



Roj: **STS 5213/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5213**

Id Cendoj: **28079140012016100893**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **2779/2014**

Nº de Resolución: **918/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4797/2014,**
STS 5213/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos de casación para unificación de doctrina, interpuestos, respectivamente, por la Abogada del Estado, en nombre y representación de AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, Y por el Letrado Don Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, en nombre y representación de la empresa KONECTA BTO, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 5 de mayo de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación nº 335/14, formulado por la parte demandante, frente a la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona, en autos nº 764/12, seguidos a instancias de doña Lorenza, doña Marisa, doña Montserrat, don Hilario, doña Penélope, doña Rita, doña Sandra, doña Tarsila, doña Virginia, doña María Rosa, doña Ana María y doña Alicia frente a la empresa KONECTA BTO, S.L. y frente a la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA sobre reclamación de DERECHOS. Se ha personado como parte recurrida el letrado Don Juan Esteve Oriol, en nombre y representación de Doña Lorenza y once más.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por KONECTA BTO, S.L. y por la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Y desestimando la demanda interpuesta por doña Lorenza, doña Marisa, doña Montserrat, don Hilario, doña Penélope, doña Rita, doña Sandra, doña Tarsila, doña Virginia, doña María Rosa, doña Ana María y doña Alicia frente a la empresa KONECTA BTO, S.L. y frente a la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, absuelvo a las codemandadas de las peticiones en su contra deducidas.». Se dictó auto de aclaración el 23 de mayo de 2014, respecto al Fallo, por el que se subsana la omisión sufrida, al hacer constar que los núms. 3 y 4 del ET son los números 3 y 4 del art. 43 del ET.

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Los demandantes han prestado servicios en los períodos que se relacionan y para las empresas que se detallan en el Anexo II del escrito de demanda, de forma individualizada para cada demandante, y cuyo contenido se da por reproducido. Suscribieron también los contratos de trabajo que allí se relacionan desarrollando los servicios que también se refieren en dicho anexo, y cuyo contenido también se da por reproducido.

(Documentos números 8 a 19 de la actora).



SEGUNDO.- Desde el 01/03/2010 todos los demandantes prestan servicios para KONECTA BTO, S.L., con la categoría profesional de gestores telefónicos, en base a contratos de trabajo por obra suscritos en la indicada fecha con la señalada empresa cuyo objeto es la "prestación del servicio telefónico de información tributaria para facilitar información tributaria a los contribuyentes, según las concretas condiciones contenidas en el concurso nº 10/10 convocado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria".

El salario que actualmente perciben los actores es el siguiente (en módulo mensual bruto con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias):

Sra. Lorenza : 2.160,91-euros

Sra. Marisa : 2.160,91-euros.

Sra. Montserrat : 1.661,73-euros.

Sr. Hilario : 1.523,43-euros.

Sra. Penélope : 1.335,14-euros.

Sra. Rita : 1.661,73-euros.

Sra. Sandra : 2.160,91-euros.

Sra. Tarsila : 1.661,68-euros.

Sra. Virginia : 1.385,14-euros.

Sra. María Rosa : 1.828,12-euros.

Sra. Ana María : 1.108,54-euros.

Sra. Alicia : 1.661,73-euros.

(Hecho pacífico entre las partes en cuanto al salario y categoría profesional y contratos de trabajo suscritos con la empresa demandada en lo relativo a objeto de los mismos -documentos números 8 a 19 de la actora).

TERCERO.- Las empresas en las que los actores desarrollaron sus servicios antes del 01/03/2010 y que se relacionan en el Anexo II, obtuvieron en su momento la adjudicación del servicio telefónico de información básica (o el servicio de asistencia a los contribuyentes) en distintos ejercicios, conforme a lo expuesto en el anexo I del escrito de demanda cuyo contenido se da por reproducido. (Documento número 1 de la actora).

CUARTO.- La AEAT adjudicó a la codemandada KONECTA BTO, S.L. -mediante resolución publicada en el BOE de 31/03/2010-, tras el correspondiente concurso público, la prestación del servicio telefónico de información tributaria básica de los años 2010 y 2011 en el que los actores han prestado y están prestando servicios; dicha adjudicación fue prorrogada para los años 2012 y 2013. (Hecho pacífico entre las partes y documentos números 2 a 7 de la actora).

QUINTO.- El desarrollo del servicio telefónico de información tributaria básica se realiza de la siguiente forma:

-El número de teléfono al que se llama para solicitar la información es el 901 33 55 33 y es titularidad de la AEAT. No obstante KONECTA BTO, S.L. es la titular del aplicativo "AVAYA" que es el que controla el tráfico de llamadas de la centralita del número indicado. (Hecho reconocido por la AEAT en cuanto a la titularidad del número y testifical de las Sras. Bernarda y Adolfinia en relación a la existencia y titularidad del aplicativo de control del tráfico de llamadas).

- Físicamente los actores se hallan en una plataforma telefónica instalada primero en la calle Bruc, nº 16 y luego en la calle Ausias March, nº 25, de Barcelona; de dichos centros de trabajo es arrendataria KONECTA BTO, S.L., y el material existente en los mismos son de su propiedad. (Hecho pacífico entre las partes y testifical de Doña. Adolfinia).

- KONECTA BTO, S.L. elaboró previamente una base de datos en la que se contiene, de forma sistematizada, toda la información tributaria que es de acceso público a través de la página web de la AEAT. Los actores debían consultar dicha base de datos para dar respuesta a la información solicitada por el contribuyente que llamaba y, de no hallar la misma en dicha base de datos, remitía la pregunta a su supervisor o bien indicaban al contribuyente que realizaran su consulta por escrito o se dirigieran a presencialmente a una delegación de la AEAT; dicho supervisor era quien a su vez la trasladaba a la AEAT siendo dicho organismo quien resolvía la cuestión. Los actores no tenían acceso a la intranet de la AEAT ni a la información de uso interno de su personal sino únicamente a la misma información tributaria a la que puede acceder cualquier contribuyente a través de la página web. (Testifical de la Sra. Evangelina , de la Sra. Juana , de Doña. Bernarda).



- KONECTA BTO, S.L. es quien da las órdenes de trabajo a los actores (Documento número 17 de dicha codemandada).

KONECTA BTO, SL. realiza un control de calidad del servicio telefónico de información tributaria básica que desarrolla; para ello su departamento de calidad monitoriza las llamadas mediante un sistema en el que el supervisor escucha directamente la atención telefónica que realiza. Esta supervisión no tiene por objeto controlar los aspectos técnicos de la información tributaria dada, sino la calidad de la atención telefónica y que la misma se ajuste al protocolo de excelencia telefónica marcado. En caso de apreciarse alguna irregularidad la responsable de calidad se entrevista con el empleado y en su caso decide la necesidad o no de reciclaje. (Testifical de las Sras. Milagrosa , Adolfiná y Bernarda).

SEXTO.- Desde el 01/03/2013 la AEAT no ha realizado exámenes de aptitud a quienes realizan el servicio de información telefónica básica. (Testifical de Doña. Juana)

SÉPTIMO.- KONECTA BTO, S.L. ha dado formación a los actores en lo relativo a la calidad de la atención telefónica.

Asimismo, desde el 01/03/2010, personal de la AEAT ha dado a los actores 1 sesiones puntuales de formación relativas a los siguientes contenidos :

- Novedades de Renta y patrimonio de 2012.

- Refuerzo Renta 2012.

- Impuesto de Sociedades del ejercicio 2009 (en junio de 2010) Renta 2010 (en marzo de 2011).

- Impuesto de Sociedades 2010 (en junio 2011)

- Tributación de administradores de empresas (octubre/noviembre 2010) Notificación electrónica (diciembre de 2011).

(Hecho parcialmente reconocido por la AEAT -en cuanto a los dos primeros cursos señalados-; testifical de Doña. Evangelina y Juana en cuanto al resto; y documento número 21 de KONECTA BTO, S.L. en cuanto a los impartidos por ésta)

OCTAVO.- Las cuestiones relativas a horarios, jornadas de trabajo, vacaciones y permisos de los actores los tratan éstos con los mandos de KONECTA BTO, S.L., no con personal de la AEAT. Asimismo es el personal de KONECTA BTO, S.L. quien decide en cada momento las necesidades de plantilla para cubrir el servicio de información telefónica tributaria.(Interrogatorio de la actora Sra. Sandra y documentos números 17, 18, 19, 20 y 22 de KONECTA BTO, S.L.).

NOVENO.- Los actores no realizan función alguna relativa al servicio de borrador de la AEAT. (Interrogatorio de la actora Sra. Sandra).

DÉCIMO.- Con fecha 22/05/2012 los actores presentaron papeleta de conciliación por reconocimiento de derecho ante el servicio administrativo, celebrándose el intento de conciliación el día 26/06/2012 con el resultado de "sin avenencia". Asimismo interpusieron reclamación previa frente a la AEAT en fecha 22/05/2012 que fue desestimada por resolución de 18/07/2012. Y los actores formularon demanda de reconocimiento de derecho que tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Barcelona el 25/07/2012 y que fue repartida a este Juzgado de lo Social. (Demanda actora y documental acompañada a la misma).»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2014 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña Lorenza , doña Marisa , doña Montserrat , don Hilario , doña Penélope , doña Rita , doña Sandra , doña Tarsila , doña Virginia , doña María Rosa , doña Ana María y doña Alicia contra la sentencia de 16 de Septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona en autos 764/12 de aquel juzgado seguidos a instancia de la parte recurrente contra KONECTA BTO, S.L. Y AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA y en consecuencia la revocamos declarando la existencia de cesión ilegal de los trabajadores demandantes por parte de Konecta BTO. SL a la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA con los efectos previstos en los nºs 3 y 4 del E.T., condenado a las referidas codemandadas a estar y pasar por esta declaración. Sin Costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por una parte, por la Abogada del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencias contradictorias las dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11 de noviembre de 2011, recurso nº 3353/11, y la



dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid, en fecha 20 de noviembre de 2000, recurso nº 1734/2000, articulando un único motivo, al amparo de lo establecido en el art. 224, 1.2, en relación con el artículo 207.e) de la LRJS, e invoca como infringidos los arts. 42 y 43 del E.T.

De otra parte, se formalizó, por el letrado Don Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11 de noviembre de 2011, recurso nº 3363/11, articulando un único motivo, e invoca como infringido el art. 43 del E.T.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el 2 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión debatida en la presente litis consiste en determinar si ha existido cesión ilegal de trabajadores entre las empresas demandadas, situación que, conforme al art. 43.2 ET, excepción hecha de las empresas de trabajo temporal (43.1), se produce cuando el objeto de los contratos de servicios entre empleadoras se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la cedente a la cesionaria, cuando la primera carezca de una actividad o de una organización propia y estable, cuando la misma no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o cuando no ejerza las funciones inherentes a su condición empresarial.

2. La sentencia aquí recurrida en casación unificadora, dictada el 5 de mayo de 2014 (R. 335/2014) y aclarada por auto de 23 de mayo siguiente por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, revocando el fallo desestimatorio de instancia, acoge favorablemente el recurso de suplicación de los doce trabajadores demandantes, diez de ellos mujeres, y declara la existencia de cesión ilegal de todos ellos por parte de la empresa Konecta BTO. SL (KB, en adelante) a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), con los efectos previstos en los números 3 y 4 del art. 43 ET.

Todos los demandantes habían sido contratados por KB, con la misma categoría de "gestores telefónicos", en virtud de contratos de trabajo por obra o servicio determinado, cuyo objeto era la "prestación del servicio telefónico de información tributaria para facilitar información tributaria a los contribuyentes, según las concretas condiciones contenidas en el concurso nº 10/10 convocado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria", (h. p. 2º), quien, tras el correspondiente concurso público, adjudicó a KB, mediante una primera resolución publicada en el BOE de 31/03/2010, el referido servicio telefónico de información y asistencia tributaria básica a los contribuyentes de los años 2010 y 2011, prorrogado luego para 2012 y 2013 (h. p. 4º), desempeñando los actores su actividad en los términos y condiciones que describen los hechos probados de la sentencia de instancia, transcrita en su integridad en los antecedentes de hecho de la presente resolución, de entre las que caben destacarse, como también resume el informe del Ministerio Fiscal, las siguientes:

a) El número de teléfono al que llaman los contribuyentes es de titularidad de la AEAT, aunque KB controla el tráfico de llamadas a través de un aplicativo propio ("AVAYA") que es el que controla el tráfico de llamadas de la centralita del indicado número (h. p. 5º).

b) Los locales o centros de trabajo en los que los actores desempeñan la actividad están arrendados por KB que, además, es propietaria del material existente en ellos y así mismo había elaborado una base de datos que contiene, de forma sistematizada, toda la información tributaria, de acceso público a través de la página web de la AEAT, que consultaban los demandantes para realizar su trabajo, remitiendo la pregunta a su supervisor si no podían resolverla o indicando al contribuyente que se dirigiera por escrito, o presencialmente, a la AEAT (h. p. 5º).

c) Los actores no tenían acceso a la Intranet de la AEAT ni a la información de uso interno de su personal sino únicamente a la misma información tributaria a la que puede acceder cualquier contribuyente a través de la página web de la AEAT (h. p. 5º).

d) KB daba las órdenes de trabajo y realizaba el control de calidad del servicio telefónico de información tributaria básica que desarrollaba, motorizando las llamadas mediante un sistema en el que el supervisor escucha directamente la atención telefónica que se realiza; esa supervisión no tiene por objeto controlar



los aspectos técnicos de la información tributaria dada, sino la calidad de la atención telefónica y que la misma se ajuste al protocolo de excelencia telefónica marcado; en caso de apreciarse alguna irregularidad, la responsable de calidad se entrevista con el empleado y, en su caso, decide la necesidad o no de reciclaje (h. p. 5º).

e) Desde el 1-3-2010, personal de la AEAT ha dado puntuales sesiones formativas a los actores relativas, entre otras, a los impuestos de renta, patrimonio, sociedades y notificación electrónica (h. p. 7º), y desde el 1-3-2013 la AEAT no ha efectuado exámenes de aptitud a quienes realizan el servicio de información telefónica básica (h. p. 6º).

f) Era los mandos de KB, no el personal de la AEAT, quienes resolvían las cuestiones relativas a horarios, jornadas de trabajo, vacaciones y permisos de los actores, así como quienes decidían sobre las necesidades de plantilla para cubrir el servicio de información telefónica tributaria (h. p. 8º).

g) Los demandantes no realizaban función alguna relativa al servicio de borrador de la AEAT (h. p. 9º).

3. Además, como resultado de la estimación parcial de otras tantas revisiones fácticas postuladas en suplicación, la Sala de Cataluña, pese a rechazar varias de ellas por irrelevantes (cualidad ésta que la Sala atribuye a la solicitud actora de suprimir, en los ordinales 3º, 4º, 5º y 6º del relato histórico de instancia, la expresión "básica" con la que se califica a la información tributaria proporcionada por los demandantes, en razón a que, al entender de la Sala, "la mayor o menor complejidad de la información que se facilita no influye en la posible presidencia [sic; sin duda quiere decirse "presencia"] de una cesión ilegal de trabajadores"), pese a ello, insistimos, sí acepta las siguientes rectificaciones o puntualizaciones de la declaración de hechos probados de instancia:

1ª) La del hecho probado 5º, por un lado, según se dice, "en el sentido de hacer constar que la AEAT da instrucciones concretas a las actoras respecto al contenido de su prestación" y, por otro, para incluir también que la propia información que éstas facilitan a los contribuyentes "es supervisada o controlada por la AEAT por los dos siguientes medios: a) mediante escuchas telefónicas de las conversaciones mantenidas por los demandantes con los contribuyentes consultantes y b) mediante los informes detallados que KONECTA tiene que cursar a la AEAT cada día antes de las 10,30 horas, respecto del día anterior y también a que el centro de Atención telefónica (CAT) desarrolla funciones parcialmente coincidentes con el servicio telefónico de Información Tributaria (STTT) que atienden las actoras".

2ª) La del ordinal 6º para incluir en él que "entre los codemandados está estipulado que dicho personal debe superar una prueba de aptitud realizada por la Agencia Tributaria" porque así "se infiere directamente de las prescripciones técnicas del concurso 10/10 al que se remite la contrata", y, en fin

3ª) La del hecho probado 7º para añadir "que también la AEAT proporciona formación a los trabajadores de KONECTA para el correcto desarrollo de la contrata".

4. En esencia, las razones dadas por la sentencia recurrida para declarar la existencia de cesión ilegal, siguiendo con ello precedentes propios (SSTSJC 10-1- 2012 , 7-3-2014 y las que en ella se citan) y también, según se dice, determinada doctrina de estas Sala (SSTS4ª 4-7-2012, R. 967/11 , con cita de la de 27-1- 2011, R. 1784/10), se concretan de la siguiente manera en los tres últimos párrafos de su segundo y último fundamento de derecho:

" Es cierto que la mayor parte de estas notas [se refiere a las circunstancias normalmente determinantes de la inexistencia de cesión ilegal descritas con anterioridad] se declaran probadas en la sentencia de instancia, pero aún así después del examen del relato de hechos probados de la sentencia que ha sido modificado en sede de suplicación ha de concluirse que concurren elementos suficientes para considerar que se ha producido una situación de cesión ilegal de trabajadores. En efecto la propia sentencia recurrida reconoce que la titularidad del número de teléfono al que llaman los contribuyentes para obtener la información tributaria, actividad a la que se dedican los actores contratados por Konecta en base a los términos de la contrata convocada por la AEAT a través del concurso 10/10 pertenece a la Agencia Tributaria con lo cual quienes efectúan la llamada piensan, por la apariencia creada que lo hacen con los propios empleados de la Agencia Tributaria, por si ello no fuera suficiente está previsto en la contrata que los trabajadores de Konecta para acceder a prestar el servicio de información deben pasar una prueba de aptitud, son controlados en sus respuestas por grabaciones telefónicas también de la AEAT, en el caso [por simple error mecanográfico, sin duda, se dice "cado"] de no conocer la respuesta la solicitan a su supervisor pero si este tampoco la conoce[n] la contesta la propia AEAT directamente de modo que una pregunta hecha a un empleado de KONECTA termina obteniendo una respuesta del personal de la AEAT.

Por ello se lógico que como hemos afirmado en el relato de hechos probados la AEAT de a los actores instrucciones respecto al contenido de su prestación de servicios y les proporcione directamente la formación correspondiente a través de cursillos.



Todo lo expuesto pone de relieve que si bien en su actividad interna, horarios, permisos, vacaciones, etc., Konecta pone en juego su organización empresarial esto no sucede en relación al verdadero contenido de su actividad que no es otro que el objeto de la contrata con la AEAT respecto de la cual los trabajadores demandantes reciben instrucciones, son controlados diariamente y formados por la AEAT como si de su propio personal se tratara, llegando a coincidir en parte sus funciones y a ser respondidas en ocasiones las cuestiones que les son formuladas cuándo no les son conocidas, por los servicios de la AEAT creándose una confusión en los contribuyentes que desconocen la dualidad de empresas prestadoras del servicio de información pues como se ha dicho la titular del número de teléfono en la que esta es solicitada es la AEAT. Lo expuesto y razonado determina que nos encontremos ante una cesión ilegal de trabajadores y en consecuencia procede declararlo así por hallarse en el supuesto previsto en el art. 43-3 del ET con los efectos previstos en los números 3 y 4 del art. 43 del propio cuerpo legal".

SEGUNDO .- 1. Frente a la mencionada sentencia de suplicación acuden en casación unificadora tanto la empresa KB como la AEAT, denunciado ambas la infracción del art. 43 ET y la AEAT, además, la del art. 42 ET, cuestionando los dos recursos la existencia de cesión ilegal. La AEAT ofrece como sentencia de contraste la dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2011 (R. 3353/11) y KB otra sentencia de igual fecha de la misma Sección del mismo Tribunal (R. 3363/11).

2. En la primera sentencia referencial (R. 3353/11), recaída en procedimiento de despido y cesión ilegal, consta acreditado que el 15 de febrero de 2008 se constituyó una Unión Temporal de Empresas (UTE) con la finalidad de presentarse al concurso público 12/08, de la Agencia Tributaria, que consistía en la adjudicación de un contrato de "Servicio Oficina Telefónica de Asistencia al Contribuyente. El día 27 de ese mismo mes, la UTE suscribió el contrato objeto del concurso, con duración inicial pactada desde el 1 de marzo 2008 al 10 de febrero de 2009, prorrogado después hasta el 28 de febrero de 2010, y los trabajadores demandantes fueron contratados por la UTE para prestar los servicios adjudicados, iniciando su actividad desde el 3 de marzo de 2008 hasta su cese, por terminación del servicio contratado, el 28 de febrero de 2010. La sentencia declara que no hubo despido, al considerar que los contratos no eran fraudulentos, siendo así que la campaña contratada tenía autonomía y sustantividad propia por constituir la asistencia telefónica un aspecto particular y diferenciado del general de información. También excluye la cesión ilegal, porque era la UTE el verdadero empresario al ser quien coordinaba, controlaba y dirigía el trabajo de los demandantes, y la posible cualidad indefinida de los contratos -ex art. 15.2 ET - por los servicios prestados en otra de las demandadas, por tratarse de sujetos empresariales de los que no cabe predicar identidad.

3. En la segunda sentencia referencial (R. 3363/11), la que invoca el recurso de KB, los demandantes también fueron contratados por una UTE -constituida ésta el 12 de mayo de 2008 -, con la categoría profesional de "teleoperador/operadora especialista base renta borrador", mediante contrato de obra o servicio determinado, siendo su objeto "el tiempo que dure la campaña de servicio de Oficina de asistencia al contribuyente/borrador concurso 12/08", teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa. La contrata tenía una duración inicial desde el 1 de marzo de 2008 hasta el 29 de febrero de 2009 y fue prorrogada por otra anualidad. El 28 de febrero de 2010 los demandantes fueron cesados por terminación de la campaña o servicio para la que fueron contratados. La sentencia descarta la existencia de cesión ilegal, dado que la actividad de los demandantes estaba coordinada por la UTE, que era también la que tramitaba las vacaciones, realizándose el trabajo por los actores tanto en las dependencias de la UTE como en las de la Agencia Tributaria, concluyendo la Sala que la dirección y el control del trabajo lo ejercía la UTE que, por tanto, era el verdadero empresario de los demandantes.

4. En el trámite de admisión, una primera aproximación al requisito de la contradicción, nos hizo pensar que no concurría en este caso (providencia de 30-4-2015); pero, tras las acertadas alegaciones efectuadas al respecto por las dos demandadas y por el Ministerio Fiscal, pudimos comprobar que, en efecto, tal como todos ellos aducían, sí se halla presente en las dos sentencias referenciales, prácticamente iguales entre sí respecto a los hechos (ciertamente parcos en la primera de ellas, como resalta el Ministerio Fiscal), las pretensiones y sus respectivos fundamentos, porque, centrándonos en la resolución invocada por la AEAT (R. 3353/11), cabe advertir que, lo mismo que sucede en la sentencia ahora recurrida, la supervisión directa del trabajo y su control de calidad se hacía por la UTE, responsable, como aquí, de todo lo relativo al personal (retribuciones, vacaciones, permisos, horarios, etc). Es más, como también pone de relieve el Fiscal, la contradicción se produce incluso *a fortiori* porque, al contrario de lo que acontece en la recurrida, en la referencial el servicio se prestaba en dos fases, la segunda de ellas en los propios locales de la AEAT y los datos personales a los que pueden acceder los trabajadores eran de la titularidad de la Agencia y, pese a todo ello, a diferencia de lo que concluye la recurrida, se descarta la cesión ilegal.

Es verdad que la sentencia recurrida, como vimos, basa esencialmente su pronunciamiento en dos circunstancias fácticas que no constan así expresamente acreditadas en ninguna de las sentencias



referenciales; a saber: a) que los actores reciben instrucciones, eran controlados diariamente y formados, mediante cursillos, por la AEAT, como si de su propio personal se tratara , y b) que los contribuyentes desconocen la dualidad de empresas prestadoras del servicio de información pues el titular del número de teléfono en el que la propia información se solicita es de la AEAT.

Sin embargo, tales circunstancias, que incluso podrían entenderse concurrentes también en las sentencias referenciales, pues no en balde se trata de muy análogos concursos públicos de adjudicación de un servicio de información fiscal básica o elemental por vía telefónica, publicados en el BOE y emanados de la misma autoridad tributaria, carecen de relevancia a los efectos de la contradicción porque, en puridad, ninguna de ellas constituyen elementos determinantes para apreciar o no la existencia de cesión ilegal, tal como tendremos ocasión de comprobar cuando analicemos la denuncia jurídica de ambos recursos.

5. Procede, pues, que esta Sala se pronuncie sobre la cuestión jurídica que ambos recursos plantean, unificando la doctrina que resulte ajustada al ordenamiento.

TERCERO .- 1. La doctrina ajustada a derecho se encuentra, no en la sentencia recurrida sino en la que reflejan ambas sentencias referenciales y, por tanto, los dos recursos que, desde luego, por tratar exactamente la misma cuestión, merecen una respuesta conjunta, han de prosperar.

2. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, tal como hemos reiterado muy recientemente (STS4ª nº 892/2016, Pleno, de 26-10-2016, R. 2913/14), la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET , es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 18-1-2011 (R. 1637/10), 19-6- 2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R.1591/11), 20-5-2015, Pleno (R. 179/14) y 11-2-2016, Pleno (R. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

" Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica 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, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de 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 de febrero de 1989 señalaba ya 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 de enero de 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.(/) 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. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 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 artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente



fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores " (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

3. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

4. En el caso que ahora resolvemos, esta Sala entiende, a diferencia de lo que acordamos a este respecto (FJ 3º) en nuestra precitada sentencia nº 892/16, de Pleno, del 21-9-2016 (R. 2913/14), que no concurre cesión ilegal porque no se da ninguno de los precitados elementos o circunstancias contempladas por el art. 43.2 ET .

En efecto, según vimos en el relato judicial de los hechos probados, incluyendo los que se matizan e incorporan por la Sala de suplicación, el servicio telefónico de información tributaria a los contribuyentes, es decir, el que constituía desde el principio el objeto público de la contrata (puede verse al respecto la resolución de adjudicación del BOE 31-3-2010), se prestaba por los actores en los locales y con los medios materiales de KB, entre los que ha de destacarse la herramienta informática (el aplicativo "AVAYA": h. p. P. 5º) que controlaba el tráfico de llamadas de la centralita, y era ésta entidad contratista quien, desde luego mediante su propia y estable organización, desarrollaba la actividad objeto de la contrata, ejerciendo de modo directo y pleno las funciones inherentes a su condición empresarial (abono de salarios, concesión de permisos y vacaciones, control de IT, etc.).

Es verdad, como destaca la sentencia recurrida, que la AEAT contribuyó a la formación de los trabajadores de la contratista y que incluso controlaba, mediante la grabación de sus conversaciones con los contribuyentes que requerían sus servicios, la información que éstos les facilitaban, que el número de teléfono en el que se recibían todas las llamadas que perseguían esa información era de la titularidad de la AEAT y que, en fin, en los casos en que la información requerida superara un cierto nivel de complejidad, la consulta era derivada hacia otro personal, sin duda más cualificado, de la propia AEAT.

Pero -nos parece obvio- ninguna de tales circunstancias -que, desde luego, no aparecen descritas entre las que recoge el art. 43.2 ET como configuradoras de la cesión ilegal- permiten entender que las codemandadas incurrieran en el prohibido fenómeno interpositorio sino en la legítima subcontratación de obras y servicios que prevé expresamente el art. 42 ET , articulada, además, mediante la pertinente tramitación pública.

Incluso la muy posible "confusión de los contribuyentes" a la que alude con acierto la sentencia recurrida, pues, en efecto, pueden éstos pensar que se les está atendiendo por la Administración tributaria, con ser ciertamente mejorable desde la perspectiva de la conveniente transparencia en la actuación administrativa, no es un elemento que transforme en cesión ilegal lo que no es más que -insistimos-un fenómeno legal de subcontratación; y, en el mismo sentido, el control que ejerce la AEAT sobre ese servicio subcontratado no deje de ser más que una garantía para los administrados.

Procede, pues, tal como propone acertadamente el Ministerio Fiscal, estimar ambos recursos, casar y anular la sentencia impugnada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de instancia que desestimó las demandas en su integridad. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos, respectivamente, por la Abogada del Estado, en nombre y representación de AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, Y por el Letrado Don Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, en nombre y representación de la empresa KONECTA BTO, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 5 de mayo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación nº 335/14 , formulado por la parte demandante, frente a la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona , en autos



nº 764/12, seguidos a instancias de doña Lorenza , doña Marisa , doña Montserrat , don Hilario , doña Penélope , doña Rita , doña Sandra , doña Tarsila , doña Virginia , doña María Rosa , doña Ana María y doña Alicia frente a la empresa KONECTA BTO, S.L. y frente a la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA sobre reclamación de DERECHOS. Casar y anular la sentencia impugnada y confirmar la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ