



Roj: **STSJ M 8930/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:8930**

Id Cendoj: **28079340022016100671**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **197/2016**

Nº de Resolución: **675/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

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

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0019631

Procedimiento Recurso de Suplicación 197/2016-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid Despidos / Ceses en general 464/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 675/2016

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a veinte de julio de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 197/2016, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. LUIS ZUMALACARREGUI PITA en nombre y representación de D./Dña. Rafaela , contra la sentencia de fecha 7.7.2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 464/2014, seguidos a instancia de D./Dña. Rafaela frente a HOTELERA MARINA BARCELONA, SL, RANDSTAD PROJECT SERVICES SL, GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. y CORPORACION H 10 HOTELS, SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, 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 actora venía prestando servicios para la empresa RANDSTAD PROJECT SERVICES S.L (en adelante RPS) desde 13.02.2013 con la categoría profesional de Coordinadora grupo 4 nivel 1 devengado un salario mensual de 1.083,33 € con prorrateo de pagas extras, que incluye plus transporte.

SEGUNDO .- El centro de trabajo de la actora es el Hotel H 10 Villa de la Reina, sito en Gran Vía 22 de Madrid.

TERCERO.- La actora suscribe un contrato de obra o servicio en fecha de 13 febrero 2013 estableciéndose en su cláusula sexta: "que el contrato de duración determinada se celebra para la realización de la obra o servicio limpieza de habitaciones en las instalaciones del Hotel H 10 Villa de la Reina, según contrato mercantil suscrito entre RPS y dicho cliente, teniendo dicha obra autonomía sustantiva propia dentro de la actividad de la empresa, a los efectos de lo previsto en el artículo 49.1b)ET será causa de extinción del contrato la resolución, finalización o extinción total o parcial, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios existente entre el clientes y RPS para cuya ejecución se ha celebrado el presente (...).(Doc. nº1 ramo RPS, Doc. nº 1 ramo actora ,cuyo tenor se tiene por reproducido).

CUARTO.- Con fecha de 6 febrero 2013 se suscribe un contrato de prestación de servicios entre Hotelera Marina Barcelona y RPS que tenía por objeto la prestación por parte de esta última del servicio de limpieza diaria de habitaciones del Hotel H 10 Villa de la Reina, el contrato se firmó con una duración de 15 días comenzando el día de la fecha y finalizando el 20 febrero 2013.

Este contrato se prorrogó en virtud de una anexo de fecha 21 febrero, por un periodo de otros 15 día y estableciéndose que para el desarrollo del objeto del contrato podrán pactarse posteriores prórrogas del mismo (Doc nº7 ramo RPS)

Con fecha 17 abril 2013 se suscribe un Acuerdo Marco de Arrendamiento de Servicio entre Corporación H10 Hotels S.L y RANDSTAD PROJECT SERVICES S.L. en su estipulación primera se establece que constituye: " el objeto del presente Acuerdo marco la fijación de las bases, términos y condiciones generales sobre las cuales Grupo H 10 solicitará y contratará con RPS la prestación de servicios de limpieza de habitaciones y/o zonas comunes en las diversas instalaciones de este para las que tal servicio sea solicitado. Las tareas que podrán ser objeto de los servicios serán las siguientes:

Limpieza y repaso de las habitaciones según los estándares marcados por H10 Hotels.

Reposición diario de mini bares.

Preparación del trabajo diario (reparación de carros de ropa, de limpieza...).

Conteo diario control de lencería

Reposición y control de lencería, de "amenities" y de productos minibar en todos los offices.

Limpieza a zonas nobles según estándar de H10 Hotels

Limpiezas zonas internas con la asiduidad marcada por el hotel

Limpieza de cristales de recepción tanto internos como externos, cristales del patio interior, situado en la segunda planta.

Limpieza moquetas

Limpieza zona parking

Colocar y retirar supletorias y cunas

Entrega a la Gobernanta de olvidos

Comunicación de averías.

No obstante lo anterior las tareas que podrán ser objeto de tales servicios serán las que en cada caso se especifiquen en el correspondiente anexo de servicios, asimismo en cada caso concreto, el alcance (incluyendo



organización, estructura, funcionalidades, calendario y horarios y otras condiciones de prestación) duración, precios y demás condiciones particulares de cada uno los servicios que Grupo H10 encomiende a RPS (en adelante los servicios y cada uno de ellos individualmente, el servicio) se documentará a través del correspondiente anexo a este acuerdo marco formalizado con arreglo modelo anexo que se junta como anexo número1 (Do cnº8 ramo Hotelera Marina)

QUINTO.- Obra al Doc. nº 9 ramo Hotelera Marina el anexo al Acuerdo Marco por el que se incorpora el Hotel H10 Villa de la Reina cuyo tenor se tiene por reproducido.

SEXTO .- Obra al Doc. nº10 Hotelera Marina adenda al referido anexo por parte del cliente a RPS para la prestación del servicio de limpieza de habitaciones: carros de limpieza, carros de ropa y químicos, cuyo tenor se tiene por reproducido.

SEPTIMO . - Con fecha de 4 marzo 2014 la mercantil Hotelera Marina Barcelona remite burofax a RPS comunicándole la no renovación, a su vencimiento el próximo 7 abril de 2014, del contrato de limpieza de las habitaciones y zonas comunes y demás servicios contratados en relación con el Hotel H10 Villa de la Reina, situado Madrid, Gran Vía, número 22.

En consecuencia dejarán de prestar sus servicios en el citado hotel en la fecha indicada (Doc. nº1 ramo Hotelera y Do cnº11 ramo RPS).

OCTAVO.- La empresa RPS comunica a la actora que finalizando el próximo 7 abril 2014 la ejecución de la obra/servicio para cuya realización fue contratado/a le comunicamos con esa fecha daremos por resuelta la relación laboral que le ha vinculado con esta empresa por finalización del contrato de trabajo (Doc nº2 ramo actora y Doc. nº8 ramo RPS).

NOVENO.- Obran al Doc. nº5 ramo RPS contratos de trabajo de otros trabajadores con idéntico objeto de la actora , cuyo tenor se tiene por reproducido y al Doc. nº 6 las comunicaciones de fin de contrato por la misma causa que el de la actora.

DECIMO.- Obran al Doc. nº8 ramo RPS las facturas emitidas contra Hotelera Marina Barcelona por el servicio y al Doc. nº19 facturas emitidas por el Hotel contra RPSA por uso y alquiler de medios.

DECIMO-PRIMERO .- El personal de RPS era el encargado de gestionar todo lo que giraba en torno a la limpieza de las habitaciones en el hotel del cliente.

Existía un coordinador don Casiano , encargado de gestionar todo lo relacionado con la cuenta, desde las vacaciones de los trabajadores, problemas o incidencias que pudieran surgir, esta persona no está pacíficamente las instalaciones del hotel de forma permanente.

Para asegurar esta coordinación se encontraba la actora que era la coordinadora del equipo desplazado, ella planificaba, dirigía y controlaba al equipo de RPS en el hotel, era interlocutora con el cliente y por esta razón era la que controlaba la parte técnica de las necesidades del servicio, era quien dirigía el trabajo del personal, articulaba los equipos, coordinaba y dirigía su personal.

RPS ejercían los poderes de dirección, organizando los turnos, vacaciones, controlando la asistencia, gestionando la sustitución de bajas, para que el servicio se prestará con normalidad. Formaba a los empleados en los procedimientos y la mejor forma atender el servicio.

Daba formación en prevención de riesgos laborales, enviaba informes diarios al responsable de RPS.

DECIMO-SEGUNDO .- Obran al Doc. nº12 ramo RPS los reportes de comunicaciones diaria que la actora remitía al responsable del servicio.

DECIMO-TERCERO .- Obra al Doc. nº15 ramo RPS información sobre riesgos del puesto .

Obra al Doc. nº6 ramo Hotelera, diploma acreditativo de haber recibido la formación en materia de prevención de riesgos laborales.

Obra la Doc. nº7 ramo Hotelera documentación acreditativa de haber sido informada la actora de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo

DECIMO-CUARTO.-Obran a los folios 27 a 111 de autos la vida laboral de la codemandada RPS en el periodo de 1.01.2014 a 26.05.2014, que se tienen por reproducidos .

DECIMO-QUINTO. El Convenio Colectivo de aplicación. hasta el momento la extinción era el de empresa UMANO 2004 .



En junio de 2005 tiene lugar la escisión de la sociedad denominada Umano Servicios Integrales que vendió al grupo RANDSTAD una parte de su sociedad y su negocio, de manera que se divide en dos empresas diferentes independientes: Umanos servicios integrales y RANDSTAD PROJECT SERVICES S.L. (Do cnº16 ramo RPS).

RPS siguió aplicando el Convenio 2004 hasta que en enero 2014 entró en vigor un nuevo Convenio de Empresa.

Obra al Doc. nº17 ramo RPS el Convenio Colectivo de UMANO SAU antes de la escisión de 24.08.2004.

DECIMO-SEXTO.- La actora formulo demanda sobre reclamación de cesión ilegal en fecha de 20 febrero 2014 que fue turnada este Juzgado y que tiene señalado día para juicio el 18 noviembre 2015.

DECIMO - SEPTIMO.- Obra al Doc. nº1 ramo Grupo Constant, el contrato de arrendamiento de servicios entre esta mercantil y la codemandada Hotelera Marina Barcelona de fecha 17 abril 2014 y que tiene por objeto la contratación de los servicios de limpieza de habitaciones del Hotel H10 Villa de la Reina,cuyo tenor se tiene por reproducido.

DECIMO-OCTAVO.- La entidad codemandada Hotelera Marina Barcelona externalizo el servicio de limpieza de habitaciones para conseguir una mejora en el mismo, en base a unos parámetros de calidad que tenían fijados,los estándares de calidad en relación con la prestación de servicios de RPS fueron bajando durante el año de prestación con esta mercantil y se decidió la rescisión del contrato por deficiencias graves de calidad en el mismo.

DECIMO-NOVENO.- Obrán al doc. nº3 ramo actora y ramo RPS la nóminas de la trabajadora.

VIGESIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación de los trabajadores.

VIGESIMO-PRIMERO.- Obra al Doc. nº17 ramo RPS el Convenio Colectivo de UMANO SAU antes de la escisión de 24.08.2004.

VIGESIMO-SEGUNDO.- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación en fecha de 31.03.2014 celebrándose el mismo en fecha de 15.04.2014 con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por HOTELERA MARINA BARCELONA S.L., GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. y desestimando la demanda formulada por D^a Rafaela contra LA EMPRESA RANDSTAD PROJECT SERVICES S.L, HOTELERA MARINA BARCELONA S.L., GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. Y CORPORACION H10 HOTELS S.L. (Desistida del procedimiento) y siendo parte el Ministerio Fiscal, debo declarar que la comunicación de la extinción de la relación laboral de la actora de fecha de efectos de 7.04.2014 es válida al amparo del art 49 ET absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, 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, 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 22.6.2016 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.- Disconforme la actora con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

Al recurso se oponen Randstad Project Services, SL, Hotelera Marina Barcelona, SL y Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU en sus respectivos escritos de impugnación por las razones alegadas en los mismos.

Así, en los cinco primeros motivos del recurso la actora solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras



la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto de autos la actora solicita en el primer motivo que se efectúe en el Hecho Probado Primero la adición que propone, a fin de que conste que las funciones que realiza son las indicadas, que serían las mismas de una gobernanta o subgobernanta definidas por el Convenio de Hostelería. Sin embargo, lo cierto es que la revisión pedida resulta por completo intrascendente al fallo, al no resultar de aplicación en el presente caso dicho Convenio, como veremos, lo que obliga a rechazar este primer motivo.

Como igualmente obligado resulta rechazar el motivo Segundo, en que la recurrente solicita que se revise el Hecho Probado Quinto, a fin de hacer constar que el anexo citado no tiene establecido plazo de duración del contrato específico por los servicios en el Hotel H.10 Villa de la Reina. Y es que la revisión pedida carece de toda trascendencia, debiendo subrayarse que el anexo mencionado se tiene por reproducido en el propio hecho impugnado.

A su vez, en lo que respecta al motivo Tercero, hemos de señalar que la adición del hecho propuesto por la actora resulta intrascendente al recurso, al ser lo realmente relevante, no que la empresa RANDSTAD PROJECT SERVICES (en adelante, RPS) forme parte del grupo RANDSTAD, en el que se encuentra una empresa de trabajo temporal, sino si actuaba o no como empleadora de la demandante, y en consecuencia ha de decaer también este motivo.

Y la misma suerte debe correr, y por idénticas razones, el motivo Cuarto, habida cuenta de que, con independencia de que los objetos sociales de RPS y de CONSTANT incluyan una amplia variedad de actividades diferentes a la limpieza de habitaciones del hotel, lo relevante es que RPS actuaba como empresaria, según se verá más adelante.

Finalmente, en lo referente al motivo Quinto, se ha de señalar que la adición pedida resulta también totalmente intrascendente al recurso, careciendo en todo caso del alcance que pretende dársele, en tanto en cuanto no se da razón de las circunstancias de las extinciones de los contratos a que la recurrente hace referencia, siendo así que, amén de que no se trata aquí de un despido objetivo colectivo, no es posible ignorar que las terminaciones de contratos temporales están excluidas del cómputo del artículo 51 ET .

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, bien entendido que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

SEGUNDO .- Al examen del derecho aplicado dedica la recurrente los siguientes motivos, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia en primer lugar la infracción de lo dispuesto en los artículos 21 y 27 del



Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 22 de marzo de 2014) y del artículo 18 d) del Cuarto Acuerdo laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería (BOE de 30 de septiembre de 2010) y a continuación, en el motivo Séptimo, la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 42 del mismo Texto legal y el Convenio Colectivo antecitado, mientras que en el motivo Octavo denuncia la infracción del artículo 108.2 de la LRJS, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y en el motivo Noveno la infracción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores; denunciando finalmente, en el motivo Décimo, la infracción del artículo 108 de la LRJS en relación con el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en dichos motivos deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Constituyendo el despido la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el art. 108.1 de la LRJS, al igual que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, determina que el Juez ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, habiéndose establecido en el art. 108.2 de aquella ley la exigencia de declarar el despido nulo cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos los supuestos específicos que se contemplan en el mismo, por motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados, lo que se recoge igualmente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (incluyéndose también el de las trabajadoras víctimas de violencia de género a que se refiere), de forma que si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas a que se refiere el art. 108.2 de la LRJS "el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo" (art. 108.3 de la LRJS). Debiendo tenerse en cuenta al respecto que cuando existe algún indicio de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales del trabajador ello conlleva la inversión de la carga de la prueba, según tiene establecido una reiterada doctrina constitucional (SS. del Tribunal Constitucional 38/1981, 114/1989 y 21/1992, entre otras).

Y aquí se ha de tener en cuenta que, ciertamente, el derecho consagrado en el artículo 24.1 de la C.E. no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (SS. T.C. 55/2004, de 19 de abril y 87/2004 de 10 de mayo, entre otras).

Así, en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC. 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14] y 38/2005 [RTC 2005\38], entre otras), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997)].

Ahora bien, a pesar de las alegaciones de la actora efectuadas en el motivo Octavo, resulta indudable que no puede hablarse aquí de un despido que pueda calificarse de nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, debiendo subrayarse que, partiendo de los hechos que se declaran probados en la relación fáctica de esta resolución, no cabe considerar que se procediera a su despido por haber presentado demanda sobre cesión ilegal, habiéndose producido su cese, al igual que el de otros nueve trabajadores, debido a la rescisión del contrato de servicios por parte de la mercantil Hotelera Marina Barcelona.

Lo que impide acoger la pretensión de la actora formulada con carácter principal, sin que quepa ignorar que, según ha puesto asimismo de relieve el Tribunal Constitucional, "el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación" (Sª del TC de 21 de marzo de 1986), debiendo rechazarse en consecuencia el motivo Octavo del recurso.

2ª) Sentado lo anterior, se ha de significar que, contemplada en el artículo 52. c) del Estatuto de los Trabajadores como uno de los supuestos de extinción (en realidad y más propiamente, despido, contra el que se puede recurrir como si se tratase de despido disciplinario - art. 53.3 ET -) la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando, tratándose de empresas de menos de cincuenta trabajadores, no procediera utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dió nueva redacción al antecitado art. 52. c) del Estatuto de los Trabajadores, permitiendo dicho despido cuando exista la necesidad objetivamente



acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 ET , es decir, las que posibilitan el despido colectivo, y en número inferior al establecido para éste (es decir, menos de 10 trabajadores en empresas de menos de cien; menos del 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y menos de 30 trabajadores en empresas de trescientos o más trabajadores). Por lo demás, tanto antes como después de la Ley 11/1994, los requisitos de dicho despido vienen establecidos en el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores , si bien la mencionada Ley dió nueva redacción a la letra c) del apartado 1 de dicho artículo, referente al preaviso, disponiéndose asimismo una redacción nueva para el apartado 4 del referido art. 53 ET , en que se establece la obligación del juzgador de declarar de oficio la nulidad del despido, entre otros supuestos, cuando el empresario hubiera incumplido los requisitos de forma establecidos en el apartado 1 del art. 53; debiendo declararse asimismo su nulidad cuando se superen los umbrales legalmente fijados, estableciéndose al efecto que cuando en períodos sucesivos de 90 días se realicen con el fin de eludir las previsiones legales extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) en un número inferior a los umbrales señalados sin causa que lo justifique, las mismas se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas (art. 51.1 E.T .).

Ahora bien, a pesar de que la recurrente sostiene en el motivo Noveno que se ha producido un despido colectivo superando los umbrales legalmente establecidos en el artículo 51.1 ET , no es posible ignorar que en el supuesto de autos no estamos en presencia de un despido objetivo individual, habiéndose procedido a la extinción del contrato de la actora y de otros trabajadores como consecuencia de la rescisión del contrato de servicios de limpieza a que hemos hecho referencia, habiéndose justificado asimismo la temporalidad del contrato de trabajo de la recurrente, a lo que se añade que el artículo 51 ET excluye en todo caso del cómputo las bajas por causa del artículo 49 c) ET , y en consecuencia se ha de rechazar también el motivo Noveno del recurso.

3ª) Una vez expuesto lo que antecede, y entrando ya a analizar la infracción denunciada por dicha recurrente en el motivo Séptimo (referente a la supuesta vulneración de los artículos 42 y 43 del E.T .), se ha de señalar que, ciertamente, resulta en extremo compleja la distinción entre contrata de servicios y cesión ilegal de trabajadores, en los términos previstos en los respectivos Arts. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores , y en ese sentido es de destacar la dificultad de deslindar cuándo nos encontramos ante esta figura, atendiendo a que, en general y obviamente, siempre se pretende encubrir bajo diversas fórmulas jurídicas distintas, o bien se acude a subterfugios de índole diversa que desdibujen los contornos de la figura interpositiva prohibida.

Así, como se ha señalado por la jurisprudencia (STS de 17-1-2002), la interposición es un fenómeno complejo, que puede darse en un diverso abanico de circunstancias y en que no es determinante la caracterización de las empresas implicadas, aunque sin duda pueda ser un factor más a tener en cuenta, pues, como ya de antiguo se señaló, puede darse perfectamente entre dos empresas con una existencia y funcionamiento tanto legal como real (SSTS de 16-2-1989 , 12-12-1997 ó 17-1-2002 , entre otras muchas). De tal modo que es una situación que sigue estando legalmente prohibida, salvo los tasados supuestos en los que resulta legalmente permitida la intervención de una Empresa de Trabajo Temporal (Ley de 1-6-1994), pero en la que se mezclan también, cada vez más, las contrataciones entre empresas, fenómeno además agudizado últimamente, en buena medida para obviar las exigencias jurídicas sobre las ETT, con el auge de las empresas de multiservicios.

Debe por lo tanto analizarse detenidamente caso a caso, con las dificultades que son propias de una compleja comparación de unos a otros supuestos (STS 20- 9-2003), para intentar desentrañar si nos encontramos o no ante un supuesto de tráfico prohibido de trabajadores, con independencia de las formalidades del caso, con las que se pretenda desvirtuar la realidad de la relación. Y eso además, a su vez, sin que se incida sobre la seguridad jurídica igualmente necesaria en el marco de las relaciones mercantiles entre las empresas, pero con la debida preeminencia de las disposiciones de tutela social, esenciales en el marco de una convivencia de tal naturaleza (artículo 1º, 1 CE), de manera que no se consiga, a través de subterfugios diversos, eludir la prohibición legal, encaminada a permitir un efectivo disfrute de los derechos laborales individuales y colectivos.

De este modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14-9-2001 se declara, al tratar el problema de la cesión ilegal proscrita por el artículo 43 del E.T ., que esta figura no sólo se da en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, habiendo precisado asimismo el Alto Tribunal que puede existir la cesión ilegal incluso en empresa que evidentemente no es de las que dedican su actividad al tráfico prohibido de cesión de trabajadores y que tal cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas "reales", si el trabajador de la una permanentemente trabaja para la otra y bajo las órdenes de ésta (Sª TS de 16-2-1989), de forma que "el hecho de que la empresa cuente con organización e infraestructura propia, no impide la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores si, en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios contratados con 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 necesaria para el desarrollo de tal servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa principal" (Sª TS de 19-1-1994).



Y el mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315) y en el auto de 28 de septiembre de 1999 y las STS de 16-6-2003 (rec. 3054/2001 -RJ 2003, 7092) y de 3-10-2005, que añaden 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 un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita.

Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (Sentencia de 7 de marzo de 1988 , RJ 1988, 1863), el ejercicio de los poderes empresariales (Sentencias de 12 de septiembre de 1988, RJ 1988, 6877 ; 16 de febrero de 1989, RJ 1989, 874 ; 17 de enero de 1991, RJ 1991,58 y 19 de enero de 1994 , RJ 1994,352) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la sentencia de 17 de enero de 1991 , que aprecia la concurrencia de la contrata cuando <la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables>, aparte de <mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección>, y en sentido similar se pronuncia la Sentencia de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993,7586), que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como <característica del supuesto de cesión ilegal>, habiendo declarado el Tribunal Supremo igualmente que para que pueda apreciarse una cesión ilegal de trabajadores es preciso que se evidencie que la aplicación de la contratación de obras y servicios, encubre en realidad un negocio puramente interpositorio (S^a TS de 7-3-1988 , entre otras) y es por ello que la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que carecen de esa realidad empresarial.

En definitiva, y a manera de conclusión, se observa que en este aspecto la jurisprudencia ha venido declarando que, aun partiendo de la premisa de que la empresa contratista es empresa real con una organización e infraestructura propias (sentencia del Tribunal Supremo de 25-10-99 , RJ 1999, 8152), debe acudir con fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, y en esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las sentencias del TS de 19-1-1994 (RJ 1994, 352) y 12-12-1997 (RJ 1997, 9315), ha fijado como línea de distinción la determinación no tanto del dato de que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba como verdadero empresario", 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, y 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". Así, según se ha venido declarando de forma reiterada, resulta relevante y decisivo para distinguir la cesión de la contrata el dato de que exista 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. En este sentido, señalan la citada STS de 14-9-01 (RJ 2002 , 582) y las de 24-9-01 , 17-1-02 (RJ 2002, 3755) y 16-6-03 (RJ 2003, 7092) que "la actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal".

Ahora bien, en la medida en que esta diferenciación no sea posible o no se lleve a cabo, y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la contratista, entonces se habrá producido una desnaturalización de la figura de la contrata, que habrá quedado reducida a la mera provisión de la mano de obra para que sea la empresa principal quien directamente reciba los frutos de su trabajo, ejerciendo el poder de dirección que incumbe a la contratista, por lo que habrá de apreciarse que existe una cesión ilícita y no una contrata. No es infrecuente que la externalización afecte a un área muy enraizada en el núcleo más esencial de la actividad de la empresa, y ello da lugar a una tensión entre el propósito de descentralizar y la necesidad de controlar muy directamente la actividad contratada, lo que en definitiva se resuelve en el deslizamiento a menudo inevitable hacia la figura de la cesión.



Pues bien, en el supuesto de autos, aun cuando la actora sostiene en este motivo que existió una cesión ilegal, lo cierto es que, debiendo partirse necesariamente del inalterado relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en la misma, nos encontramos con que Randstad Project Services SL, que ejerce una actividad empresarial propia, no se limitó a suministrar mano de obra abandonando sus funciones empresariales, de dirección y organización, respecto a la demandante, ya que el personal de dicha empresa era el encargado de gestionar todo lo relacionado con la limpieza de las habitaciones en el hotel del cliente, existiendo un coordinador a tales efectos, habiendo quedado acreditado asimismo que esta empresa organizaba los turnos y las vacaciones y controlaba la asistencia de los empleados, a los que les daba formación para mejor atender el servicio así como en materia de prevención de riesgos laborales. Y en consecuencia no se darían los requisitos que se exigen para apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, con arreglo a la doctrina antecitada, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, por lo que ha de decaer el motivo Séptimo del recurso e igualmente el motivo Sexto, ya que, no existiendo tal cesión, habría de aplicarse al Convenio Colectivo por el que se rige RPS, siendo la categoría de la actora precisamente la de Coordinadora, conforme a lo indicado.

4ª) Por último, y en lo referente al motivo Décimo, hemos de señalar que tampoco cabe apreciar la infracción que se denuncia. Y aquí se ha de señalar que con arreglo al artículo 49.1 c) E.T. el contrato de trabajo se extinguirá por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, si bien para la extinción del contrato de trabajo a término, el vencimiento de éste ha de ser denunciado por la parte a quien interese.

Debiendo tenerse en cuenta asimismo que, según han declarado las SSTs de 20-11-2000 y 23-9-2002, en los supuestos en que el empresario realizaba una contrata, "no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra, entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización", sino que se aprecia que concurre "una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste".

En este sentido, según declara la S TS de 26-6-2001, no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la exigencia temporal de trabajo el que éste pueda responder también 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 decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Y así, al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, resulta igualmente ajustada al mandato del artículo 49.1 c) E.T. la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería.

Tal como ocurre en el presente caso, en que, conforme a lo expuesto, la contratación de la demandante no se realizó en fraude de ley, quedando vinculado su contrato a la duración de la contrata que tenía la empresa con Corporación H10 Hotels, SL, la cual se extinguió el 7-4-2014, lo que justifica que se le notificase a la ahora recurrente la finalización de su contrato, tal como se razona en la sentencia de instancia, a cuyos argumentos nos remitimos.

En consecuencia, resulta plenamente válida la causa de extinción esgrimida por la empresa, debiendo decaer también este motivo, y por lo tanto, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, procede, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Rafaela contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 20 de los de Madrid de fecha 7.7.2015 dictada en virtud de demanda presentada contra HOTELERA MARINA BARCELONA, SL, RANDSTAD PROJECT SERVICES SL, GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. y CORPORACION H 10 HOTELS, SL. en reclamación por Despido, debemos confirmar y confirmamos dicha 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 2827-0000-00-0197-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2827-0000-00-0197-16.

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 de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.