



Roj: **STSJ M 8728/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:8728**

Id Cendoj: **28079340052016100487**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **869/2015**

Nº de Resolución: **488/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 869/15-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0001698

Procedimiento Recurso de Suplicación 869/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid Procedimiento Ordinario 75/2014

Materia : Derechos

Sentencia número: 488

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a once de julio de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 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 los Recursos de Suplicación 869/2015, formalizados por el/la LETRADO D./Dña. RODRIGO MARTIN JIMENEZ en nombre y representación de INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA y por el ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL, contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid en sus autos número 75/2014, seguidos a instancia de D./Dña. Luisa frente a INGENIERIA DE SISTEMAS



PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA e INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL, en reclamación de derechos, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

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.- La demandante Dña Luisa , inició su relación con el INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS desde el 01-02-2002 hasta el 06-06-2004 al serle concedida una beca denominada Rafael Calvo Rodés de especialización superior; siendo el objeto de la beca el siguientes: "se pretende que con el presente plan de formación la becaria adquiera conocimientos, tanto teóricos como prácticos, sobre gestión de personal laboral"

La asignación económica de la beca fue de 721,21 euros mensuales. (Folio 98 y siguientes)

La demandante Dña Luisa ha prestado servicios en el INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS (en adelante INTA) en los siguientes periodos y al amparo de los contratos que a continuación se relacionan:

-01-02-2004 a 30-09-2014: contrato administrativo de consultoría y asistencia suscrito con INTA cuyo objeto fue "apoyo gestión documental programa pequeños satélites" fijándose un precio de 16.041,67 euros a percibir mediante la presentación de facturas

(Folios 101 y siguientes)

-01-10-2004 a 31-12-2004: prórroga del contrato anterior.

(Folios 149 y siguientes)

-01-01-2005 a 31-12-2005: contrato administrativo de consultoría y asistencia suscrito con INTA cuyo objeto fue "elaboración de estudios e informes" fijándose un precio de 29.928,00 euros a percibir mediante la presentación de facturas

(Folios 149 y siguientes)

-01-01-2006 a 31-12-2006: prórroga del contrato anterior.

(Folios 163 y siguientes)

-08-01-2007 a 07-01-2008: contrato de trabajo por obra o servicio determinado con la empresa INGENIERIA Y SERVICIOS AEROESPACIALES SA (INSA) siendo el objeto del contrato "diseño y planificación de RRHH", prestando servicios como titulado superior 1 especialista en recursos humanos (Folios 180 y siguientes)

-08-01-2008 a 31-05-2008: prórroga del contrato anterior.

(Folios 185 y siguientes)

-01-06-2008 se acuerda la conversión del contrato temporal en indefinido, situación que continua en la actualidad (folio 186)

SEGUNDO.-En fecha 1 de febrero de 2013 la empresa pública estatal INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA (ISDEFE) se subrogó en la posición de empleador respecto de la sociedad INSA en virtud de acuerdo del consejo de ministros de 16 de marzo de 2012 (BOE 24-03-2012)

TERCERO.- La demandante para la prestación de sus servicios tenía asignado un puesto de trabajo en la unidad de recursos humanos del INTA donde se le suministraba todo el material necesario para la prestación de servicios (mobiliario, ordenador, sistema informático....) (interrogatorio de los testigos D. Luis Pablo , Dña Clara , y D. Bartolomé)



CUARTO.- La demandante realizaba el mismo horario que el resto del personal de la unidad de patrimonio de lunes a viernes de 8 a 15 horas y con jornada reducida en verano de 8 a 14 horas, aunque la demandante no fichaba como el resto del personal

(Interrogatorio de D. Luis Pablo , Dña Clara)

QUINTO.-Las vacaciones las comunicaba la demandante a los responsables del departamento de RRH del INTA y si no había inconveniente las solicitaba y eran autorizadas por la empresa ISDEFE

SEXTO.- La demandante recibía órdenes e instrucciones de la jefa de la unidad de RRHH y del jefe de área D. Luis Pablo (Interrogatorio de D. Luis Pablo , Dña Clara , y D. Bartolomé)

SEPTIMO.- La demandante tenía tarjeta de acceso para poder acceder a las instalaciones del INTA (folios 467)

OCTAVO.- La demandante desde que comenzó a prestar servicios en el INTA tras finalizar la beca se encargaba de realizar actividades relacionadas con la gestión de recursos humanos y emitía los informes que se solicitaban desde la unidad de presupuesto (Interrogatorio de D. Bartolomé)

NOVENO.- ISDEFE en una sociedad estatal cuyo capital pertenece a INTA y cuyo objeto social entre otros es la prestación de servicios de ingeniería, consultoría y asistencia técnica es especial los destinados a defensa.

Conforme a sus estatutos sociales tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y está obligada a realizar los trabajos que estos le encomienden en las materias que constituyan su objeto social (folios 492 y siguientes)

La entidad INGENIERÍA Y SERVICIOS AEROESPACIALES (INSA) pasa a ser ISDEFE con motivo de la fusión por absorción realizada por tal empresa, con extinción por liquidación de la sociedad absorbida INSA en fecha 10-10-2012 (folio 588)

DECIMO.- En fecha 12-02-2013 se suscribe un acuerdo de encomienda de gestión del INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS (INTA) a la sociedad estatal INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA (ISDEFE) relativo a actuaciones de apoyo a la gestión de la Secretaría General, como consta en los folios 419 y siguientes.

El 10 de febrero de 2014 se suscribe un nuevo acuerdo de encomienda en términos similares a la anterior (folios 487 y siguientes)

UNDECIMO.- En fecha 27-02-2014 se reúne la dirección de ISDEFE con el comité de empresa del centro de trabajo de Torrejón de Ardoz a fin de comentar la situación de las encomiendas de gestión del INTA-ISDEFE para 2010(folio 511), señalándose que prácticamente todas las encomiendas están renovadas, y que sólo la de secretaria general a la que estaba adscrita la demandante, había sufrido grandes cambios, pues sobre cuatro personas no había sido renovada, y sobre nueve personas restantes sólo se renueva hasta el 30 de junio de 2014, señalando que en relación con las personas que debe dejar el INTA se les está buscando reubicación (folios 614)

En el mes de junio de 2014 tuvo lugar una nueva reunión señalando que ya se ha buscado recolocación a las personas afectadas de dicha encomienda. (Folios 615)

En el mes de marzo de 2014 se celebraron igualmente reuniones para establecer las condiciones de trabajo existentes en cada centro de trabajo y en concreto se elabora un documento sobre las condiciones de trabajo del centro de Torrejón (Folios 615)

DUODECIMO.-En fecha 28 de mayo de 2014 la empresa ISDEFE comunica a la actora que a partir del 1 de julio de 2014 se la ha recolocado en otro puesto de trabajo en el centro de trabajo de la calle Beatriz de Bobadilla nº 3 (folios 619,620)

Cuando la demandante deja de prestar servicios en el área de recursos humanos del INTA las tareas que ella realizaba se distribuyen entre el personal del área perteneciente al INTA (Interrogatorio de D. Luis Pablo)

Este traslado de puesto de trabajo afectó además de la actora a otros doce trabajadores (folios 621 y siguientes)

DECIMOTERCERO.-El salario que percibe la demandante en la actualidad asciende a la cantidad de 3.229,51 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias (folios 86 y siguientes)

Las retribuciones de un contrato laboral del INTA sujeto al II convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado del grupo profesional 1 son las siguientes:

-salario base 26.733,28 euros (en 14 pagas)



-trienios 357 euros (en 14 pagas)

DECIMOCUARTO.- La demandante que no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo de representación de los trabajadores, estaba designada como coordinadora en el INTA del personal de ISDEFE, pero sus funciones de coordinación se limitaban a remitir a la empresa los partes de baja y las vacaciones del personal del ISDEFE, a quienes no impartía la demandante orden o instrucciones sobre la forma de realizar su trabajo.

DECIMOQUINTO.- Consta en autos la orden de servicio 1/13 de junio de 2013 sobre "buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar la cesión ilegal de trabajadores (folios 430 y siguientes)

DECIMOSEXTO.-Se ha agotado la vía previa administrativa mediante reclamación previa presentada el 4 de diciembre de 2013

Se ha celebrado sin avenencia el acto de conciliación ante el SMAC el 26-12-2013.

La demanda ha sido presentada el 14-01-2014".

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

"Estimo la demanda interpuesta por Dña Luisa , contra las empresas INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS e INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA declaro que la demandante ostenta la condición de personal laboral indefinido del INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS desde el 1 de febrero de 2004, como consecuencia de cesión ilegal, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por la parte INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA y por INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL, formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron 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 20/11/2015, 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 06/7/2016 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 estimado la pretensión de la trabajadora demandante declarando que la misma ostenta la condición de personal laboral indefinido del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas desde el 1 de febrero de 2004, como consecuencia de cesión ilegal, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

Frente a la citada sentencia interponen recurso de suplicación las representaciones letradas de Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España SA (en adelante ISDEFE) y la Abogacía del Estado formulando cinco motivos la primera de ellas, cuatro destinados a la revisión fáctica y uno a la censura jurídica, y un motivo la segunda, destinado a la censura jurídica. Los recursos han sido impugnados por la representación letrada de la parte demandante.

SEGUNDO .- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS , la representación letrada de la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España (ISDEFE) SA formula cuatro motivos interesando:

1.-La revisión del hecho probado quinto proponiendo la siguiente redacción alternativa:

" Las vacaciones y los permisos los comunicaba la demandante a los responsables del Departamento de RRHH del INTA y si no había inconveniente los solicitaba y eran autorizados por la empresa ISDEFE ".

Ampara la pretensión en el documento nº 6 del ramo de prueba de la recurrente, folio nº 478, que no debe prosperar al no haber sido reconocido por la representación letrada de la demandante, valorando la juzgadora el alcance del mismo, sin que pueda prevalecer la valoración subjetiva que del documento realiza la empresa recurrente frente a la objetiva e imparcial de la juzgadora.

2.-La revisión del hecho probado séptimo interesando la siguiente redacción:

" La demandante tenía tarjeta de acceso para poder acceder a las instalaciones de ISDEFE S.A. (folio 467) ".



La revisión debe prosperar al desprenderse directamente del documento obrante al folio nº 467 que la tarjeta autoriza a acceder a las instalaciones y al sistema de información de Isdefe.

3.-La inclusión de un nuevo hecho con el contenido del siguiente tenor:

" La actora dispone de correo electrónico de ISDEFE desde el 9-01-2013 "

La adición no debe tener favorable acogida al no haber sido reconocido el documento nº 5 de la empresa por la representación letrada de la parte demandante.

4.-La adición de un nuevo hecho con el siguiente contenido:

"Constan gastos facturables de la actora en el mes de junio de 2014 por importe de 104,50 euros, en concepto de desplazamiento del centro de trabajo de Torrejón al centro de trabajo de Madrid (Beatriz de Bobadilla)".

La adición se desestima por las mismas razones expuestas al no tener favorable acogida la anterior adición solicitada.

TERCERO .- Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , en el quinto motivo la representación letrada de la empresa ISDEFE alega infracción de los artículos 42 y 43 del ET . En esencia expone que existen diferentes encomiendas de gestión a la empresa recurrente que dan cobertura a la prestación de servicios de apoyo económico administrativo de diferentes trabajadores, entre ellos la actora y que la situación puede asimilarse a los grupos de empresas.

Bajo el mismo amparo procesal, la Abogacía del Estado formula un motivo alegando infracción del artículo 43 del ET , alegando falta de acción al no existir atisbo de cesión ilegal en el momento de presentación de la demanda, ni tampoco de cesión ilegal, al estar ante una encomienda de gestión, estando las dos empresas demandadas integradas dentro del Ministerio de Defensa, y que una vez finalizada la encomienda de gestión la trabajadora dejó de prestar servicios para el INTA pasando a continuar su actividad laboral en las dependencias de ISDEFE.

Los motivos se analizan conjuntamente al estar en conexión.

Analizaremos en primer lugar la falta de acción alegada por la Abogacía del Estado. A este respecto debemos tener en cuenta que como señala la jurisprudencia unificadora en STS de 29/10/2912, recurso nº 4005/2011 :

«La cuestión que se plantea es la de determinar en que fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda , a favor de éste ultimo, siendo exponente de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010, (R.C.U.D. 3347/2009), cuyo fundamento de Derecho cuarto se reproduce a continuación: CUARTO.- En esa confrontación de criterios que se desprende de las sentencias analizadas debe decirse que ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (STS de 8 de julio de 2.003 -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 -rcud. 4232/08 - entre otras).

En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC , cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC , los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006 , 20 de abril de 2007 , 30 de mayo de 2007 , 21 de mayo de 2008 .



Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevinida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia".

A la vista de lo razonado en la sentencia de esta Sala en cuestión litigiosa coincidente con la que ahora se presenta, procede, por razones de homogeneidad y seguridad jurídica aplicar idéntica doctrina al no existir nuevas razones que justifiquen un modificación de criterio y así, presentada la demanda el 11 de junio de 2010, cuando el 30 de abril del mismo año se había extinguido la contrata (...) permaneciendo la actora como trabajadora de esta última, y sin que fuera contratada por la nueva adjudicataria, deberá entenderse que la sentencia recurrida aplicó la mejor doctrina" .».

En el relato de hechos probados consta que el 4 de diciembre de 2013 se presentó reclamación previa; que el 26 de diciembre de 2013 se celebró el acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de sin avenencia y que la demanda se ha interpuesto el 14 de enero de 2014 (hecho probado décimo sexto). El 28 de mayo de 2014, la empresa ISDEFE comunicó a la actora que a partir del 1 de julio de 2014 se le recoloca en otro puesto de trabajo en el centro de trabajo de la calle Beatriz de Bobadilla nº 3. Por lo tanto, a la fecha de presentación de la demanda, la demandante continuaba prestando servicios en el centro ubicado en INTA, debiendo desestimarse, en consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, la alegación efectuada de falta de acción de la trabajadora.

CUARTO .- En cuanto a la alegación de inexistencia de cesión ilegal debemos señalar que los problemas más difíciles jurídicamente de delimitación de la legalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores, suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias, debiendo entonces acudir con tal fin a determinar si el objeto de la contrata es una actividad específica diferenciada de la propia actividad de la empresa principal o si el contratista asume un verdadero riesgo empresarial (STS 17-01-1991), e incluso, aun tratándose de empresas reales y con infraestructura propia, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (STS 16-02-1989), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS 19-01-1994, recurso nº 3400/1992 y 12-12-19997, recurso nº 3153/1996). La jurisprudencia, en estas últimas sentencias citadas, ha precisado los criterios para calificar como ilegal la cesión de mano de obra, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando "nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial", añadiendo que "el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio". En la STS de 12-12-1997 (recurso nº 3153/96) se declaró la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, en un supuesto en el que los trabajadores contratados temporalmente por una sociedad filial pasaron a realizar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, bajo su dirección y control, atendiendo las consolas o monitores del centro de recepción de alarmas y teleservicios cuya instalación había adquirido previamente la empresa principal a la filial, no constando que la filial hubiera aportado elementos personales o materiales propios para el desarrollo de la actividad de los trabajadores, salvo en aspectos secundarios (uniforme o pago de nóminas), y resultando que la compensación de los servicios prestados por la empresa filial a la principal no se llevaba a cabo mediante un precio unitario sino atendiendo a las horas de trabajo y kilómetros recorridos por los servicios del centro de recepción de alarmas y teleservicios. Afirmándose que no es obstáculo a la existencia de cesión ilegal



la circunstancia de que la empresa cedente conserve la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores formalmente contratados por ella.

Posteriormente, debemos indicar que la jurisprudencia ha señalado en STS 17/12/2010, recurso nº 1647/2010 : " *la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET , 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 contratas 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 2002 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.

(...) lo que contempla el art. 43 ET 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. 43 ET 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".

Nos encontramos ante una pretensión declarativa de derechos para que se declarase que la trabajadora ostentaba la condición de personal laboral indefinida, como consecuencia de una cesión ilegal, que ha sido estimada por la sentencia recurrida. Es cierto que de los hechos probados no se constata una minoración de las condiciones de trabajo o perjuicio de los derechos de la demandante con respecto a los que tendría de no concurrir dicho fenómeno, que es la finalidad de garantía que tiene el artículo 43 del ET pues la retribución que percibe es de 3.229,51 € mensuales con prorrata de pagas extraordinarias, mientras que en INTA un trabajador del grupo profesional 1 tendría un salario base de 26.733,28 euros (en 14 pagas) y cada trienio



ascendería a 357 euros mensuales, también en 14 pagas (hecho probado decimotercero), no constando que otras condiciones laborales fuesen inferiores a las que disfrutaría de ser trabajadora de la empresa cesionaria. Sin embargo, debemos tener en cuenta que del relato fáctico se desprende que la trabajadora para la prestación de sus servicios tenía asignado un puesto de trabajo en la unidad de recursos humanos del INTA, donde le suministraban todo el material necesario para su realización como mobiliario, ordenador, sistema informático, etc... (Hecho probado tercero). Efectuaba el mismo horario que el resto del personal de la unidad de patrimonio, de lunes a viernes de 8 a 15 horas, con jornada reducida en verano de 8 a 14 horas, aunque no fichaba como el resto del personal (hecho probado cuarto); es decir, era la cesionaria la que fijaba el horario.

Las vacaciones las comunicaba a los responsable del departamento de recursos humanos del INTA y si no había inconveniente las solicitaba y eran autorizadas por la empresa ISDEFE (hecho probado quinto); ello implica que debía obtener el visto bueno por parte del personal del INTA y, posteriormente, a efectos formales lo comunicaba a ISDEFE para que lo autorizase, pero ello ocurría una vez que las vacaciones ya estaban decididas por el INTA, lo que pone de relieve en quién descansaba el verdadero poder y en qué círculo organicista se ubicaba.

Recibía órdenes e instrucciones de la jefa de la unidad de recursos humanos y del jefe de área (hecho probado sexto), sin que conste la existencia de persona de ISDEFE que le impartiese las órdenes de trabajo, recayendo tal responsabilidad en el personal del INTA. Desde el 1 de febrero de 2004, cuando finalizó la beca, se encargaba de realizar actividades relacionadas con la gestión de recursos humanos y emitía los informes que se solicitaban desde la unidad de presupuesto (hecho probado octavo). Estaba designada como coordinadora en el INTA del personal de ISDEFE, pero sus funciones de coordinación se limitaban a remitir a la empresa los partes de baja y las vacaciones del personal del ISDEFE, a quienes no impartía orden o instrucciones sobre la forma de realizar el trabajo (hecho probado decimocuarto); es decir, en realidad no ejercía como coordinadora, efectúa su trabajo bajo instrucciones y órdenes del personal de recursos humanos del INTA, de lo que se desprende que estaba incluida en el ámbito organicista de dicha empresa, sin que la empresa que la contrató tuviese participación en el proceso productivo.

Se alega que ISDEFE tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y que está obligado a realizar los trabajos que ésta le encomienden en las materias que constituyen su objeto social, debiendo entenderse que nos encontramos ante un supuesto asimilado o asimilable a los grupos de empresas, respecto de los cuales no es predicable la cesión ilegal. A este respecto debemos señalar que como indica la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2013 (recurso nº 417/2011), cuyo criterio es seguido en la sentencia de esta Sección de Sala de 28 de mayo de 2012 (recurso nº 3665/2011), es cierto que: "(...) INSA está obligada a realizar los trabajos que la Administración le encomiende en las materias que constituyan su objeto social (...) de conformidad a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 30/1992, a modo de descentralización productiva y a través de "encomiendas" que resultan obligatorias, pues, (...), se trata de una empresa, INSA, que es real, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros en 1992, de la que es titular en un 100% la codemandada INTA, que cuenta con una plantilla de 667 trabajadores, y que, como "medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado (AGE) y de los entes, entidades y organismos dependientes de ella", está obligada a realizar los trabajos que estos le encomienden en las materias que constituyan su objeto social, como es el caso de autos, en el que la encomienda de gestión tiene por objeto determinadas actuaciones en el ámbito de programas de I+D y ensayos en el CESTT, de acuerdo con las instrucciones de INTA, y que INSA ha llevado a cabo adscribiendo al proyecto determinados trabajadores, como el actor. (...).

Es cierto, sobre este particular, que INSA, en su condición de medio propio y servicio técnico, tiene naturaleza instrumental, y está obligada a realizar los trabajos que le encomiende la Administración, llevando a cabo los encargos que se le formulen en las materias que constituyen su objeto social, con arreglo a proyectos, memorias u otros documentos técnicos. Pero aún indiscutida esa condición, como empresa del sector público, auténtica y no ficticia, que actúa como instrumento subordinado de la Administración, es igualmente cierto que sólo hay constancia en autos, respecto a los medios materiales, de que éstos se han limitado a la ropa de trabajo, los equipos de protección individual, y a lo relacionado con la evaluación y previsión de riesgos laborales (...), sin otras previsiones sobre la titularidad de los utensilios, herramientas y material de trabajo, y de los que ya la propia recurrida, INSA, reconoce, (...), que son de INTA el instrumental especializado propio del laboratorio, las cuentas de correo electrónico o los ordenadores, si bien en este caso por motivos de seguridad y en razón a la confidencialidad de los datos manejados en el desarrollo de los proyectos de investigación. (...).

Es cierto, conforme ya se ha argumentado, que la encomienda o gestión de los servicios prestados está amparada, en el caso de autos, en el art. 15 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre los contratos o acuerdos administrativos sobre la encomienda de gestión. Pero, y conforme advierte el recurrente, y "a sensu contrario" se argumenta en la sentencia de esta misma Sala y Sección de fecha 25-6-07, rec. 1452/07, ello no es óbice para la apreciación de un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, ex art 43 E.T., si en la ejecución del encargo se



han detectado factores que deben conducir a esa calificación, y que en el caso de autos han consistido, por lo ya dicho, en la sola aportación, por parte de INSA, de mano de obra, sin poner en juego su propia organización, pues los medios materiales eran de INTA, y el trabajador en el desempeño de su trabajo recibía órdenes e instrucciones de los ingenieros de INTA, lo que además pone en entredicho la autonomía técnica del encargo, al consistir éste en el desarrollo de un proyecto elaborado y acometido por INTA, y no por INSA ."

Por lo tanto, estamos ante una cesión ilegal al haberse producido un uso desnaturalizado de la figura jurídica de la encomienda de gestión, pues no se encomienda actividad o parte de algún área de actividad de competencia de ISDEFE que permita a la misma, como empresa dotada de su propia organización, ponerla en juego para ejecutar la encomienda, sino que se limita a suministrar la mano de obra sin aportar los instrumentos precisos para realizar la actividad, que son facilitados por la empresaria cesionaria, confundiendo la actividad de la trabajadora con la que lleva a cabo el resto de personal de la unidad de patrimonio, procediendo, en consecuencia, desestimar los motivos y confirmar la sentencia recurrida al no haber cometido las infracciones denunciadas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por la ABOGACÍA DEL ESTADO y la representación letrada de la empresa INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA (ISDEFE), S.A., contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, en autos nº 75/2014, seguidos a instancia de Luisa contra INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA e INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL, en reclamación de RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A OSTENTA UNA RELACIÓN LABORAL POR TIEMPO INDEFINIDO, DERIVADA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, confirmando la misma.

Se condena a las recurrentes a que cada una abone a la parte impugnante de los recursos que han interpuesto, la cantidad de 600,00 euros en concepto de honorarios de Abogado.

Se condena a INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA (ISDEFE), S.A. a la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará destino legal.

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 Público 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 2876-0000-00-0869-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0869-15.

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 26/7/16 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ