

Roj: STS 1322/2011
Id Cendoj: 28079140012011100177
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 791/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. EXISTENTE.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de COOPAMAN, S. C.L., contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 704/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, de fecha 13 de abril de 2009 , recaída en autos núm. 31/09, seguidos a instancia de D. Carlos Antonio , D. Pedro Jesús y D. Argimiro contra COOPAMAN, S.C.L. y ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Agustín Zamora Pocoví, actuando en nombre y representación de D. Carlos Antonio , D. Pedro Jesús y D. Argimiro .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 13 de abril de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda rectora del presente procedimiento, absolviendo a los demandados de las acciones ejercitadas frente a ellos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- Los actores han venido trabajando para la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. con las siguientes circunstancias: D. Carlos Antonio con D.N.I. nº NUM000 , antigüedad de 2 de septiembre de 1998, categoría profesional de peón especializado - jefe de equipo y salario de 50,22 # diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias.- D. Pedro Jesús , con DNI NUM001 , antigüedad de 1 de noviembre de 1998, categoría profesional de mozo y salario de 43,68 # diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias.- D. Argimiro , con DNI NUM002 , antigüedad de 9 de diciembre de 1998, categoría profesional de mozo y salario de 43,68 # diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias. **2º**.- Los contratos suscritos por los actores con la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SL. incluían como cláusula adicional lo siguiente: ``##El trabajador realizará sus servicios en la empresa COOPAMAN SCL ... El contrato quedará rescindido si se extinguiese el contrato de arrendamiento entre ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU y COOPAMAN SCL. **3º**.- Junto con el contrato de trabajo los actores formalizaron con ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES un anexo al contrato laboral en el que consta la retribución a percibir por el trabajador, el horario de trabajo así como las consecuencias de la extinción de la relación laboral cuando la misma sea consecuencia de la voluntad del trabajador. **4º**.- Con fecha 30 de noviembre de 2008 la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES notifica por escrito a los actores la finalización de la relación laboral por la finalización con dicha fecha del contrato suscrito entre ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU y

COOPAMAN SCL. **5º.-** COOPAMAN SCL, empresa dedicada a empaquetado y comercialización de ajos, contrató con ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU, el 1 de mayo de 2002 la prestación del servicio de envasado de piñas, bandejas y trenzas de diferentes pesos de ajos en las contadoras, grapadoras no automáticas así como el corte de ajos para dichas máquinas. **6º.-** La contraprestación que percibía ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU por los servicios arrendados se fijaba según número de piñas, bandejas y ristas con o sin corte teniendo designado desde el principio de la relación arrendaticia la mercantil ATLAS a una persona coordinadora, siendo ésta al inicio de la relación Dª Erica. **7º.-** Los servicios de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES para COOPAMAN se prestaban en las instalaciones de COOPAMAN, en zona delimitada distinta del resto de trabajadores de COOPAMAN, no llevando el mismo uniforme unos trabajadores y otros y utilizando el personal de ATLAS distintas máquinas de COOPAMAN como las envasadoras contadoras, grapadoras con línea automática, máquina de enmallado de tubos y línea completa para confección de piñas, descontándose económicamente del precio pactado por el arrendamiento la parte correspondiente a esta *disposición de maquinaria*. **8º.-** La formación, prevención, resto de material, número de trabajadores, determinación de la jornada, vacaciones, permisos, nóminas, salarios, obligaciones de seguridad social y fiscales, contrataciones y despidos eran decididos por ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU. **9º.-** Los Trabajadores que prestan servicios para COOPAMAN rigen sus relaciones laborales por el convenio de comercio, los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU se rigen por el convenio de empresa. **10º.-** Los trabajadores de COOPAMAN no desarrollan las mismas funciones que los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU. Los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU no desarrollan las mismas funciones que los trabajadores de COOPAMAN. **11º.-** Con fecha 1 de septiembre de 2008 por la Inspección de Trabajo se levantó acta de infracción nº I22008000040413 en materia de relaciones laborales en la empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SA tras haber girado visita el 28 de marzo de 2008 al centro de trabajo de la mercantil COOPAMAN SCL sito en crta. Peñas km. 1,7. Dicha acta no es firme. **12º.-** El día 8/1/09 se celebró en el UMAC acto de conciliación por despido entre los actores y los demandados que terminaron sin avenencia respecto a uno de los demandados y como intentados sin efecto por incomparecencia en otro".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Carlos Antonio, D. Argimiro y D. Pedro Jesús ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2009 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso formulado por la representación legal de DON Carlos Antonio, DON Argimiro y DON Pedro Jesús, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de fecha 13 de abril de 2009, en los autos número 31/09, sobre despido, siendo recurridos ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A. y SOCIEDAD COOPERATIVA "COOPAMAN, DE C.L.M.", y revocando la expresada resolución, debemos declarar y declaramos que el cese de los demandantes constituye despido improcedente, condenando a las empresas codemandadas Atlas Servicios Empresariales S.L. y Coopaman SCL, de forma conjunta y solidaria, a que opten a su elección, entre la readmisión de los trabajadores o a que les indemnicen con las cantidades establecidas en la fundamentación jurídica de esta sentencia; y, en todo caso, con los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (28/11/2008) hasta la notificación de la presente resolución, conforme a los salarios diarios acreditados por cada uno de los actores".

CUARTO.- Por el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de SOCIEDAD COOPERATIVA DE CASTILLA LA MANCHA DE SEGUNDO GRADO "COOPAMAN" se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 9 de marzo de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 31 de enero de 2006.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la representación legal de los recurridos, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de marzo de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores interpusieron demanda contra la empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. por entender que habían sido objeto de cesión ilegal a la empresa COOPAMAN SCL y que, en consecuencia, la extinción de su contrato de trabajo basada en la finalización del contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas era en realidad un despido que debería ser declarado improcedente. La sentencia de instancia desestimó la demanda pero fue revocada en suplicación por la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28-9-2009 (R. Sup. 704/09) que, estimando la existencia de tal cesión ilegal, declara el despido improcedente condenando a ambas empresas codemandadas, a su

opción, a readmitir a los trabajadores o a indemnizarles en la cuantía legalmente procedente. Contra esta sentencia recurren en casación unificadora las empresas codemandadas pero, finalmente, solo la empresa COOPAMAN SCL, presunta cesionaria, ha mantenido el recurso.

SEGUNDO.- El recurso de unificación aporta como sentencia contradictoria la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 901/2006, de 31 de enero de 2006 (R. Sup. 7634/2005) y denuncia como infringidos los *artículos 42 y 43 del ET* . Procede, en primer lugar, analizar si se da la contradicción en los términos exigidos por el *artículo 217 de la LPL* . Esta Sala tiene establecido que es muy difícil que dicha contradicción se dé en materia de cesión ilegal de trabajadores, habida cuenta de la gran variedad de supuestos fácticos que hacen poco probable que entre los mismos se dé la igualdad sustancial que exige dicho precepto procesal. Así, la STS de 17-1-2007 (RCUD 4039/05) afirma que *"La comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones substancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico"*.

Pero, en el presente caso, como acertadamente observa el informe del Ministerio Fiscal, sí concurren circunstancias suficientemente iguales para apreciar la contradicción, habida cuenta de que las pretensiones y los fundamentos jurídicos son idénticos y que la respuesta judicial dada en la sentencia recurrida es que existe cesión ilegal y despido improcedente, mientras que en la de contraste se declara que dicha cesión es inexistente, y declara válida la extinción del contrato.

TERCERO.- Dichas circunstancias fácticas sustancialmente iguales son las siguientes. En primer lugar, tanto en el caso de la sentencia recurrida como en la de contraste los trabajadores desarrollan su actividad laboral en las instalaciones de la empresa presuntamente cesionaria, a la que pertenecen los medios de producción, es decir, toda la maquinaria utilizada en la actividad productiva. En segundo lugar, ni en uno como en otro caso hay mandos de la empresa cedente que encarnen el poder de dirección de ésta sino que lo único que existe es "una persona coordinadora" de la empresa cedente, sin más especificaciones (caso de la sentencia recurrida), o bien que tenía categoría de peón y se ponía en contacto con el encargado de la empresa cesionaria (caso de la sentencia de contraste). Nada se dice en los hechos probados, ni en uno ni en otro caso, del ejercicio del poder disciplinario. En tercer lugar, en el caso de la sentencia de contraste esa actividad se desarrolló anteriormente con sus propios trabajadores (hecho probado 8º), lo que no consta explícitamente en los hechos probados de la sentencia recurrida aunque sí en su escrito de formalización del recurso donde se relata como la empresa, "cuyo objeto principal es la producción y comercialización de ajos", en un momento dado decide "externalizar el servicio del corte y envasado de ajos en el centro de trabajo. Para ello contacta y contrata inicialmente con Addeco, empresa de trabajo temporal, para que lleve a cabo la contratación externa... Y posteriormente... contacta con Atlas Servicios Empresariales S.A. para que desde el año 2001 realice la contratación del personal para llevar a cabo el servicio de corte y envasado de ajos". En cuarto y último lugar, tanto en uno como en otro caso, la empresa cedente se ocupa de todo lo derivado de la contratación de ese personal: básicamente, la determinación de la jornada (incluidos permisos) y la confección de nóminas y pago de los salarios (incluida la ropa de trabajo); y también de formación y prevención, según se dice sin mayores especificaciones en los hechos probados de ambas sentencias. Y hay que añadir que la empresa presuntamente cedente es la misma en ambos casos: Atlas Servicios Empresariales SA.

CUARTO.- Una vez comprobado que concurre la contradicción legalmente requerida, procede enjuiciar el fondo del asunto. Debemos para ello recordar que, la jurisprudencia de esta Sala Cuarta en la materia es extensísima y puede resumirse así. Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del *artículo 1 del ET* y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del *artículo 42 del ET* y no en el de la cesión ilícita del *artículo 43 del ET* - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente.

A partir de ahí, procede analizar los concretos hechos probados del caso planteado que, como ya hemos adelantado al examinar la contradicción y constan en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia, que confirma los hechos declarados probados en la instancia, son los siguientes: los medios de producción pertenecen a la empresa cesionaria (hecho probado 7º), de tal forma que la cedente abona un precio por el uso de esta maquinaria; no hay constancia alguna de que la empresa cedente ejerza el poder de dirección y el poder disciplinario, pues no existe más que una "persona coordinadora" (hecho probado 6º) entre la cedente y la cesionaria, en cuyas instalaciones se desarrolla toda la actividad productiva (hecho probado 7º) y es de presumir -aunque nada se dice en un sentido ni en otro- que bajo la dirección de su propio personal técnico y directivo. De estos hechos se deduce que la empresa cedente en absoluto pone en juego su propia organización productiva puesto que la misma, simplemente, no existe. En efecto, el hecho de que sea la misma empresa cedente la que opera para la cesionaria de la empresa recurrida, cuyo objeto social es la producción y comercialización de ajos, y para la empresa de la sentencia de contraste, que es Bitron Industrie España, SA, una multinacional del sector del metal, que arrienda los servicios de la cedente para "la actividad de Premontaje y Fase final del producto" (sin mayores especificaciones), demuestra que no existe tal organización empresarial en el sentido propio de organización productiva sino una mera entidad interpuesta cuya única finalidad es contratar a un determinado número de trabajadores para realizar una parte de la actividad productiva principal de las respectivas empresas cesionarias, actividades productivas absolutamente heterogéneas. Abunda en esta idea, el hecho de que, en un primer momento, la empresa recurrida procede a esa "externalización" (más correcto sería hablar de "internalización": todo se hace dentro de la propia empresa cesionaria y con sus propios medios de producción) a través de una empresa de trabajo temporal, único tipo de empresas a las que el legislador permite esa actividad interpositoria (a cambio de exigir ciertas garantías y requisitos), demuestra que estamos ante esa interposición que el *artículo 43* prohíbe para cualquier empresa que, insistimos, no sea una empresa de trabajo temporal. De tal forma que la empresa cedente -que carece de cualquier actividad productiva propia- solo contrata a esos trabajadores "para cederlos temporalmente a otra empresa" pues, en caso contrario, es evidente que no los contrataría: es decir, se cumple de forma rigurosa la concurrencia del "tipo" de infracción que diseña el *artículo 43.1 del ET*. Al obviar la intervención de una ETT -insistimos: único tipo de empresa legalmente autorizada a la interposición- y sustituirla por una denominada "empresa de servicios", se incumplen todas las previsiones de la *Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal*, entre ellas la contenida en su *artículo 11.1*: "Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria...". En efecto: en el caso de la sentencia recurrida se aplica a los trabajadores cedidos el Convenio Colectivo de la empresa cedente y no el de la cesionaria o usuaria (hecho probado 9º). Finalmente, cabe reseñar que la Inspección de Trabajo, que observó sobre el terreno el desarrollo real de la actividad, levantó acta de infracción en materia de relaciones laborales a la empresa cedente, por apreciar la existencia de cesión ilegal. Contra todos estos elementos fácticos tiene poca relevancia el hecho de que -como es obvio- sea la empresa cedente quien paga los salarios y quien controla la realización de la jornada de trabajo (se supone - porque nada consta en autos al respecto- que a través de los propios elementos mecánicos de control de la empresa, tales como relojes, etc.) o que sea corresponsable de la prevención de riesgos -pues ello viene legalmente establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales- o incluso que haya podido impartir alguna formación a los trabajadores contratados (tampoco se especifica nada concreto en autos respecto a tal formación).

QUINTO.- Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando afirma que "puede concluirse que la empresa arrendataria Atlas Servicios Empresariales SL se limita a aportar trabajadores para la realización de actividades de la empresa arrendadora del servicio Coopaman SCL.." y que "en consecuencia, se ha producido entre las empresas codemandadas una cesión ilegal de trabajadores, definida en el *art. 43.2 del ET*, para lo cual es indiferente que las empresas en cuestión sean entidades reales, pues lo decisivo en este caso es que la empresa que contrató a los trabajadores actúa <de facto> como si se tratase de una empresa de trabajo temporal, limitándose a aportar mano de obra, sin poner en juego los materiales necesarios para realizar la actividad". Y concluye también con acierto: "Por tanto, el cese de los trabajadores debe calificarse de despido improcedente, puesto que los contratos temporales suscritos con la entidad arrendataria del servicio, bajo la modalidad para obra o servicio determinados, no respondían a la naturaleza temporal que les es propia, sino como mero instrumento jurídico para realizar el tráfico de trabajadores prohibido por la ley". Procede, pues, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida. Con costas.

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 la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de COOPAMAN, S.C.L., contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 704/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, de fecha 13 de abril de 2009 , recaída en autos núm. 31/09, seguidos a instancia de D. Carlos Antonio , D. Pedro Jesús y D. Argimiro contra COOPAMAN, S.C.L. y ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., sobre DESPIDO. Decretamos la pérdida depósito constituido para recurrir y condenamos en costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ,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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.