



Roj: **STSJ GAL 3459/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:3459**

Id Cendoj: **15030340012016102285**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **546/2016**

Nº de Resolución: **2736/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO - M

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0001585

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000546 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000314 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Bárbara

ABOGADO/A: JOSE NOGUEIRA ESMORIS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, STEAR SA , TALLER DE CONFECCION A PONTE, S.L. , ADMINISTRADOR CONCURSAL DE TALLER DE CONFECCION A PONTE SLU

ABOGADO/A: FOGASA, ALBA MARIA COSTOYA NOVO , MARIA ESTHER SEGURA ESPINOSA ,

PROCURADOR: , BEGOÑA MILLAN IRIBARREN , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

ILMA. SRA. D^a ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a. RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a cinco de Mayo de dos mil dieciséis.

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 NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000546 /2016, formalizado por D^a Bárbara , contra la sentencia número / dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000314 /2015, seguidos a instancia de Bárbara frente a FOGASA, STEAR SA, TALLER DE CONFECCION A PONTE, S.L. , ADMINISTRADOR CONCURSAL DE TALLER DE CONFECCION A PONTE SLU, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Bárbara presentó demanda contra FOGASA, TSJG FISCAL JEFE , STEAR SA , TALLER DE CONFECCION A PONTE, S.L. , ADMINISTRADOR CONCURSAL DE TALLER DE CONFECCION A PONTE SLU , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia , de fecha veinticinco de Septiembre de dos mil quince

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: 1º . - La parte demandada viene prestando sus servicios para la empresa Taller de Confección A Ponte SLU con una antigüedad de 5 de septiembre de 2002, un salario de 1031,03 euros y 1ª clasificación profesional de auxiliar de confección. 2º.- Por carta entregada el 28 de enero de 2015 y efectos de 12 de febrero de 2015, la empresa Taller de Confección A Ponte SLU comunicó a la parte actora la extinción de la relación laboral por causas objetivas económicas, productivas y organizativas una vez finalizado período de consultas al amparo del art. 51 ET .

En relación con los hechos recogidos en la carta de extinción ha sido acreditado que:

-Taller de Confección A Ponte SLU venía realizando como actividad el ensamblaje de piezas precortadas que le facilitaba la codemandada STEAR SA. Por parte de tal empresa se facilitaban todos los elementos necesarios para el montaje de las prendas (las piezas de tela precortadas, hilo, etc)

con excepción de la maquinaria y otros utensilios (máquinas de coser, mesas, sillas, etc)

-La citada empresa ha desarrollado únicamente su actividad para el cliente STEAR SA al menos desde 1999.

-El funcionamiento de la cadena productiva de Taller de Confección A Ponte SLU exige un mínimo de 18 trabajadores, que es el número de las que estaban de alta al tiempo del a extinción de la relación laboral.

-La carga de trabajo suministrada por STEAR SA a Taller de Confección A Ponte SLU la decide STEAR SA. En 2014 la carga de trabajo ha disminuido un 43,23 respecto al ejercicio 2013. La cifra de negocio de Taller de Confección A Ponte SLU ha pasado de 743.526,25 euros en 2012, a 724.089,7 euros en 2013, y 657.832,37 euros en 2014.

-STEAR encargaba a la codemandada principalmente el montaje de faldas, blusas y vestidos.

-La empresa ha presentado pérdidas acumuladas de - 37.372,66 euros en el año 2013 y -843,10 euros en el ejercicio 2014. Proyectando los resultados del último trimestre del año 2014 al año 2015, se alcanzarían en este unas pérdidas "previstas" de -73.500 euros.

-Conjuntamente con la extinción del contrato del demandante se extinguieron los de los otros 17 trabajadores de la empresa.

En la carta de despido se reconocía el derecho a una indemnización de 8.555,64 euros, si bien se refería que no obstante la "grave situación económica que atraviesa la empresa, y la falta de ingresos durante estos últimos meses,

mientras se siguen acumulando gastos, hace que la empresa a día de la fecha carezca de liquidez suficiente para hacer frente al abono de las indemnizaciones". Tal falta de liquidez no ha sido controvertida.

Obrando como documento nº 1 de la parte actora la carta de extinción, la misma se da aquí por reproducida.

30.- El precio en la relación de prestación de servicios entre Taller de Confección A Ponte SLU y STEAR SA estaba fijado por el número de prendas elaborado.

STEAR SA visitaba en ocasiones el centro de trabajo de Taller de Confección A Ponte SLU para realizar un control de calidad de las prendas ensambladas.

Las vacaciones de los trabajadores de Taller de Confección A Ponte SLU se fijaban por esta empresa, si bien teniendo en cuenta los pedidos realizados en cada periodo por STEAR SA.



Como regla general las instrucciones a los operarios de Taller de Confección A Ponte SLU, eran impartidas por la encargada de tal empresa, D. Inocencia . La organización del trabajo de los operarios de Taller de Confección A Ponte SLU (horarios, contrataciones de personal, etc), se realizaba por la propia Taller de Confección A Ponte SLU

Las visitas de STEAR SA al centro de trabajo de Taller de Confección A Ponte SLU, antes indicadas, se realizaban aproximadamente cada 15 días. En tales visitas, como regla general, las reuniones se mantenían con la encargada D. Inocencia o con la dueña de la empresa. Sólo en ocasiones puntuales el personal de STEAR contacto directamente con otro personal de Taller de Confección A Ponte SLU, distinto del referido.

Los operarios de Taller de Confección A Ponte SLU, dejaron de ensamblar prendas para STEAR sobre el 3 o 4 de enero de

2015.

4°.- Se celebró acto conciliatorio previo ante el SMAC 10 de marzo de 2015, presentándose papeleta el 24 de febrero de 2015, con el resultado de sin avenencia. Se da por reproducida el acta con la demanda. La demanda se presentó el 23 de marzo de 2015.

La empresa Taller de Confección A Ponte SLU está declarada en concurso. Se da por reproducido el auto de declaración de concurso aportado por tal empresa."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:"FALLO:1°.- DESESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por D. Bárbara frente a las empresas Taller de Confección a Ponte SLU, teniendo por procedente la extinción de su contrato de trabajo recogida en el relato de hechos probados, pero condenando a tal empresa a abonar a la parte actora la indemnización de 8.555,64 euros recogida en la carta.

2°.- Se desestima la acción ejercitada frente a STEAR SA.

3°.- El FOGASA habrá de pasar por la presente resolución en los términos del art. 23. 5 Último párrafo y 6 inciso primero US y art. 33 ET .

únase a efectos de un eventual recurso a los presentes autos, según se acordó en la vista, testimonio de la grabación del juicio, y de la prueba documental aportada a los autos nº 311/15 de este Juzgado.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Bárbara 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 esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 01-02-2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 03-05-16 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 desestima la demanda de despido presentada por la actora frente a la empresa TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.LU, declarando la procedencia del despido objetivo efectuado, condenando a dicha empresa al abono de la indemnización recogida en la notificación extintiva, y desestima la acción ejercitada frente a la empresa STEAR S.A. Frente a dicho pronunciamiento se alza la recurrente formulando recurso de suplicación en el que solicita que , previa estimación del mismo, se dicte nueva sentencia en la que "se declare que el despido de la actora es IMPROCEDENTE , con derecho a adquirir la condición de fijo en la Empresa principal codemandada STEAR S.A., o en su caso, a su elección en la empresa codemandada TALLER CONFECCION A PONTE S.L.U , todo ello en las mismas condiciones que regían antes de procederse el despido, y como consecuencia de la cesión ilegal , con abono de los salarios de tramitación , o , en su caso, IMPROCEDENTE, readmitiéndola en su puesto de trabajo en las codemandadas, o a elección de las mismas de optar por la no readmisión y consiguiente extinción del contrato de trabajo, le abone una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio, y en todo caso, le satisfaga los salarios de tramitación correspondientes a los días que medien entre la fecha del despido y aquella en que se notifique la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero".

El referido recurso ha sido impugnado por las empresas codemandadas.

SEGUNDO .- La recurrente, en su primer motivo de recurso, con amparo en al art. 193 b) de la LRJS , solicita la modificación del hecho probado quinto para que quede redactado con el siguiente contenido: " Que el



TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U se constituye el 22/09/1995 en Arteixo. Que desde el inicio de su actividad la sociedad trabaja de forma plena y exclusiva para un único cliente: GRUPO INDITEX. Que la relación mercantil se basa en la ejecución de las instrucciones que TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U recibe del GRUPO INDITEX limitándose esta a ejecutar las órdenes de trabajo que le imparten los responsables del GRUPO INDITEX y siendo estos quienes deciden el momento de prestación de los servicios, las cantidades demandadas, los precios que se aplican y quienes se ocupan de la liquidación de los trabajos, de la emisión de las facturas y finalmente su pago. Que TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U no puede usar otro material distinto para la confección de las prendas que el suministrado por el GRUPO INDITEX. TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U no podrá utilizar su cadena productiva para otro cliente que no sea o pertenezca al GRUPO INDITEX de lo contrario se suspendería su relación comercial de forma inmediata. La actividad del taller depende de los ritmos exigidos por su único cliente que es el GRUPO INDITEX. Durante el último trimestre se ha experimentado una fuerte contracción en la demanda de servicios por parte del GRUPO INDITEX. Que en el procedimiento operativo para la confección de piezas que ha de realizar TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U para el GRUPO INDITEX los modelos de albarán tanto para "envío a talleres" como "recepción de talleres" son modelos de STEAR, S.A. Que estos albaranes de "envío a talleres" y "recepción de talleres" están prenumerados por STEAR, S.A - INDITEX pues son talonarios facilitados por el GRUPO INDITEX. Que las piezas de tejido son objeto de control por parte del grupo Inditex, incluso cuando estas se hayan dentro de las instalaciones de TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U, y así resulta del propio inventario que realiza el GRUPO INDITEX el 31 de enero de cada año. Que taller no tiene ninguna capacidad para determinar el tipo de prenda a montar, y desde el inicio de la relación con STEAR, S.A. fueron obligados a especializarse de forma exclusiva en faldas, blusas y vestidos requiriendo para ello maquinaria específica. Que el precio de las piezas es establecido de forma unilateral y directa por el GRUPO INDITEX, y el día 5 de cada mes TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE S.L.U retira de la fábrica del GRUPO INDITEX un sobre que contiene la liquidación de los albaranes de "recepción de talleres" y dos copias de la factura generada por el propio cliente. Que las facturas han de ser devueltas a fábrica, selladas y firmadas, acompañadas de los TC1 y TC2 y acreditación del pago de Seguros Sociales del mes liquidado. En este momento conoce el importe de los servicios prestados en el mes anterior. Los días cinco y siete de cada mes el grupo Inditex efectúa el pago de la factura".

Apoya la modificación en el informe emitido por ASFICO EXPERTOS EN ECONOMIA FORENSE S.L. obrante a los folios 36 y siguientes así como sentencias recaídas en acción de despido ejercitada por las compañeras de la demandada obrante en autos (folios 66 y 79)

La resolución del motivo formulado al amparo del art. 193 b) de la LRJS obliga a partir de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 (RTC 1993\ 18), 294/1993 (RTC 1993\ 294) y 93/1997 (RTC 1997\ 93) - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75 , para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC , así como el art. 97.2 LRJS . Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio



y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00 , 14/04/00 R. 1077/00 , 15/04/00 R. 1015/97 entre otras)

c) que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 lrjs , y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél.

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada- vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia

e) que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

La modificación , en base a la doctrina expuesta, no procede. Y así por un lado muchos de los datos fácticos que se pretenden incluir, o bien obran recogidos en hecho probado tercero de la sentencia de instancia, o bien constan en el fundamento de derecho segundo en donde se pone de manifiesto, con claro valor fáctico, datos esenciales para la resolución de la litis , como la propiedad de la maquinaria de TALLER CONFECCIÓN A PONTE SLU, y que esta empresa , por cuestiones de oportunidad empresarial, solo prestaba servicios para STEAR S.A.

Por otro lado, la valoración de la prueba le corresponde al Juzgador de instancia en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 97.2 LRJS y así lo hace, tal como se desprende del fundamento de derecho primero, en conjunción con otros medios de prueba (documental, testifical e interrogatorio de parte) a los que hace expresa referencia.

Finalmente en lo que se refiere a la eficacia probatoria de los documentos en los que se apoya la recurrente hemos de efectuar dos manifestaciones:

1º.- Es reiterada la doctrina que señala , desde las ya clásicas sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1966 y de 1 de enero de 1976 , que no tiene consideración de documento apto a efectos revisorios los hechos declarados probados en otra sentencia, puesto que tales hechos solo son válidos para el proceso en que se declaran como probados, sin que puedan extender su eficacia fuera del mismo, puesto que los medios aportados en un proceso anterior pueden reflejar una realidad no acreditada en un litigio posterior, o se pueden aportar pruebas distintas, aun en el supuesto de que se traten de procesos entre las mismas partes. Por lo tanto no puede la recurrente apoyar la existencia de exclusividad en base a lo resuelto por otras sentencias cuando el Juez a quo expresamente razona en el fundamento de derecho primero y segundo en relación a esta cuestión y concluye que Taller de Confección A Ponte S.L.U trabajaba prestaba servicios solamente para STEAR S.A. por mera oportunidad empresarial pues la supuesta cláusula de exclusividad no ha sido acreditada.

2º.- En lo que se refiere al documento elaborado por ASFICO no nos consta que haya sido elaborado por la administración concursal en el seno del concurso de acreedores ya que en ningún momento se identifica en el mismo que ese haya sido ese el encargo recibido. Dicho esto esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia revisoria de este concreto documento en STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016, rec. 651/2016 , rechazando que por sí solo pudiera sostener la revisión pretendida argumentando que " es un documentos privado unilateral, es decir elaborado por un economista a instancia de una de las partes. Si bien es cierto que, conforme al art. 326 1º LEC , la falta de impugnación del documento privado le dota de autenticidad, es decir acredita la coincidencia entre el autor aparente y el real, ello no significa que las declaraciones del autor o autores que aparecen en el documento sean veraces, pudiéndose practicar prueba en contra para demostrar que no coinciden con la realidad.

El TS ha venido considerando que para que el documento despliegue la eficacia probatoria del art. 1225 CC , donde se establece que "el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes", o del art. 326 y 319 LEC , ha de tratarse de documentos suscritos por ambas partes litigantes, no siendo de aplicación documentos unilaterales, elaborados por una sola parte (Vid STS Sala 1ª 28 marzo 2005 (RJ 2005/2615), por lo que el valor del



documento privado unilateral no reconocido alcanza la eficacia que conforme a las normas de la sana crítica y en valoración conjunta con los demás medios probatorios resulte (vid STS, Sala 1ª 3 noviembre 2005), como bien se establece en el último inciso del apartado segundo del art.326 LEC que dispone que cuando no se hubiere deducido su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal valorará el documento conforme las reglas de la sana crítica.

En ese sentido, la valoración que de ese documento junto con el resto de medios de prueba practicados ha realizado el juzgador no se detecta errónea ni vulnera las reglas de la sana crítica; tampoco omite datos esenciales para la resolución de la cuestión litigiosa, siendo que el modus operandi entre las codemandadas, que es lo único novedoso en la redacción del nuevo ordinal que se propone, en nada incide en lo que ahora se discute e interesa, que es la existencia de un empresario real distinto al que aparece como tal. "

Por todo lo dicho no se accede a la revisión pretendida manteniéndose el relato fáctico efectuado por el Juzgador de instancia

TERCERO .- A continuación la recurrente, por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS , formula la alegación de infracción del art. 43 del ET en relación con los artículos 1.2 , 51 , 52 , 53 , 55 y 56 del mismo cuerpo legal , la directiva comunitaria en materia de sucesión empresarial y jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

La cesión ilegal de trabajadores viene recogida en el art. 43 del ET , precepto que define y regula las consecuencias, tanto para los trabajadores - derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección en la empresa cedente o cesionaria, con los mismos derechos que le corresponda en condiciones ordinarias a un trabajador que en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal - y de los empresarios, cedente y cesionario que realicen una cesión ilegal, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

La jurisprudencia ha venido concibiendo la cesión ilegal contemplada en el art. 43 ET antedicho como un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, entendida esta como un fenómeno complejo en virtud del cual un empresario formal sustituye en el contrato de trabajo al verdadero empresario real, siendo este último quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección

Y como tal fenómeno interpositivo , implica, tal como ha señalado la doctrina científica y de lo que se ha hecho eco la jurisprudencia (sentencias del TS de 14 de marzo de 2006 , 14 de septiembre de 2001 , entre otras), varios negocios jurídicos coordinados: 1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Recuerdan las sentencias señaladas 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 o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000 , que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios.*"

Y es en este supuesto (empresas dotadas de patrimonio y estructura propia) cuando se dan las mayores dificultades para delimitar la figura de la cesión ilegal frente a otra figura totalmente lícita cuál es la de las contrataciones de obras y servicios reguladas en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores , existiendo jurisprudencia abundante tanto para negar como para afirmar la existencia de cesión ilegal. La referida jurisprudencia parte de la premisa de que 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 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 se ha acudido 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..). La lectura de las sentencias indicadas y de las que reiteran la doctrina por estas sentada, permite concluir que 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.

En definitiva, entre todos estos criterios aplicables el acento delimitador ha de ponerse 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 ajenidad 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).

Partiendo de tales premisas no puede calificarse de errónea las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia y ello porque del relato fáctico no se desprende la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles, y así partiendo de lo resuelto en sentencias dictadas por esta Sala en relación compañeras de la actora que prestaba servicios en idénticas condiciones (STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016, rec 5102/2016, y de la misma rec. 4914/2015, 8 de febrero de 2016 rec 4911/2015 y de la misma fecha rec. 5139/2015), negamos la existencia de cesión en base a las siguientes consideraciones trasladables al caso de autos:

" 1) Atendiendo, en primer lugar, al ejercicio de los poderes empresariales, la regla general de la que se debe partir aquí para la correcta resolución del litigio es que cuando el empresario contratista ejerza un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, esto es, cuando la empresa contratista lleve a cabo la actividad empresarial manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección, existirá un negocio jurídico plenamente lícito. Sin embargo, aquí esta Sala de lo Social ha distinguido, en algún caso (así Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2006, recurso de suplicación 2329/06), entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Con relación a esta última (en la que deberían incluirse únicamente aquellas potestades empresariales necesarias para la gestión diaria -o inmediata- del negocio, tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pliego de prescripciones técnicas, e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales); del inalterado relato fáctico que nos proporciona la sentencia, resulta probado que la trabajadora vino desarrollando su actividad laboral en el taller de su empleadora, con las máquinas de su empleadora, sometida al horario y permisos y demás descansos organizados por su empleadora TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU.

Y por lo que se refiere al poder empresarial mediato, esto es, las instrucciones y órdenes concretas para la realización de su trabajo, si bien se ha declarado probado que empleados de la principal STEAR SA se desplazaban al taller de la contratista, cada quince días, así como cada vez que existía un cambio de modelo, la comunicación se producía a nivel de empresa, es decir, con la propietaria del taller o con su encargada, no recibiendo pues la actora instrucción u orden alguna de la referida empresa principal. Además, de la remisión de dichas instrucciones no cabe concluir que era la empresa STEAR SA quién ejercía el poder de dirección sobre la actora. Se trata exclusivamente de lo que hemos denominado en ocasiones una subordinación técnica, esto es, que existe una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante. Dichas instrucciones o normas de carácter técnico en modo alguno podrían ser dictadas por la contratista, pues es notorio que la producción de la principal (perteneciente al grupo INDITEX) y en concreto la actividad ahora subcontratada se distribuye en multitud de talleres como el de autos, pero el producto debe ser el mismo una vez puesto en las tiendas, lo que exige una labor de control exquisita sobre el producto final, lo que en definitiva justifica el control regular



de STEAR SA. Pero una vez que ese poder de control se ejercía, era la empresa TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU, la encargada de seguir las especificaciones y condiciones exigidas por la principal, dando instrucciones concretas a sus trabajadores, y disponiendo de un propio margen de actuación a la hora de organizar el trabajo entre su plantilla, de modo que ninguna de esas instrucciones contiene indicaciones u órdenes dirigidas al actor sobre cuestiones referidas a horario, jornada, turnos o vacaciones. Es decir, la trabajadora sólo tuvo un empresario, que fue TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU; en tanto que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extendió hasta el punto de ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista.

2) Con relación a la aportación de medios propios, ya se ha dicho, éstos eran de TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU; por ejemplo la maquinaria, que se ha declarado probado además, que era muy especializada, sin perjuicio de que por razón de la contrata, y de la propia actividad de la principal, la industria textil a nivel internacional, la las piezas a ensamblar, y los hilos o botones fueran suministrados por STEAR SA, ya que el producto final debe guardar la necesaria homogeneidad en el mercado al representar a una marca concreta.

3) Por lo que se refiere a la justificación técnica de la contrata y la autonomía de su objeto, ya se ha dejado dicho que el objeto del contrato era la contrata del ensamblaje de piezas de confección precortadas, lo que entra de lleno en el objeto social de la demandada TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU, y supone una actividad sucesiva e independiente del corte de las piezas bajo patrón, y que requiere de maquinaria especializada para su ejecución, lo que entraña una actividad autónoma especializada que justifica que se externalice a un tercero. Como indica la STSJ de Madrid de 26 de junio de 2015 (Recurso nº320/2015), " lo relevante y decisivo para que exista una lícita contrata o subcontrata de obras o servicios reside en que existe una fase o un sector de la actividad de la empresa principal, nítidamente 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".

La exclusividad que mantenía la empresa TALLER DE CONFECCIÓN A PONTE SLU con STEAR SA era, como indica acertadamente el juez de instancia, de facto, pues en modo alguno ha resultado acreditado que ello viniese impuesto por la empresa principal. La decisión de trabajar en exclusiva para STEAR SA es un riesgo que asume la empresa contratista, y que puede conducir, como es el caso, a una situación económica negativa, al depender de un solo cliente que puede decidir reducir los pedidos o cambiar de contratista. Pero esa exclusividad no es un elemento o criterio favorable a la cesión ilegal, siempre y cuando esa exclusividad no degenera en el tiempo convirtiéndose, por la fuerza de las cosas, en un mero suministro de mano de obra, lo que no se ha detectado en el caso de autos. La referida exclusividad, sin embargo, no ha determinado una ampliación del círculo rector de la principal abarcando los empleados de la contratista, sino el mismo, ya que como se ha dicho el control de la principal deriva de su necesidad de que esa descentralización productiva no vaya acompañada de una merma de su calidad o de sus especificaciones en el mercado.

4) En cuanto a las funciones desempeñadas por la parte actora, éstas eran las propias del objeto de la contrata, y el carácter habitual o permanente de las mismas con relación a la su empresa TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU no inciden en la existencia de cesión ilegal, pues se trata de una actividad objeto de externalización o de descentralización productiva, de modo que lo que determina la existencia de autonomía y sustantividad del contrato de obra de la actora es que la empresa STEAR SA haya efectuado dicha contrata a favor de la empresa TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU. No es por ello decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo que aquí, como se está analizando, no concurre, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato que es TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU.

Que por lo tanto es claro que, la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 43 del E.T. ni el resto de preceptos que se denuncian como infringidos pues siendo lo relevante como ya quedó escrito, las condiciones de la ejecución de la concreta prestación de servicios, ésta fue realizada bajo el círculo rector y organizativo de la empresa TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU hasta que se extingue el contrato y no sólo en aquellos aspectos técnicos propios de los trabajos a desenvolver sino también en lo que se refiere al poder empresarial más inmediato, tales como horarios, permisos y vacaciones, ejerciendo TALLER DE CONFECCIONES A PONTE SLU las funciones inherentes a todo empresario y poniendo por tanto en juego su propia organización



productiva, supuesto éste que queda fuera de la definición que el artículo citado hace de la figura de la cesión ilegal y, por ello, el motivo debe ser desestimado. Así lo dijimos también en la Sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2011 (Recurso nº 897/2011).

A la vista de todo lo argumentado, lo recogido por el Juzgador a quo en el fundamento de derecho segundo ("Expresamente el letrado de la parte demandante manifestó que para el caso de que no existiera cesión ilegal entendía que el despido era procedente") y que el recurso se centra exclusivamente en la denuncia del examen de la figura de la cesión ilegal y no en la calificación del despido por no ser cierta la causa invocada por la empresa empleadora o por incumplimiento de requisitos formales, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por el Letrado Sr. Nogueira Esmorís, actuando en nombre y representación de DÑA Bárbara, contra la sentencia de fecha veinticinco de septiembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña en autos 314/2015, seguidos a instancia de la recurrente contra las empresas STEAR S.A, y TALLER DE CONFECCION A PONTE S.L.U, siendo parte la Administración concursal de esta última así como el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre DESPIDO, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad 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 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 **** ++).

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.