

Roj: **STS 7925/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7925**Id Cendoj: **28079140012012100870**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/10/2012**Nº de Recurso: **4005/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Javier Marijuán Izquierdo, actuando en nombre y representación de **D<sup>a</sup> Ariadna** contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011, dictada por la Sala de lo Social de Castilla-León, en el recurso de suplicación núm. 1111/11, formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valladolid, en autos núm. 475/2010, seguidos a instancia de **D<sup>a</sup> Ariadna** frente a COMPUSOF, S.A., ATOS ORIGIN SAE, y TELEFONICA DE ESPAÑA SAU.

Han comparecido en concepto de recurridos COMPUSOF, S.A., ATOS ORIGIN SAE, y TELEFONICA DE ESPAÑA SAU y en su nombre y representación a los Letrados **D<sup>a</sup> Ana Pérez Salcedo**, **D. Manuel Fernández Fontecha Rumeu** y al Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel Orueta** respectivamente.

Es Ponente la Excm. Sra. **D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea**, Magistrado de Sala

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de noviembre de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valladolid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: 1º)- La demandante **D<sup>a</sup> Ariadna**, ha venido prestando sus servicios de tareas de mantenimiento informático soporte local y de forma telefónica en remoto, en las Instalaciones de Telefónica de España SAU desde el 5 de julio de 2005 para sustituir a un empleado de la citada empresa que pasó a situación de liberado sindical, contratada inicialmente por la codemandada COMPUSOF, S.A. que facturaba a Telefónica Soluciones de OUTSOURCING, S.A. por mensualidades de "técnico de sistemas para Tde y gastos varios" hasta el 5 de julio de 2007 a virtud de condiciones generales que constan a los folios 909 y 910 vueltos. A partir de dicha fecha se adjudicó contrato de prestación de servicios de software hasta el 31-8-2008 a NEXTEL E.S. S.L. que suscribió contrato de trabajo con la demandante que siguió realizando las mismas tareas en Telefónica. Telefónica adjudica la contratación de servicios de explotación y mantenimiento de puestos de trabajo, que antes tuvieron COMPUSOF y NEXTEL a la codemandada ATOS ORIGIN SAE que suscribe contrato de trabajo con la demandante que sigue desempeñando las mismas funciones en Telefónica en las instalaciones que ésta tiene en la PI Luis Braille en el barrio Vadillos de Valladolid y desde junio de 2009 en las de Huerta del Rey. El contrato de prestación de servicios de Telefónica y Atos obra a los folios 436 y 55 que en aras a la brevedad se da aquí por reproducido y se establece como objeto "Prestación de servicios de explotación y mantenimiento de puestos de trabajo (2008-2011)" conforme al pliego de condiciones cuya copia obra a los folios 469 y ss que se da igualmente por reproducido. 2º) Desde el 5 de julio de 2005 la prestación laboral de la actora se ha desarrollado siempre en las instalaciones propias de Telefónica realizando el trabajo de forma presencial para el mantenimiento del soporte local y también de forma telefónica para mantenimiento en remoto. La demandante ha trabajado en Telefónica integrada en su estructura conjuntamente con otros trabajadores de dicha empresa de forma coordinada compartiendo medios y trabajos. Las funciones que desarrolla la actora son ordenadas y controladas por **D. Rosendo** y **D. Jose Pablo**, personal de Telefónica, que es quien da las oportunas órdenes de trabajos e



instrucciones de forma directa a la actora. Es la única trabajadora de ATOS ORIGIN que trabaja en Telefónica en Valladolid sin que exista en Valladolid personal alguno que haga funciones de control y ordenación de su trabajo. La trabajadora ha estado integrada hasta Junio de 2009 en los turnos y rotaciones de los cuatro trabajadores de Telefónica que hacen iguales funciones. La demandante firmaba para Telefónica documento de confidencialidad sobre los datos de clientes y personales. Se ponían de acuerdo ella y los empleados de Telefónica de Valladolid que realizaban mantenimiento del soporte local y en remoto para el disfrute de las vacaciones, los permisos y la asistencia a actividades de formación para que el servicio quedara cubierto. Las instrucciones se emitían a través de correo electrónico en red de la propia telefónica y habitualmente a través de cuenta de correo corporativo en el que figuraban empleados de telefónica y la actora, limitándose el coordinador de ATOS D. Armando a enviar correos de control a posteriori y con frecuencia mensual. 3º) La demandante presentó papeleta de conciliación frente a Telefónica Y Atos Origin SAO el 16 de abril de 2010, celebrándose el preceptivo intento el 5 de mayo de 2010 que resultó sin efecto. Presentándose demanda el 11 de junio de 2010 que fue turnada a este juzgado el 14 siguiente. 4º) El 30 de abril de 2010 el contrato de arrendamiento de servicios que prestaba ATOS ORIGIN SAU se adjudica a otra empresa que no contrata a la demandante que continúa trabajando para ATOS ORIGIN SAU en Boecillo (Valladolid). 5º) En Abril de 2010 ATOS ORIGIN fue objeto de inspección en Madrid levantándose contra la misma acta de infracción por cesión ilegal de trabajadores de 3GH Informática Integral por prestar servicios en Telefónica. Dicha acta no es firme."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte *dispositiva*: "*Que desestimando las excepciones invocadas y estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup>. Ariadna , en cuanto deducida contra TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y ATOS ORIGIN SAE, se reconoce la existencia de cesión ilegal de la trabajadora a Telefónica España S.A.U. y según opta en la demanda se proceda a integrarla en la plantilla de TELEFONICA ESPAÑA, S.A.U. como trabajadora por tiempo indefinido con derecho al percibo de los salarios en las mismas condiciones que los trabajadores de ésta con igual o equivalente puesto de trabajo y con absolución de las codemandadas COMPUSOF, S.A. y NEXTEL, S.L.*"

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones letradas de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y de ATOS ORIGIN SAE respectivamente, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, la cual dictó sentencia en fecha 25 de octubre de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "*ESTIMAMOS los recursos de suplicación interpuestos por las indicadas representaciones de las empresas ATOS ORIGIN SAE y TELEFÓNICA S.A.U., contra la sentencia de 23 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social N° 2 de Valladolid en los autos número 475/10, seguidos sobre ORDINARIO a instancia de DOÑA Ariadna contra las mencionadas empresas y contra COMPUSOF, S.A. y NEXTEL E.S S.L., revocando íntegramente la misma y absolviendo, por falta de acción, a las demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra.*"

**TERCERO.-** Por el Letrado D. Javier Marijuán Izquierdo actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ariadna , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 19 de diciembre de 2011. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 5 de noviembre de 2007 por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso núm. 3087/2007 .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 22 de marzo de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado la Letrada D<sup>a</sup> Ana Pérez Salcedo actuando en nombre y representación de la entidad COMPUSOF S.A., el Procurador D. Juan Antonio Garcia San Miguel Orueta actuando en representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., y el letrado D. Manuel Fernández-Fontecha Rumeu, actuando en nombre y representación de la mercantil ATOS ORIGIN, S.A.E., mediante escritos presentados en el Registro General de este Tribunal el 13 de abril de 2012, el 3 de mayo de 2012 y el 30 de mayo de 2012, respectivamente.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de octubre de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante vino prestando servicios al menos desde el 5 de julio de 2005 en las instalaciones de Telefónica de España por cuenta de sucesivas empresas suscriptoras de sendas contrataciones con la citada mercantil, incluyendo Compusof, S.A., Nextel. E.S. S.L., Atos Origin S.A.U. A partir del mes de junio de 2009, la trabajadora pasa de prestar servicios en la Plaza Luis Braille a la Huerta del Rey. El 30 de abril de 2010 Telefónica adjudica la contrata a otra empresa distinta de Atos Origin SAU, y no se contrata a la demandante, permaneciendo esta al servicio de Atos Origin SAU en Boecillo. El juzgado de lo Social estimó la demanda,



declara la existencia de cesión ilegal respecto de Telefónica de España S.A.U. y Atos Origin S.A.U. y condena, según opción formulada en la demanda, a Telefónica España S.A.U. a readmitir a la actora en su plantilla como trabajadora por tiempo indefinido, absolviendo a Compusof, S.A. y Nextel S.L. La Sala de lo Social estimó el recurso de suplicación de Atos Origin S.A.U. y de Telefónica de España S.A., apreciando la falta de acción en la demandante con invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (R.C.U.D. 3347/2009) en relación con la fecha de cese de la supuesta interposición, atendiendo a la fecha de presentación de la demanda .

Recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 5 de noviembre de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid , sentencia que también figura aportada como referencial en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 7 de mayo de 2010 . En la sentencia de comparación, se considera que la acción permanece viva por subsistir las condiciones en las que se supone producida la cesión ilegal cuando tiene lugar la presentación de la papeleta de conciliación, si bien la relación con la contratista se había extinguido en la fecha de presentación de la demanda.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la LPL .

**SEGUNDO.-** La recurrente alega la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , impugnando así la declaración de falta de acción que sirve de base a la sentencia recurrida para desestimar la demanda.

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 último, 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 Telefónica de España S.A con Atos Origin SAU 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 .

**TERCERO.** - Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Javier Marijuán Izquierdo, actuando en nombre y representación de **D<sup>a</sup> Ariadna** , sin imposición de costas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la L.P.L .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Javier Marijuán Izquierdo, actuando en nombre y representación de **D<sup>a</sup> Ariadna** contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011, dictada por la Sala de lo Social de Castilla-León, en el recurso de suplicación núm. 1111/11 , formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valladolid, en autos núm. 475/2010, seguidos a instancia de **D<sup>a</sup> Ariadna frente a COMPUSOF, S.A., ATOS ORIGIN SAE, y TELEFONICA DE ESPAÑA SAU.** Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de Procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.