



Roj: **STSJ GAL 8488/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:8488**

Id Cendoj: **15030340012014105117**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **3152/2013**

Nº de Resolución: **116/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2011 0002038

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003152 /2013-MFV

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 994/2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: GAS GALICIA SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DEL GAS SDG, S.A.

Abogado/a: IVAN LOPEZ GARCIA DE LA RIVA

Procurador/a: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

Recurrido/s: VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T., S.A., Lázaro , SGS TECNOS SA

Abogado/a: 48015-BILBAO/FAX.: 981/56-07-52-EMILIO CARRAJO LORENZO, MARIA BEATRIZ PENA DOMINGUEZ -981/57.07.64

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS D/Dª

EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a treinta de Diciembre 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

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION **3152/2013**, formalizado por el LETRADO D. IVAN LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, en nombre y representación de GAS GALICIA SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DEL GAS SDG, S.A., contra la sentencia número 401 /2012 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 994/2011, seguidos a instancia de Lázaro frente a VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T., S.A., GAS GALICIA SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DEL GAS SDG, S.A., SGS TECNOS SA, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D Lázaro presentó demanda contra VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T., S.A., GAS GALICIA SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DEL GAS SDG, S.A., SGS TECNOS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 41 /2012, de fecha cinco de Septiembre de dos mil doce .

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

" **1** .- Que el demandante, a partir de Mayo del año 2.002, ha suscrito los siguientes contratos de trabajo: **1**.- Contrato de trabajo de duración determinada, para la realización de obra o servicio determinado consistente en la introducción de datos para GAS GALICIA en Santiago de Compostela para prestar sus servicios como auxiliar administrativo en centro de trabajo sito en Vigo, suscrito por el actor y la empresa TECNOS el 2 de Mayo de 2.002. Fue comunicada, al trabajador, su extinción, el 14 de Mayo de 2.004, con fecha de efectos de 31 de mayo de 2.004. **2**.- Contrato de trabajo de interinidad para sustituir a una trabajadora por maternidad, para prestar sus servicios como ayudante técnico administrativo, suscrito entre el demandante y VEDIOR, el 2 de Junio de 2.004. **3**.- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo para a realización de obra o servicio determinado definido como grabación de datos para GAS GALICIA en Santiago de Compostela para prestar sus servicios como auxiliar administrativo, en centro de trabajo sito en Vigo, suscrito entre el demandante y TECNOS, el 30 de Septiembre de 2.004. **2** .- Que el lugar de trabajo del actor se encontraba en las oficinas que las empresas contratistas de GAS GALICIA ocupaban en unos locales próximos a los de ésta en el centro comercial "Área Central", sito en el Polígono de Fontiñas, de la ciudad de Santiago de Compostela. **3** .- Que los medios materiales y los programas informáticos que el actor utilizaba en el desarrollo de su trabajo pertenecían a GAS GALICIA. **4** .- Que, para el desarrollo de su actividad, así como para el disfrute de permisos y vacaciones, el demandante acataba las órdenes de personal adscrito a GAS GALICIA o a las entidades del mismo grupo empresarial. **5** .- Que los hechos relatados en los expositivos que anteceden fueron también declarados probados por la Sentencia de 31 de Octubre de 2.011, del Juzgado de lo Social número 2 de esta misma capital dictada en procedimiento sobre tutela de derechos fundamentales, modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica, que ha alcanzado firmeza. **6** .- Que el local en que el trabajador realizaba su labor es propiedad de "GAS NATURAL SDG SA". **7** .- Que, con fecha de 15 de Octubre de 2.004, el personal de GAS GALICIA impartió instrucciones a TECNOS acerca de diversas modificaciones que habrían de introducirse en el contrato del demandante y, en concreto, relativas tanto a su categoría profesional -interesando que se hiciese constar la de administrativo- como a la fecha de inicio de la relación laboral -28 de Septiembre-. **8** .- Que, a partir del 30 de Junio del año 2.011, el trabajador dejó de prestar servicios vinculados a GAS GALICIA, pasando a desempeñar su labor en las oficinas de TECNOS en la ciudad de La Coruña. **9** .- Que, el 28 de Junio de 2.011, se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el preceptivo acto con fecha de 13 de Julio y resultado de intentada sin efecto ante la incomparecencia de las empresas demandadas".

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

FALLO: **1**°.- Que estimando la demanda promovida por DON Lázaro en cuanto se dirigió contra "GAS GALICIA SDG, SA" y "SGS TECNOS, SA" debo declarar y declaro la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre ambas entidades y el consecuente derecho del trabajador a la adquisición de la condición de fijo en la empresa de su elección, en las condiciones indicadas en el fundamento jurídico "quinto" de la presente resolución, condenando, a ambas codemandadas, a estar y pasar por tales declaraciones. **2**°.- Que desestimándola íntegramente en cuanto se dirigió contra "VEDIOR TRABAJO TEMPORAL ETT, SA" debo absolverla y la absuelvo de todos los pedimentos articulados en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por GAS GALICIA SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO DEL GAS SDG, S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social Santiago-3 de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 20/08/2013.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30/12/2014 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 estimando la demanda promovida por D Lázaro contra Gas Galicia SDG SA y SGS TECNOS SA y declaro la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre ambas entidades y el consecuente derecho del trabajador a la adquisición de la condición de fijo en la empresa de su elección, en las condiciones indicadas en el fundamento de derecho de la resolución, y desestimando la demanda contra Vedior trabajo temporal ETT a la que absolvió de los pedimentos contenidos en la demanda.

Se alza en suplicación el letrado en representación de la empresa Gas Galicia SDG SA interponiendo recurso en varios motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del art 193 de la LRJS , pretendiendo en los primeros la revisión fáctica y denunciando en las siguientes infracciones jurídicas.

La parte recurrente en los cuatro primeros motivos del recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión fáctica y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar interesa la adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal décimo con el siguiente texto:" En el año 2005 Gas natural SDG SA, le encargo a SGS tecnos SA un servicio de gestión documental y grabación de datos asociados a la captación de altas y clientes en el ámbito de Galicia, cuya duración se extendía desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de ese año. La prestación del servicio correspondía a SGS Tecnos a cambio de precio abonado por la comitente Gas Natural SDGSA, la facturación de dicho contrato se realizaba por encargo realizado.

En el año 2006 Gas natural comercial SDG SA le encargo a SGS Tecnos un servicio de gestión documental y grabación de datos asociados a la captación de altas y clientes en el ámbito de Galicia -Coruña cuya duración se extendía desde 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de este año y que se renovó igualmente por las partes para todo el 2007.

La prestación del servicio correspondía a Tecnos SGS a cambio de precio cierto abonado por la comitente Gas natural Comercial SDG SA. La facturación de dicho contrato se realizaba por encargo realizado.

Con fecha 1 de enero de 2008, Gas Galicia SDG SA y SGS tecnos SA formalizaron contrato que tenía por objeto la prestación por parte de este de servicios de mantenimiento del sistema de calidad y gestión ambiental por cuenta de Gas Galicia SDG SA a cambio de precio cierto por encargo realizado.

Dicha relación subsistió hasta el año 2011."

2.- En segundo lugar interesa la adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal undécimo con el siguiente tenor literal:" SGS Tecnos SA mantuvo en alta a D Lázaro en el régimen general de la seguridad social y practicaba regularmente las cotizaciones correspondientes, y abonaba directamente sus retribuciones."

3.- En tercer lugar interesa la Adición de otro nuevo HDP que llevaría el ordinal Duodécimo, con el siguiente tenor : " Lázaro recibió la siguiente formación por parte de SGS tecnos para el correcto desarrollo de las tareas que realizaba:

-Programa de formación sobre integridad de SGS (personal) de 2 horas de duración, en fecha 8 de junio de 2006.

-Programa de Formación sobre integridad de SGS (personal) de 2 horas de duración, en fecha 12 de junio de 2007.

-Programa de formación sobre integridad de SGS (personal) de 2 horas de duración, en fecha 30 de septiembre de 2008.

-Programa de formación sobre integridad de SGS (personal) de 2 horas de duración, en fecha 1 de junio de 2009.

-Programa de formación sobre integridad de SGS (personal) de 2 horas de duración, en fecha de 3 de noviembre de 2010."



4.- En último lugar interesa la modificación del HDP 4 a fin de que se sustituya el mismo por otro con el siguiente tenor literal: "SGS TECNOS SA dirigía la política retributiva de D Lázaro , decidiendo las subidas salariales aplicables.igualmente, controlaba la correcta ejecución de los trabajos encomendados a Lázaro ."

Con carácter general cabe decir que, de conformidad con la doctrina contenida en la STS de 25-3-1998 (Sala de lo Social), la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. En este sentido se pronuncian recientemente las STS de las sentencias de 20-6-2007 y las que cita de 2 de febrero de 2000 y 8 de marzo de 2004 , en las que se establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación, también en suplicación, es preciso que: 1) La equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba. 2) Se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone 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 se propone. 3) El error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones. 4) El error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes.

Respecto de la adición interesada en primer lugar y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 318 a 321, 369 a 380, de los autos, la sala estima que la misma ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y complementar el relato factico.

Respecto de la adición interesada en segundo lugar y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 265 a 271 y 272 a 301 de los autos, la sala estima que la misma ha de prosperar al apoyarse en documental hábil y resultar el texto propuesto del contenido de los documentos invocados.

Respecto de la adición interesada en tercer lugar y que tiene apoyo procesal en la documental obrante a los folios 325 de los autos, la misma ha de ser igualmente estimada al apoyarse en documental hábil a saber certificado de formación impartida al actor y resultar el texto propuesto del contenido del documento invocado.

Respecto de la modificación interesada en último lugar de revisión del HDP 4 y que tiene su apoyo en la documental obrante a los folios 207 y 208, y 323, y 324 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar al apoyarse en documental que ya ha sido valorada por el juzgador de instancia y no es lícito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la subjetiva e interesada de la parte recurrente salvo que se acredite error por los medios hábiles al efecto, lo cual no acontece en el supuesto de autos.

SEGUNDO .- La empresa recurrente en el quinto motivo del recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de los artículos 42 y 43 del ET y de la jurisprudencia que los interpreta, alegando en esencia que del contenido de los hechos probados evidencia que concurren los datos relevantes que permiten afirmar que no estamos ante una situación de tráfico ilegal de mano de obra, sino que la conducta de gas Galicia SA no se aparta de las previsiones del art 42, pues está acreditado que el objeto de la contratación de gas Galicia fue la realización de trabajos de mantenimiento del sistema de calidad y gestión medioambiental, por dichos encargos gas Galicia abonaba a SGS Tecnos un precio en razón a unidades ejecutadas; y Tecnos asumía el riesgo empresarial, y además era tecnos quien realizaba los cursos de formación de sus trabajadores, y solo Tecnos abonaba las retribuciones al actor y cumplía con las obligaciones de seguridad social que la legislación le imponía; y la presencia de trabajadores de tecnos en el centro de trabajo de gas Galicia además de estar justificada por la naturaleza de la actividad contratada, no suponía que el personal de gas Galicia ejecutara los mismos encargos que el personal de SGS tecnos; y por ello estima que la situación enjuiciada se encuadra dentro de la lícita contratación de obras o servicios regulada en el art 42 del ET .

En primero lugar debe señalarse que las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia no tienen la consideración de jurisprudencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil , por lo que no pueden servir de base y fundamento al motivo del recurso, reservado a la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que "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" y se añade en su apartado 2 que "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".

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2011 y respecto a la distinción entre las contrataciones y la cesión ilegal de mano de obra, se declara lo siguiente: "La contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrataciones 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 tradicionalmente 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 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

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 implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala 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-enero-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-diciembre-1997; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2005 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia". De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la 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. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

(...) el ámbito de la cesión del art. 43ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

La finalidad que persigue el art. 43ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores".

Y es en este supuesto (empresas dotadas de patrimonio y estructura propia como SGS TECNOS SA) cuando se dan las mayores dificultades para delimitar la figura de la cesión ilegal frente a otra figura totalmente lícita cual es la de las contrataciones de obras y servicios. La frontera entre la contrata de servicios y la cesión de trabajadores



es ciertamente tenue y vino marcada tradicionalmente por la jurisprudencia por pautas tales como la existencia o no de un verdadero empresario contratista cuya actividad consista en algo que vaya más allá del mero suministro de mano de obra, debiendo por ello existir una organización productiva de la que sea titular.

En este caso, no es ésta la discusión puesto que es notorio que SGS TECNOS SA es empresa real y dotada de una infraestructura propia;

Precisamente tal carácter instrumental permitiría la existencia de una contrata o en encargos entre ambas demandas para llevar a cabo determinadas funciones, pero tal dato - esto es la existencia de contrata - no consta en el relato fáctico de la sentencia de instancia ni se ha solicitado su adición por lo que no se puede atender al criterio de si el objeto de la contrata está o no justificado puesto que carecemos de tal dato fáctico.

Por último cabe añadir que la naturaleza jurídica o pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de la cesión ilegal, pues también la jurisprudencia ha declarado que las expresiones "contratas o subcontratas" del art. 42 del E.T., no se refiere solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública (sentencias de T.S. de 15 de junio de 1996 , 27 de setiembre de 1996 , 14 de diciembre de 1996 , 23 de diciembre de 1996 y 31 de diciembre de 1996).

En definitiva la doctrina judicial, partiendo de la individualización de cada caso a enjuiciar, realiza una aplicación ponderada de diversos criterios 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 (STS de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (STS de 12 de noviembre 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..) Y como antes indicamos de todos estos criterios en el que más se ha puesto el acento delimitador es en el ejercicio de los poderes empresariales, - actuando los otros criterios enunciados como complementarios o integradores del principal- siendo por lo tanto lo decisivo cuál de las empresas ejercita, respecto del trabajador, el poder de empresario, para lo que habrá de examinarse la relación atendiendo a las notas esenciales de la relación laboral, cuales son la ajeneidad y dependencia, y así la jurisprudencia establece que aunque se haya 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 (STS de 19 de enero de 1994 o 12 de diciembre de 1997).

Aplicando toda esta doctrina al caso que ahora nos ocupa la cesión ilegal apreciada por la sentencia de instancia lo ha sido con corrección sin que sean asumibles las contra argumentaciones esgrimidas por la recurrente, y así los hechos probados, cuya redacción no ha sido discutida, son contundentes y así consta que :el lugar de trabajo del actor se encontraba en las oficinas que las empresas contratistas de Gas Galicia ocupaban en unos locales próximos a los de esta en el centro comercial "área central" sito en el polígono de fontañas en la ciudad de Santiago de Compostela (HDP2), que asimismo los medios materiales y los programas informáticos que el actor utilizaba en el desarrollo de su trabajo pertenecían a Gas Galicia (HDP3) que asimismo para el desarrollo de su actividad, así como para el disfrute de permisos y vacaciones, el demandante acataba las ordenes de personal adscrito a Gas Galicia o a las entidades del mismo grupo empresarial (HDP4); que el local en que el trabajador realizaba su labor es propiedad de gas natural SDG SA" (HDP6), que asimismo el personal de gas Galicia impartió instrucciones a tecnos acerca de diversas modificaciones que habrían de introducirse en el contrato del demandante y, en concreto, relativas tanto a su categoría profesional como a la fecha de inicio de su relación laboral (HDP 7) Y que a partir de 30 de junio de 2011, el trabajador dejó de prestar servicios vinculados a gas Galicia pasando a desempeñar su laboral en las oficinas de tecnos en la ciudad de la Coruña (HDP8); Y de tales hechos resulta en efecto que constatado que el lugar de trabajo del actor eran las oficinas de la real empleadora en santiago de Compostela, y el local pertenecía a gas natural SDG SA cuya adscripción al mismo grupo empresarial de gas galicia no ha sido sometido a controversia;; que asimismo los medios materiales del trabajo eran aportados por gas Galicia; y asimismo se ha constatado que el trabajador actuaba bajo las ordenes del personal propio de gas Galicia; y era a estos a quien el demandante debía solicitar sus vacaciones; y era el personal de gas Galicia quien establecía las condiciones del contrato que el actor debía suscribir con Tecnos; De todo ello parece claro que en efecto como señala la sentencia de instancia el actor prestaba servicios para Gas Galicia, integrado en su estructura productiva utilizando sus medios materiales y subordinado a su poder de dirección, mientras que Tecnos no constituía más que una empresa interpuesta que ni ponía sus medios de producción en juego, ni ejercía poder de dirección alguno, limitando su intervención al mero suministro de mano de obra; por lo que nos hallamos ante un supuesto de cesión ilegal.

Por ello debe de considerarse que la contratación del actor a través de la empresa recurrente, ha sido en todo momento un mero negocio interpositorio que constituye una cesión ilegal de mano de obra prevista en



el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , pues como ha dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 2011 , en estos supuestos más que de una "externalización" sería más correcto hablar de "internalización", pues todo se hace dentro de la propia empresa cesionaria y con sus propios medios de producción.

Y al haberlo estimado así la sentencia de instancia en modo alguno ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo, lo que conduce a la desestimación del motivo del recurso.

TERCERO .- La empresa recurrente en el sexto y último motivo del recurso, también con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción del artículo 43 del ET en relación con el art 1.2 del mismo cuerpo legal y de la jurisprudencia y doctrina que interpreta estos preceptos.

Alegando en esencia con carácter subsidiario y para el caso de apreciarse la efectiva existencia de cesión ilegal del trabajador en la cual SGS Tecnos hubiese actuado como supuesta cedente y Gas Galicia como supuesta cesionaria, estima que la sentencia de instancia infringe los artículos 1.2 del ET y 43 del mismo texto legal al atribuir al actor una antigüedad en la empresa de 28 de septiembre de 2004 en la empresa gas Galicia, cuando desde esa fecha han existido periodos muy dilatados de tiempo en los cuales gas Galicia no era beneficiaria de la prestación del trabajo del actor, sino que lo eran otras empresa del grupo de empresas mercantil gas natural; por todo lo cual solicita la desestimación del recurso y subsidiariamente que se declare la existencia de cesión ilegal entre gas Galicia y SGS Tecnos SA con reconocimiento de una antigüedad del actor en la primera desde el 1 de enero de 2008.

Pues bien con respecto de la pretensión subsidiaria de que se declare la existencia de cesión ilegal entre Gas galicia y SDG tecnos SA con reconocimiento de una antigüedad en la primera desde el 1 de enero de 2008, cabe decir que, la misma tampoco puede prosperar, pues como correctamente estimo el juzgador de instancia, la antigüedad habrá de remontarse al 28 de septiembre de 2004, no desde el 30 que es la fecha del contrato, pues las probanzas aducidas en autos ponen en evidencia que el inicio de la prestación de servicio se produjo el día 28 de septiembre de 2004,; y sin que se obstáculo a ello la circunstancia de que formalmente el servicio se halla prestado para gas natural al inicio y solo en un momento posterior para gas Galicia, y ello ante la evidencia de hallarnos ante un mismo grupo empresarial; Y de hecho en el relato factico, indiscutido en cuanto a este extremo ha quedado que el lugar de trabajo del actor eran las oficinas de la real empleadora en Santiago de Compostela, y el local pertenecía a gas natural SDG SA cuya adscripción al mismos grupo empresarial de gas Galicia no ha sido sometido a controversia;

En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Gas Galicia SDG SA contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2012, dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Santiago de Compostela en los autos nº 994/2011 seguidos a instancias del actor contra las demandadas sobre cesión ilegal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, condenando a la empresa recurrente Gas Galicia SDG SA a abonar la cantidad de 550 euros en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 37 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 37 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 37 **** ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ