



Roj: **STSJ GAL 7859/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:7859**

Id Cendoj: **15030340012014104698**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2014**

Nº de Recurso: **2698/2014**

Nº de Resolución: **5124/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO CG

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2013 0001737

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002698 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000354 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de A CORUÑA

Recurrente/s: Andrés

Abogado/a: DAVID PENA DIAZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FOGASA, NCG BANCO SA , ASISTENCIA,DISTRIBUCION Y SERVICIOS 2003 S.A. (ADYS 2003) , UNICOM COMPAÑIA DE SEGURIDAD ELECTRONICA S.L. , Emiliano , Jacinto , Ramón , Carlos Francisco

Abogado/a : ISABEL ASCENSION GIL SANCHEZ , MARIA ESPERANZA FERREIRO ABELAIRAS , MARIA ESPERANZA FERREIRO ABELAIRAS , , , MARIA DOLORES VASALLO RAPELA ,

Procurador/a : , , FERNANDO IGLESIAS FERREIRO , FERNANDO IGLESIAS FERREIRO , , , ,

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

ILMA. SRA. D^a. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a veinte de Octubre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION 0002698 /2014, formalizado por D. Andrés , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000354 /2013, seguidos a instancia de D. Andrés frente a FOGASA, NCG BANCO SA, ASISTENCIA, DISTRIBUCION Y SERVICIOS 2003 S.A. (ADYS 2003), UNICOM COMPAÑIA DE SEGURIDAD ELECTRONICA S.L., D. Emiliano , D. Jacinto , D. Ramón , D. Carlos Francisco , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª Mª ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Andrés presentó demanda contra FOGASA, NCG BANCO SA, ASISTENCIA, DISTRIBUCION Y SERVICIOS 2003 S.A. (ADYS 2003), UNICOM COMPAÑIA DE SEGURIDAD ELECTRONICA S.L., D. Emiliano , D. Jacinto , D. Ramón , D. Carlos Francisco , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha quince de Enero de dos mil catorce que desestimó la demanda.

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

1º.- La parte demandante prestaba servicios para la empresa Unicom Compañía de Seguridad Electrónica SL (en adelante Unicom) como operador de maquinas, con una antigüedad reconocida por subrogación empresarial de 28 de febrero de 2000 y percibiendo un salario mensual con prorrateo de pagas extraordinarias de 1344,46 euros mensuales. 2º.- Mediante comunicación escrita de 29 de enero de 2013 aportada por la parte actora como documento nº 1 de su ramo de documental y que aquí se da por reproducida, la parte actora fue despedida por causas objetivas tras la tramitación de un despido colectivo, cuyo expediente aportado por Unicom como documento nº 7 de su ramo de documental, se da aquí por reproducido. Se abonó la indemnización recogida en la carta de despido en importe de 14.268,60 euros, como parte a cargo de la empresa y descontados los 8 días a cargo del FOGASA. En todo caso el citado procedimiento de despido colectivo finalizó con acuerdo. El demandante intervino en el periodo de consultas como integrante de la comisión de representación de los trabajadores. Con efectos de 31 de diciembre de 2012, y por comunicación de 24 de octubre de 2012, se resolvió el contrato de arrendamiento de servicios concertado entre Nova Galicia Banco y la empresa Unicom por decisión de la primera de las empresas indicadas. El citado contrato era de fecha 1 de abril de 2009, y aportado por la parte actora como documento nº 5 de su ramo de documental se da aquí por reproducido. El mismo tenía por objeto "el servicio de la gestión de almacén de material de oficina, consumibles y artículos publicitarios, así como el servicio de recepción y control, clasificación y colocación en sacas y/o valijas". Por tal servicio se pactaba el abono por Nova Galicia Banco (entonces Caixa Galicia) de 55.610,60 euros mensuales. En el anexo al contrato se pactó el personal asignado a la prestación de servicios, entre los que se encontraba el actor, y asimismo el abono por parte de Nova Galicia Banco del importe de la indemnización correspondiente al despido improcedente hasta tal fecha como "coste del pasivo laboral". Se da también por reproducido el anexo de 1 de septiembre de 2011 al citado contrato, aportado por Nova Galicia Banco como documento nº 6 b). Mediante contrato privado de 31 de marzo de 2009, elevado a escritura pública el 21 de abril de 2009, CXG Corporación Caixa Galicia SA vendió las participaciones sociales de Unicom a la empresa Adys. Obrando como documento nº 1 de Nova Galicia Banco, se da aquí por reproducido. 3º.- La parte actora prestaba servicios en el marco del contrato de arrendamiento de servicios antes señalado en el almacén de Nova Galicia Banco en una nave de su propiedad en el polígono de Pocomaco. En concreto la ubicación donde los trabajadores de Unicom prestaban servicios estaba separada de los restantes trabajadores de Nova Galicia Banco por una puerta, además, de tener accesos separados. La parte actora prestaba servicios recibiendo habitualmente las órdenes de trabajo del encargado de Unicom de nombre Francisco , que normalmente estaba presente en el citado centro de trabajo. El horario del actor era el mismo que el de los trabajadores de Nova Galicia Banco. Los trabajadores de Unicom empleaban algunos medios propiedad de Nova Galicia Banco tales como ordenadores donde se recogían datos personales de los clientes de la citada entidad; así como al menos una traspaleta. Además, empleaban otros medios como apiladores. También una estantería por valor de 4.433,58 euros que fue vendida por Unicom a Nova Galicia Banco a la finalización del citado contrato de arrendamiento de servicios. Además, Unicom abonaba facturas de instalaciones eléctricas, limpieza o electricidad en relación a la actividad desarrollada en cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios antes descrito. 4º.- Se celebró acto conciliatorio previo ante el SMAC sin efecto y sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:



FALLO: 1º.- DESESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por D. Andrés frente a la empresa Unicom Compañía de Seguridad Electrónica SL; Asistencia Distribución y Servicios 2003 SA y Nova Galicia Banco SA y posteriormente ampliada frente a Emiliano , Jacinto , Ramón , Carlos Francisco y D. Pelayo y el FOGASA. Todo ello teniendo por desistida a la parte actora respecto de Asistencia Distribución y Servicios 2003 SA.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado por UNICOM, S.L. Y NCG BANCO, S.A. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor sobre despido, recurre en suplicación dicho demandante, denunciando un único motivo, en sede jurídica, y con amparo procesal en el art 193, c de la LRJS , infracción del art 43 del ET al entender que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra en relación con el art 55 del citado texto legal . Sostiene el recurrente que prestaba servicios en el almacén de Nova Galicia Banco en una nave de su propiedad en el polígono de Pocomaco, el horario del actor era el mismo que el de los trabajadores de Nova Galicia Banco y que además junto con sus compañeros empleaban algunos medios propiedad de Nova Galicia Banco, tales como ordenadores, así como al menos una transpaleta, lo que puesto en relación con el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre UNICOM y Nova Galicia Banco, que se da por reproducido en el HP 2º de la sentencia de instancia determina la existencia del cese del actor como constitutivo de un despido improcedente ante la existencia de cesión ilegal de mano de obra.

SEGUNDO .- La censura jurídica que denuncia no se admite pues como ya ha resuelto esta sala en un supuesto igual al que ahora nos ocupa en la que se trataba de otro trabajador de la empresa demandada, y por citar la más reciente de fecha 17 de marzo de 2014 "la Sala entiende que en el supuesto litigioso no se dan los requisitos necesarios para entender concurrente una cesión ilegal de mano de obra entre las empresas UNICOM, S.L. y Nova Galicia Banco, S.A. Para la debida resolución de la litis en este concreto punto, conviene poner de manifiesto que la Sala tiene presente la problemática delimitación entre la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores y la contrata de obras o servicios, puesto que "cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal ..., no es fácil diferenciarla de la cesión" (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre 2005 (RJ 2005, 7333)).

Pues bien, para proceder a esa necesaria delimitación, debe prestarse atención a lo dispuesto en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, en la que se indica 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 (RJ 1988, 1863)); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988 , 6877) , 16 de febrero de 1989 (RJ 1989 , 874) , 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58) y 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 352)) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7586) que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal». Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo



relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315) (rec. 1281/1997). De ahí 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 que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las sentencias de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 5688) (rec. 1712/1992) y 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8693) (rec. 1294/1992) que llegaron a la conclusión de que, aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral (sentencias de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8186), rec. 908/1996 y 20 de julio de 1999 (RJ 1999, 6839), rec. 4040/1998) y el mismo criterio aplican las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 3755) y 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 7092). Esta última valora también la forma de retribución del contratista cuando ésta pone de manifiesto que el factor decisivo para su fijación es el coste del personal" (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre 2005 (RJ 2005, 7333).

De esta manera, el Tribunal Supremo ha establecido como elemento clave de la identificación -que deberá ser normalmente complementado por otros, tales como los relativos a la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia estructura productiva)- la actuación empresarial en el marco de la contrata, ya que la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas. Y en la situación fáctica sometida aquí a debate, debe partirse de la evidencia de que la empresa cedente ha resultado ser una empresa real (no se ha acreditado en el pleito que la empresa cedente presente ausencia de infraestructura empresarial), con estructura, organización y entidad propias (asumiendo así los riesgos inherentes a la gestión empresarial), de tal manera que para determinar si ha existido o no cesión ilegal, deberá prestarse atención, en primer lugar, a esos otros elementos clave de los que habla la doctrina del Tribunal Supremo, debiendo prestarse aquí especial atención a la actuación empresarial.

TERCERO .- En el caso que nos ocupa como a tal efecto se acredita del relato fáctico, de la sentencia de instancia, no combatido de contrario resulta que: "La parte actora prestaba servicios en el marco del contrato de arrendamiento de servicios antes señalado en el almacén de Nova Galicia Banco en una nave de su propiedad en el polígono de Pocomaco. En concreto la ubicación donde los trabajadores de Unicom prestaban servicios estaba separada de los restantes trabajadores de Nova Galicia Banco por una puerta, además, de tener accesos separados. La parte actora prestaba servicios recibiendo habitualmente las órdenes de trabajo del encargado de Unicom de nombre Francisco , que normalmente estaba presente en el citado centro de trabajo. El horario del actor era el mismo que el de los trabajadores de Nova Galicia Banco. Los trabajadores de Unicom empleaban algunos medios propiedad de Nova Galicia Banco tales como ordenadores donde se recogían datos personales de los clientes de la citada entidad; así como al menos una traspaleta. Además, empleaban otros medios como apiladores. También una estantería por valor de 4.433,58 euros que fue vendida por Unicom a Nova Galicia Banco a la finalización del citado contrato de arrendamiento de servicios. Además, Unicom abonaba facturas de instalaciones eléctricas, limpieza o electricidad en relación a la actividad desarrollada en cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios antes descrito."

Y de lo expuesto se desprende, en relación con los datos que se contienen en la fundamentación jurídica, de indudable valor fáctico, que la empresa UNICOM, S.L. empresa real, contaba con medios materiales propios para la prestación de servicios, siendo esta la que los proporcionaba, a la vez que era el encargado de UNICOM el que daba las órdenes e instrucciones al actor ejerciendo el poder empresarial y estaba presente en el centro de trabajo espacio diferenciado aunque comunicado, respecto de aquel en el que prestaban servicios los trabajadores de **NO VA GALICIA BANCO**; era pues el encargado de UNICOM y no el banco el que daba órdenes al personal de UNICOM.

En definitiva, el banco no actuó en ningún momento como empleador del actor, ni intervino en la relación que mantenía el actor con UNICOM, quien era su atenta empleadora; lo que lleva a la conclusión de que no ha existido cesión ilegal y ello sin que obste a tal conclusión que el contrato de arrendamiento de servicios que se refleja en el HP 3º y que se pacta el abono por parte de Nova Galicia Banco del importe de la indemnización por despido hasta la fecha de la celebración de la contrata, casi cuatro años antes de la interposición de la demanda, lleve a la conclusión que propugna el recurrente, al menos a partir de tal fecha como a tal efecto



razona el magistrado de instancia, por lo que se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por D Andrés contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de A Coruña de fecha 15 de enero de 2014, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 35 **** ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.