de 1988 ); el ejercicio de los poderes empresariales ( Sentencias de 12 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994 ) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...)".

Viene declarando el Tribunal Supremo, que resulta relevante y decisivo para distinguir la cesión de la contrata el dato de que exista una fase o un sector de la actividad de la empresa principal diferenciado, cuya realización se encarga a un tercero; que la empresa principal prescinda de realizar esa actividad por sí misma y se limite a recibir y controlar el resultado de la ejecución por la contratista; y que en la ejecución de ese encargo, la empresa contratista o adjudicataria se responsabilice de la entrega correcta de los bienes o servicios, aporte sus medios de orden personal y material, y asuma la organización de esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirija, controle y ordene, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado. En este sentido señalan las citadas STS de 14 de septiembre de 2001 , 24 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003 , que "la actuación empresarial en





el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal".

**OCTAVO.**- En primer lugar señalar que la determinación de la existencia o no de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra tiene un carácter eminentemente fáctico, estando sujeta, por ello, a las reglas de la casuística, de suerte que la solución que proceda adoptar vendrá condicionada inexorablemente por lo que en cada proceso resulte acreditado.

Dicho esto cabe añadir que en el fundamento segundo de su sentencia, la juez de instancia, partiendo, como no podía ser de otra manera, del contenido de su versión de lo sucedido y tras indicar que los hechos probados proceden de la conjunta ponderación en conciencia de la prueba documental y la testifical practicada razona que: "...en la litis no se detecta la existencia de cesión ilícita de trabajadores, los de Cargofrío no realizan las mismas tareas que los de Capsa ni cumplen el mismo horario y jornada, no comparten comedor ni vestuarios ni prendas de trabajo, la prestación laboral no se desarrolla en instalaciones ni locales de la comitente, ni los medios materiales para ejecutar el trabajo son de la última sino que son aportados por Cargofrío que corre asimismo con el coste de sus distintas reparaciones o reposiciones y con todos los gastos para el desarrollo del objeto propio de la contrata, existiendo independencia funcional y material. La justificación técnica de la contrata es evidente y no se ha puesto en tela de juicio desde el año 2000 ni por el comité de empresa de Capsa (fábrica de Granda) ni por los operarios de Fridalsa adscritos a la misma, ni por los de Lobenor luego ni siquiera cuando esta fue declarada en concurso de acreedores. Siendo el objeto de la contrata o actividad externalizada la misma y su forma de externalización y de correlativo desarrollo por la pretendida cedente asimismo de igual contenido, es evidente que los actores podían demandar cuando lo estimaran conveniente pero lo anterior no puede dejarse de valorar cuando lo único que ha cambiado es que ahora Cargofrío, entidad de reciente constitución, solo presta servicios de momento para Capsa cuando antes Fridalsa y Lobenor lo hacían para otros clientes ajenos a Capsa, si bien que los actores solo lo hicieron en el seno de sus empresas en el marco de la contrata concertada con Capsa.... No existe mero suministro de mano de obra a la vista de que Cargofrío asume el riesgo de su actividad poniendo en cuestión su propia infraestructura empresarial: Que se dude de su solvencia no legitima a los trabajadores el ejercicio de una acción de cesión ilegal para integrarse en la plantilla de Capsa.

La pertenencia de las tareas subcontratada a la "propia actividad" de la empresa comitente, sino a la fabricación y producción de productos lácteos y sus derivados, sí a la posterior ejecución de la tarea subsiguiente de comercialización y distribución de los mismos, no es jurídicamente anómala o ilegal, sino que integra el objeto mismo de la subcontratación ( STS 15 de abril de 2010 ) y no existe cesión ilegal aunque la contrata sea peculiar especificando aspectos prestacionales que aunque no sean habituales sí que están justificados en aras al desarrollo del servicio subcontratado con las indicaciones de Capsa en orden al almacenaje, paletizado, carga y descarga de camiones, referidas no al área técnica o modo de ejecución, pero sí en cuanto al orden o preferencia de las tareas demandadas en cada momento en función de las necesidades productivas de la comitente, que de hecho para preparar pedidos tiene allí su propio personal, lo que impone la necesaria coordinación de las respectivas tareas y funciones diversas.

Como el sistema informático es de Capsa resulta irrelevante que la clave de usuario les sea proporcionada por Capsa de igual modo que se ha sentado que es irrelevante que se disponga de tarjeta de acceso a las instalaciones de la pretendida cesionaria al ser elemento imprescindible para cumplir con el contrato de arrendamiento de servicios ( STSJ Madrid 16 de marzo de 2011 ), que el personal de Cargofrío del turno de noche estampe el sello de "Capsa" en la documentación entregada a su vez al transportista asimismo subcontratado, que traslada al almacén de frío de noche la producción, mera operativa de control de la recepción, no es elemento que convierta en sí una lícita descentralización productiva en mero suministro de mano de obra y en orden al rotulado de la nave se ignora desde cuando existe, acaso ya con Lobenor para señalar a los transportistas a qué nave debían dirigirse de las dos que había al estar la de autos exclusivamente destinada al almacenaje de productos de frío de Capsa. El acuerdo comercial al efecto tampoco invalidaría la externalización. Y finalmente no consta probado que el personal de Cargofrío reciba órdenes de los operarios de picking de Capsa, no pasando la ayuda puntual que pudiesen prestarles, de una colaboración voluntaria".

Sentado lo anterior, tenemos que los presupuestos fácticos en que se apoya el motivo, en el que, básicamente, se hace valer que la empresa subcontratista no aporta organización propia ni ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario limitándose a una puesta a disposición de los trabajadores para que trabajen a las órdenes de Capsa, 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 vincula a las empresas



demandadas, iniciada en 2013 y a que hace méritos el ordinal segundo 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.

Cabe añadir aquí respecto a la alegación de que los trabajadores ya habían sido contratados por Cargofrío en febrero de 2013 y por tanto con anterioridad a la suscripción del contrato entre dicha empresa y Capsa que tuvo lugar en mayo siguiente de modo que estuvieron cedidos por Cargofrío a Capsa de febrero a mayo de 2013, que se trata de una cuestión nueva, pues ni se alega en la demanda ni en el acto del juicio, de ahí que deba rechazarse, habiendo declarado al respecto la sala IV del TS que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales ... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso» ( STS 4 de octubre de 2007 -rcud 5405/05 )" (entre otras, STS/IV 23 de abril de 2012 -rc 77/2011 , con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20 de diciembre de 2012 -rc 275/2011 ).

En definitiva y en razón a lo expuesto el recurso tiene que decaer, sin que haya lugar, por último, a la imposición de costas dada la condición laboral con que litigan los recurrentes.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Luis Francisco y D. Abel contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra las empresas Cargofrío SL y Corporación Alimentaria Peñasanta SA, sobre cesión ilegal de trabajadores, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

### *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 apercebimientos 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 a la Sra. Secretaria 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 CEREJ