



Roj: **STSJ M 13222/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:13222**

Id Cendoj: **28079340042015100780**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/10/2015**

Nº de Recurso: **322/2015**

Nº de Resolución: **755/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0034822

Procedimiento Recurso de Suplicación 322/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid Procedimiento Ordinario 766/2014

Materia : Materias laborales individuales

C.A.

Sentencia número: 755/2015

Ilmas. Sras.

D. /Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D. /Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

D. /Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a treinta de octubre de dos mil quince.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación **322/2015** , formalizado por el/la letrado D. /Dña. José Luis de Vicente Álvarez, en nombre y representación de **D. /Dña. Samuel** , contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en sus autos número 766/2014, seguidos a instancia del recurrente frente **ADIF, CONSORCIO DE SERVICIOS SA y ADIF ALTA VELOCIDAD** , en reclamación por derechos, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Adif Administrador de Infraestructuras Ferroviarias convocó oferta para la contratación de la prestación de servicios auxiliares consistentes en trabajos de recepción, atención telefónica, mensajería, manipulación de correspondencia y transporte interno de documentos, gestión de archivo, movimiento de cajas, realización de recados y otros semejantes, en las oficinas de la Dirección General de Grandes Proyectos que se determinasen según necesidades del servicio, dándose por reproducido el pliego de prescripciones técnicas y el de cláusulas administrativas particulares para la contratación que rigen en la contrata y figuran en documento 2 y 3 de la contratante. Tras el procedimiento abierto de licitación se adjudicó la contrata a la entidad Consorcio de Servicios, S.A. que suscribieron contrato el 10 de diciembre de 2007, que es el que figura en documento 1 de Adif Alta Velocidad.

SEGUNDO.- El 18 de noviembre de 2008 ambas partes suscribieron Acuerdo para ampliar el contrato con la prestación de servicios en las oficinas de la Dirección General de Grandes Proyectos de Alta Velocidad de la calle Titán, 4-6, de Madrid. El 23 de diciembre de 2011 suscribieron nuevo contrato renovando la adjudicación anterior.

TERCERO.- Adif Alta Velocidad convocó en el segundo semestre de 2014 oferta para la contratación de la prestación de servicios auxiliares consistentes en distribución de mercancías, manipulación y distribución de correspondencia, realización de recados, servicios de mensajería y otros semejantes, en las dependencias de Adif en la calle Titán, 4-6, de Madrid, dándose por reproducido el pliego de prescripciones técnicas particulares para la contratación que rigen en la contrata y figuran en documento 14 de Consorcio de Servicios, S.A. Tras el procedimiento abierto de licitación se adjudicó la contrata a la entidad Consorcio de Servicios, S.A.

CUARTO.- Don Samuel suscribió el 27 de julio de 2004 con la empresa Consorcio de Servicios, S.A. un contrato de trabajo indefinido para prestar servicios como Auxiliar de Servicios, con jornada completa, siendo su lugar de trabajo en las instalaciones de Adif de la calle Titán, 4-6, de Madrid.

QUINTO.- Don Samuel percibe una retribución fija que incluye salario base, plus transporte, plus vestuario y antigüedad. Percibe además un complemento de puesto de trabajo que es una retribución por incentivo de calidad y se abona como gratificación extraordinaria no consolidable, siendo necesario para su abono que por la entidad cliente se emita informe de conformidad sobre la satisfacción del servicio prestado.

SEXTO.- La prestación de servicios de Don Samuel tiene lugar en labores principalmente de recepcionista, y se acomoda a los horarios, jornadas y tiempos de trabajo de las instalaciones de Adif de la calle Titán, 4-6, de Madrid. Para su servicio dispone de un ordenador proporcionado por Adif en el que utiliza la aplicación de control instalada y gestionada por Adif para todo el edificio, y dispone para su uso de una clave propia de acceso, así como de una cuenta de correo proporcionada por Adif con la identificación como personal externo, como el resto del personal externo no dependiente de Adif.

SÉPTIMO.- Consorcio de Servicios, S.A. es la entidad que ejerce en relación con el demandante el régimen disciplinario, la que determina y abona las retribuciones, la que concede y supervisa ausencias, permisos, sustituciones, la que gestiona quejas o peticiones laborales, y la que realiza la supervisión del servicio prestado por él.

OCTAVO.- Don Samuel forma parte como suplente del equipo de intervención de emergencias constituido dentro del Plan de Autoprotección dentro de la planificación de prevención de las instalaciones de Adif en la calle Titán, 4-6, de Madrid.

NOVENO.- Por Real Decreto Ley 15/2013 de 30 de diciembre de 2013 y Real Decreto 1044/2013, de 27 de diciembre de 2013, se procedió a la reestructuración de la Entidad Pública Empresarial Adif Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, creándose con efectos de 1 de enero de 2014 una nueva entidad denominada Entidad Pública Empresarial Adif Alta Velocidad, habiendo quedado integrada en ésta última el servicio de Entidad Pública Empresarial Adif Administrador de Infraestructuras Ferroviarias en el que realiza su actividad laboral Don Samuel .

DÉCIMO.- El 25 de junio de 2014 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia con Consorcio de Servicios, S.A. y sin efecto con Adif el preceptivo acto previo el 11 de julio de 2014.



UNDECIMO.- *Consortio de Servicios, S.A. tiene Convenio Colectivo propio (BOE 280/2005, de 23 de noviembre de 2005).*

DUODECIMO.- *Adif Administrador de Infraestructuras Ferroviarias tiene Convenio Colectivo propio (BOE 14, de 16 de enero de 2013)."*

TERCERO : En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Don Samuel contra Consortio de Servicios, S.A., Adif Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, y Adif Alta Velocidad, debo absolver y absuelvo a todas ellas de los pedimentos de aquélla."*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. /Dña. Samuel , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 20/04/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 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 sentencia de instancia ha desestimado la demanda en la que se reclama por el demandante que se declara la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios que viene desarrollando para la empresa Consortio de Servicios SA en virtud de una concesión de servicios dada a ésta por ADIF.

La parte actora ha interpuesto recurso de suplicación frente a la anterior resolución judicial en el que, como primer motivo y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se interesa la revisión del hecho probado séptimo para que se diga, en su lugar, que *" El control de las horas realizadas por el actor se efectuaba por Adif, siendo esta entidad la que determina la cuantía del pago de incentivos y concede las vacaciones y controla las incidencias. El actor ha participado en los cursos de formación impartidos por Adif y realizaba el arqueo de caja "*, con cita de los documentos obrantes a los folios 186 a 195, 206, 228, 211.

El motivo no puede ser admitido porque de la documental que se invoca no se infieren los términos del texto que se propone.

En efecto, y al margen de que hayan sido o no reconocidos, se pretende introducir elementos predeterminantes del fallo, lo que es impropio del relato fáctico. Los partes de trabajo que refieren la realización de horas realizadas por el trabajador y que tienen una firma de un trabajador de Adif, no ponen de manifiesto lo que se quiere introducir. Realmente, la parte está queriendo otorgar a ese documento un alcance que es conjetura y en esos términos no es posible admitirlo.

Los mismo cabe decir de las vacaciones en donde solo se recoge una indicación de su determinación, figurando igualmente una firma de un empleado de Adif, pero de ahí no se infiere que haya sido la empresa Adif la que las haya impuesto.

Es irrelevante el que se indique en un documento que se ha realizado un arqueo de caja cuando ese dato no se advierte la razón del mismo ni se desprende de esa documental nada relevante a los efectos pretendidos en el recurso, como luego se dirá.

Además, el haber realizado un curso de formación en Adif puede ser admitido aunque pudiera ser irrelevante porque no implica, por sí solo, que sea consecuencia de una relación de dependencia o, en otro sentido, simple beneficio que pueda ofrecer Adif a los trabajadores externos que allí prestan servicios para facilitar y mejorar el desempeño de las funciones en el manejo de las aplicaciones o sistema de trabajo afectados a la contrata.

Por último, y lo que resulta más importante, es que no se advierte el error del juzgador a la hora de configurar el hecho probado que se quiere suprimir. Esto es, el juez de instancia ha obtenido lo relativo al poder disciplinario, al control horario, quejas, ausencias, sustituciones y supervisión del servicios de la valoración conjunta de la prueba pero no se advierte la razón de eliminar ese contenido.

SEGUNDO. - En el siguiente motivo, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . A juicio de la parte recurrente y a la vista de los hechos probados, se constata que Adif es la que asume el resultado del



trabajo del actor y la que lo organiza sin que la codemandada aporte otra cosa que la cesión de personal, sin intervenir en las instrucciones de trabajo ni se encuentre sometido a su disciplina.

El motivo no debe ser admitido porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción legal que se denuncia.

En efecto, según el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, *"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 jurisprudencia en la materia reconoce que *"La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores 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"* (STS de 19 de junio de 2012, Recurso 2200/2011 y las que en ella se citan).

Cuando la cesión ilegal se invoca en relación con situaciones justificadas formalmente por la existencia de contrata, la jurisprudencia, recogida en la sentencia antes citada, también ha señalado que *"la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, 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 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"*. Es por ello por lo que se precisa de criterios de valoración a partir de los cuales se puede justificar la realidad de la contrata y así se ha dicho que *"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)"*, debiendo destacarse, respecto de las empresas reales, que su intervención en la contrata implique una puesta en juego de su organización sin que su actividad se limite al mero suministro de mano de obra o de fuerza de trabajo.

En el caso que se ha resuelto en la instancia se declara probado que Adif convocó una oferta para la prestación de servicios auxiliares, consistentes en trabajos de recepción, atención telefónica, mensajería, manipulación de correspondencia y transporte interno de documentos, gestión de archivo, movimiento de cajas, realización de recados y otros semejantes. Tal contratación fue adjudicada a la codemandada, Consorcio de Servicios SA, teniendo como lugar de servicios, las dependencias de Adif en la calle Titán, 4.6 de Madrid. El demandante viene prestando servicios para el Consorcio desde 2004 y su lugar de trabajo es en aquella sede de Adif. Su actividad es la de recepcionista. Su horario se acomoda a las jornadas y horas propias de las instalaciones de Adif. Los medios materiales con los que desarrolla esas funciones consiste en un ordenador puesto a disposición por Adif, en el que se integra la aplicación de control, instalada y gestionada por ADIF, que pone a disposición del trabajador una clave de acceso y una dirección email, como personal externo. El demandante es suplente en el equipo de intervención de emergencias, constituido dentro del Plan de Autoprotección, dentro de la planificación de prevención de las instalaciones de Adif. El régimen disciplinario, las ausencias, permisos, sustituciones, quejas o peticiones generales y supervisión del servicio prestado por el actor lo gestiona Consorcio de Servicios. Esta empresa retribuye al demandante quien percibe un complemento de puesto de trabajo como incentivo de calidad previo informe de conformidad sobre la satisfacción del servicio prestado emitido por ADIF.

A la vista de esas circunstancias, como hemos adelantado, no hay elementos que permitan apreciar la cesión ilegal, por cuanto que, por un lado, el hecho de que el material informático sea puesto por la empresa Adif, en ese tipo de servicios, no es un elemento decisivo para apreciar la cesión ilegal dado que es lógico que se pongan a disposición del trabajador las herramientas informáticas propias de la empresa en la que va a desarrollar la actividad contratada, como refiere la sentencia de instancia, al indicar que si bien determinados medios materiales que pueda haber aportado la empresa que adjudica el servicio pueden en ocasiones



determinar una dependencia de ésta en el servicio, no siempre debe entenderse que ello sea así sino que habrá de estar al propio contenido de la actividad que haya sido objeto de la concesión y si esos medios materiales están directamente vinculados conectados con el propio servicio de forma que sin ellos quedaría alterada la propia concesión.

Por otro lado, la intervención de Adif, en relación con el desarrollo del servicio objeto de la concesión, no se presenta como supervisor del servicios, cuando la sentencia de instancia ya pone de manifiesto que en este punto está ausente la manifestación de quién se dice ser la persona de Adif que asume tal cometido -Sra. Inés -, cuando en los hechos probados se afirma, claramente, que es la empresa Consorcio de Servicios la que realiza tal supervisión, así como controla las ausencias y sustituciones, permisos, gestiona las quejas o peticiones laborales del personal puesto a disposición de la contrata, lo que permite afirmar que existen manifestaciones típicas del poder de dirección y organización empresarial llevado a cabo por el Consorcio de Servicios con sus trabajadores, adscritos a la concesión. Es lógico que los horarios de trabajo se ajustaran al tiempo en que Adif tuviera abierto el centro pero de ahí no es posible extraer otra consecuencia que permita entender que es ésta última la que fija el horario, jornada y vacaciones del personal adscrito a la contrata.

En orden las retribuciones, las mismas son efectuadas por la empresa contratista sin que el hecho de que Adif informe sobre la satisfacción del servicio, a fin de poder reconocer la contratista un incentivo de calidad que pueda venir así determinado, sea configurador de la cesión ilegal por cuanto que esa supervisión, o visto bueno del cliente, no es elemento que determine, finalmente, el derecho al incentivo que, en todo caso, es adoptado por la empresa contratista, tal y como aquí se ha declarado probado.

En los hechos probados se declara que el régimen disciplinario está a cargo de la empresa contratista lo que no se advierte como mera formalidad, a la vista del conjunto de los hechos probados.

Tampoco el que el actor asista a los cursos de formación de Adif altera el régimen de la relación laboral que se presta por el actor ya que lo que figura al folio 228 no viene a configurarse como cursos de exclusiva impartición al personal de Adif.

El arqueo de caja, como ya dijimos, resulta elemento en sí mismo insuficiente por carecer de mayor dato sobre él y su vinculación con elementos ajenos a la contrata.

Finalmente, como bien refiere el juez de instancia, con acierto pleno, la presencia del demandante en el equipo de intervención de emergencias del Plan de Autoprotección, en relación con la planificación de prevención de las instalaciones de Adif, es irrelevante a los efectos que se pretenden en la demanda dado que esa presencia está justificada en el marco de las normas de prevención y coordinación propias de la concurrencia en un centro de trabajo de trabajadores de diferentes empresas, sin que tal incorporación venga a calificar de cesión ilegal la prestación de servicios en el centro de la empresa principal.

En consecuencia, y en este concreto caso, no se aprecia que se haya dejado constancia de los elementos que puedan permitir calificar la contrata como una cesión ilegal de trabajadores.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Samuel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de Madrid, de fecha veintidós de enero de dos mil quince , en el procedimiento seguido a instancia del recurrente frente **ADIF, CONSORCIO DE SERVICIOS SA y ADIF ALTA VELOCIDAD**, en reclamación por derechos, confirmamos la expresada resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando



resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0322-15 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000 032215), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.