

# **LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL ASPECTOS GENERALES**

**José Manuel Barranco Gámez.**

## José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**H**ANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

## **INDICE**

### **LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL** **ASPECTOS GENERALES**

- I. CONCEPTO DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**
- II. DIFERENCIAS ENTRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y AGENCIAS DE COLOCACIÓN**
- III. REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS ETT**
- IV. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LAS ETT**
- V. REGIMEN JURÍDICO DE LAS ETT**
- VI. SOLICITUD, CONCESIÓN Y EXTINCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ETT**
- VII. OBLIGACIONES DEL LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y LAS EMPRESAS USUARIAS**
- VIII. INFRACCIONES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y EMPRESAS USUARIAS**
- IX. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

- X. LA FORMA DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**
- XI. DURACIÓN E INDEMNIZACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**
- XII. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR EL CONTRATO DE PUESTA A DIPOSICIÓN EN LA OFICINA DE EMPLEO**
- XIII. SUPUESTOS EN QUE SE PROHIBE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**
  - 1. ESQUIROLAJE**
  - 2. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PELIGROSAS E INSALUBRES**
- XIV. SUPUESTOS EN QUE SE PERMITE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**
  - 1. PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO**
  - 2. SITUACIONES DE EVENTUALIDAD**
  - 3. SITUACIONES DE INTERINIDAD**
  - 4. DURANTE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN**
  - 5. AMORTIZACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**
- XV. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**
- XVI. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS**

**XVII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

**XVIII. LA CESIÓN DE TRABAJADORES**

- 1. CONCEPTO**
- 2. REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 2015**
- 3. LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**
- 4. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**
- 5. CESIONES A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**
- 6. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL EN EL SUPUESTO DE CESIÓN ILEGAL**
- 7. ASPECTOS PROCESALES DE LA CESIÓN DE TRABAJADORES**

**XIX. EL CRITERIO TÉCNICO 95/2015 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

**XX. LIMITE LEGAL EN LA SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES**

**XXI. LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DEL PERSONAL**

- 1. CONCEPTO**
- 2. LAS AGENCIAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN**
- 3. LOS SERVICIOS INTEGRADOS PARA EL EMPLEO**
- 4. LA SELECCIÓN POR COMPETENCIAS**
- 5. EL OUTPLACEMENT**

## **XXII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2016**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2016**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2016**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2015**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2014**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2014**
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE JULIO DE 2014**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2013**

- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2013**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ENERO DE 2009**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2004**
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2004**
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2003**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO 2002**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 1999**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 1998**

### **XXIII. BIBLIOGRAFIA**

## **RESUMEN**

Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. Componentes fundamentales en la relación "trabajador-empresa usuaria-empresa de trabajo temporal"

La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, define de forma explícita algunos de los componentes fundamentales en la relación "trabajador-empresa usuaria-empresa de trabajo temporal":

- Trabajador: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo.

- Empresa de trabajo temporal: Toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas;

- Trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal: Todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta;

- Empresa usuaria: Toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal;

- Misión: El período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria;



-Condiciones esenciales de trabajo y empleo: Las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos y la remuneración.

La actividad de estas empresas originará una relación entre ella y la empresa que recibe los trabajadores cedidos (usuaria) y entre los trabajadores con ambas empresas (realizan un contrato de trabajo, de duración indefinida o determinada, con la E.T.T y se someten a la de dirección y control de la actividad laboral de la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito).

### **PALABRAS CLAVES**

Autorización administrativa, empresa usuaria, empresa de trabajo temporal, trabajador cedido, cesión, contrato de trabajo, relación laboral, condiciones de trabajo, obra o servicio, circunstancias de la actividad, derecho a reserva, prácticas, formación y aprendizaje, control y dirección, incumplimiento.

**LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**  
**ASPECTOS GENERALES**

**I. CONCEPTO DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**

Se denomina Empresa de Trabajo Temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley.

Las Empresas de Trabajo Temporal podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo. Asimismo, podrán desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

En su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes las Empresas de Trabajo Temporal deberán informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de Empresa de Trabajo Temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas. (Artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal -en adelante, LETT- modificado por el Real Decreto-Ley 8/2014 de 4 de julio de Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia).

## **II. DIFERENCIAS ENTRE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y AGENCIAS DE COLOCACIÓN**

Se denominan agencias de colocación a las entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de este apartado, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal.

Es importante establecer una diferenciación entre el trabajo temporal y la actividad de las agencias de colocación. Una agencia de colocación actúa de mediadora entre los trabajadores y las empresas pero, a diferencia de las Empresas de Trabajo Temporal, no son ellas las que contratan. Como se ha dicho las agencias, se basan en la mediación en el mercado de trabajo, poniendo en contacto a los trabajadores demandantes de empleo con empresas necesitadas de mano de obra, para intentar satisfacer las exigencias y expectativas de las dos partes.

Así, las agencias de colocación se presentan como empresas de servicios cuyo objeto es suministrar trabajadores de las cualificaciones requeridas por cada empresa demandante de mano de obra con el objetivo de ser contratados por éstas, es decir, facilita el empleo a los trabajadores que lo demandan.

Las agencias de colocación actúan directamente en el mercado de trabajo realizando su actividad a través de contratos de servicios firmados por trabajadores y empresarios y por los cuales la empresa se compromete a proporcionar la colocación o trabajador requerido por el cliente, en las condiciones acordadas y a cambio del pago de sus tarifas, sin desempeñar ningún papel en el contrato de trabajo que pudiera llegar a

formalizarse. Las ETTs, por su parte, son las empleadoras de los trabajadores y los proporcionan eventualmente a sus clientes, conservando siempre esta condición.

A grandes rasgos podemos establecer como principal diferencia que las agencias de colocación suministran trabajadores a sus clientes para que los contraten mientras que las ETTs suministran los servicios de trabajadores ya contratados a sus clientes para que éstos no tengan que contratarlos. Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Estas diferencias siguen existiendo a pesar del cambio normativo impulsado por la Reforma Laboral 2012 que permite a las ETTs ejercer como agencias de colocación dado que las empresas de trabajo temporal ajustarán su actividad a lo establecido en la Ley de Empresas de Trabajo Temporal cuando ejerzan como tales y deberán ajustarse a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, y sus disposiciones de desarrollo (incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios), cuando actúen como agencias de colocación.

### **III. REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS ETT**

Se contiene en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal y en el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la citada Ley y Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de "Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia", que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la LETT, añade (artículo 116) una Disposición Adicional

para la ventanilla única, y una Disposición Transitoria, a aplicar a las Empresas de Trabajo Temporal con autorización vigente a 5 de julio de 2014.

Un prolijo Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, desarrolla la LETT en lo que se refiere, básicamente, a autorizaciones administrativas, garantía financiera y Registros de Empresas de Trabajo Temporal, contratos de puesta a disposición y de trabajo y obligaciones informativas de las Empresas de Trabajo Temporal.

El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la cesión de trabajadores, establece que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de Empresas de Trabajo Temporal.

#### **IV. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LAS ETT**

Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad propia de una Empresa de Trabajo Temporal, deberán obtener una autorización administrativa previa (la autorización administrativa será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración), justificando ante el órgano administrativo competente (esto es, la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se encuentre el centro de trabajo de la empresa o en el supuesto de poseer centros de trabajo en varias provincias por el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma competente), el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.

b) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de Empresa de Trabajo Temporal.

c) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.

d) Constituir una garantía financiera, a disposición de la autoridad laboral que conceda la preceptiva autorización administrativa, que podrá consistir en:

1. Depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales.

2. Aval o fianza de carácter solidario prestado por un banco, caja de ahorros, cooperativa de crédito, sociedad de garantía recíproca, o póliza de seguros contratada al efecto.

La garantía constituida responderá, en la forma prevista en el artículo 10, de las deudas por indemnizaciones, salariales y de Seguridad Social.

e) No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.

f) Incluir en su denominación los términos "Empresa de Trabajo Temporal".

Se crea por primera vez una base de datos central de Empresas de Trabajo Temporal, que será gestionada por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y que permitirá disponer de información centralizada de todas las Empresas de Trabajo Temporal autorizadas en España y de sus principales datos de actividad. A la base de datos central deberá incorporarse parte de la información existente en los Registros autonómicos de Empresas de Trabajo Temporal.

## **V. REGIMEN JURÍDICO DE LAS ETT**

Las empresas de trabajo temporal ajustarán su actividad a lo establecido en la normativa reguladora de las mismas. No obstante, cuando actúen como agencias de colocación deberán ajustarse a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, y sus disposiciones de desarrollo, incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.

Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

Componentes fundamentales en la relación "trabajador-empresa usuaria-empresa de trabajo temporal"

La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, define de forma explícita algunos de los componentes fundamentales en la relación "trabajador-empresa usuaria-empresa de trabajo temporal":

- Trabajador: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo
- Empresa de trabajo temporal: Toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas;
- Trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal: Todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta;
- Empresa usuaria: Toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal;
- Misión: El período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria;
- Condiciones esenciales de trabajo y empleo: Las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: la duración de la



jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos y la remuneración.

La actividad de estas empresas originará una relación entre ella y la empresa que recibe los trabajadores cedidos (usuaria) y entre los trabajadores con ambas empresas (realizan un contrato de trabajo, de duración indefinida o determinada, con la E.T.T y se someten a la de dirección y control de la actividad laboral de la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito).

#### Duración de la cesión

La duración de la cesión se encontrará en función del tipo de actividad para la que se haya cedido el trabajador:

- Obra o servicio determinado: Durante la duración de la obra
- Exigencias circunstanciales de la actividad de la empresa usuaria: Por un máximo de 6 meses.
- Para sustituir a un trabajador que tiene derecho a reserva del puesto de trabajo: Durante el tiempo de sustitución.
- En periodo de selección: No podrá exceder de 3 meses.
- Contrato en prácticas: Mínimo de 6 meses. Máximo de 2 años. Limitados a la duración establecida en el Art. 11 ET.
- Para la formación y el aprendizaje: Mínimo de 1 año. Máximo de 2 años. Limitados a la duración establecida en el Art. 11 ET.

Las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados

para ser puestos a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de dichos contratos.

Las empresas usuarias que, sin solución de continuidad, concierten un contrato de trabajo por tiempo indefinido con trabajadores en prácticas cedidos por una empresa de trabajo temporal, podrán beneficiarse de las bonificaciones por transformación en indefinidos de contratos en prácticas.

En el supuesto de trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje y puestos a disposición de empresas usuarias, estas tendrán derecho a las reducciones reguladas en el Art. 3, Ley 3/2012, de 6 de julio cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

#### Indemnización por finalización de contrato

Una vez terminado el contrato de puesta a disposición el trabajador el trabajador tendrá derecho a una indemnización de 12 días de salario por año de servicio.

#### Relación entre trabajadores, empresa usuaria y Empresas de Trabajo Temporal

La empresa usuaria tiene que cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones respecto al trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal:

1. Informarle sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención que debe adoptar contra los mismos.
2. Es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.
3. También responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo los supuestos de utilización y las exclusiones del contrato de puesta a disposición (Art. 6, Art. 8 LETT).
4. Cuando una empresa usuaria considere que existe un incumplimiento en la relación laboral, por parte del trabajador puesto a disposición, lo notificará a la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes (siempre respetando lo establecido en el Art. 58 ET).

Por otro lado, y pese a que las empresas de trabajo temporal son las que contratan al trabajador, éstos adquieren una serie de derechos derivados de la prestación de sus servicios para la empresa usuaria (Art. 17 LETT):

1. Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado e del Art. 68 Estatuto de los Trabajadores).

Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende.

2. Igualmente, tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.
3. La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

4. Mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

#### Relaciones entre las Empresas de Trabajo Temporal y los trabajadores

El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, para prestar servicios en empresas usuarias, puede concertarse:

- Por tiempo indefinido.
- Por duración determinada (coincidente con la del contrato de puesta a disposición).

En las empresas de trabajo temporal, los trabajadores tienen derecho (Art. 11 LETT):

1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo, a desarrollar en el convenio colectivo, aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

2. Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

Por otro lado el artículo 6 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de

trabajo temporal, establece un listado de aquellos derechos que los Estados miembros habrán de respetar en todo caso a los trabajadores cedidos (art. 6.1, Directiva 2008/104/CE):

1. El derecho a ser informados de las plazas vacantes en la empresa usuaria, mediante anuncio expuesto en lugar adecuado de la misma.
2. El derecho a formalizar un contrato de trabajo con la empresa usuaria tras la expiración de su puesta a disposición o misión, siendo nulas las cláusulas contrarias al mismo.
3. Las ETTs no podrán exigir a los trabajadores cedidos el pago de honorarios por haber gestionado su posterior contratación por una empresa usuaria al finalizar la misión.
4. El derecho a acceder a las instalaciones o servicios comunes de la empresa usuaria (servicios de comedor, guardería y transporte) en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por ella, "a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente".
5. El derecho a que los Estados miembros "mejoren el acceso de los trabajadores cedidos por una ETT a la formación y a los servicios de guardería infantil de las ETTs, incluso durante los periodos comprendidos entre las misiones, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo".
6. El derecho a que los Estados miembros mejoren "el acceso de los trabajadores cedidos a la formación disponible para los trabajadores de la empresa usuaria".

## **VI. SOLICITUD, CONCESIÓN Y EXTINCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ETT**

Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad reservada por Ley a las ETT deberán obtener autorización administrativa previa, justificando ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de los siguientes requisitos (Art. 2 LETT y Ley 29/1999, de 16 de julio):

- Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.
- Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal (Sentencia nº TSJ Aragón, de 29/11/2001), sin perjuicio de su posible actuación como agencias de colocación (Art. 2 LETT).
- Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.
- Garantizar, de forma especial, el cumplimiento de las obligaciones salariales y para con la Seguridad Social.
- No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.
- Incluir en su denominación los términos “empresa de trabajo temporal” o su abreviatura "ETT" (sentencias nº TS, Sala de lo Social, de 19/02/2009, Rec. 2748/2007, TS, Sala de lo Social, de 11/03/2009, Rec. 1239/2008 y TS, Sala de lo Social, de 21/07/2009, Rec. 1926/2008).



Solicitud de la autorización de inicio de actividades.

En la solicitud de autorización, que se presentará ante la autoridad laboral competente, se harán constar, en todo caso, los siguientes datos:

- Identificación completa del solicitante.
- Denominación de la empresa, en la que se deberá incluir necesariamente los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura «ETT».
- Domicilio social de la empresa y domicilio de los centros de trabajo.
- Número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

A la solicitud de autorización, que deberá presentarse por medios electrónicos en el Registro de Empresas de Trabajo Temporal (Capítulo IV, Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo), se acompañará, también por medios electrónicos, la siguiente documentación:

- Poder suficiente en derecho, si el solicitante actúa en representación de una persona jurídica, salvo que la solicitud se presente mediante un certificado de firma electrónica de persona jurídica en el que el solicitante figure como apoderado o que el solicitante figure registrado en el Registro Electrónico de Apoderamientos.
- Cuando la solicitud se formule por personas jurídicas, certificación acreditativa de la inscripción de la empresa, cualquiera que sea la forma que revista, en el Registro Mercantil o en el correspondiente Registro de Cooperativas. Además,

deberá aportarse copia de la escritura de constitución inscrita en el correspondiente Registro y, en su caso, estatutos de la sociedad.

- Copia de la documentación acreditativa de haber constituido la garantía financiera a que se refiere el Art. 3 Ley 14/1994, de 1 de junio, conforme a lo dispuesto en el Art. 8 Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, debiendo ser presentada la documentación original en los tres días hábiles siguientes.
- Memoria explicativa de la estructura organizativa con la que cuenta la empresa, detallada por centros de trabajo, justificativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apdo. 3 del Art. 2 Ley 14/1994, de 1 de junio.

La solicitud deberá presentarse a través de la dirección electrónica que a tal efecto se establezca, utilizando los formularios previstos específicamente para ello.

Los solicitantes podrán acompañar cuantos documentos estimen conveniente para precisar o completar los datos del formulario, los cuales deberán ser admitidos y podrán ser tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan.

En su solicitud, el solicitante podrá autorizar a la autoridad laboral competente para que obtenga de forma directa, a través de certificados electrónicos, la acreditación de su identidad, así como la acreditación de que la empresa se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En el supuesto de que el solicitante no autorice expresamente la comprobación de los datos por la autoridad laboral competente, deberá aportar la documentación correspondiente.

## Concesión de la Autorización administrativa

La autorización administrativa para operar como empresa de trabajo temporal se concederá, previo informe preceptivo y no vinculante de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma si la empresa dispone de centros de trabajo en el territorio de una sola Comunidad o por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social si la empresa dispone de centros de trabajo en dos o más Comunidades Autónomas. Serán autoridad competente, las Delegaciones de Gobierno de Ceuta o Melilla, en el supuesto de empresas que únicamente cuenten con centros de trabajo en alguna de dichas ciudades.

La solicitud de autorización presentada se resolverá en el plazo de un mes desde su presentación. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, la solicitud se entenderá estimada.

Contra la resolución podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior jerárquico del que la dictó.

Las autorizaciones administrativas se numerarán correlativamente, de acuerdo con lo que se establezca en las disposiciones de desarrollo del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo. El número asignado se conservará durante toda la vida de la empresa de trabajo temporal y sólo se procederá a dar nueva numeración por reanudación de actividades o por cambio de autoridad laboral competente.

## Extinción de la autorización administrativa

La autorización expirará cuando se deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido. Cuando la autoridad laboral competente verifique que concurre tal circunstancia, practicará el correspondiente asiento registral y lo comunicará a la empresa.

## **VII. OBLIGACIONES DEL LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y LAS EMPRESAS USUARIAS**

Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (Art. 11 Ley 14/1994, de 1 de junio).

Derechos de los trabajadores.

Los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo que a los trabajadores de la empresa usuaria. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a:

- Remuneración
- Duración de la jornada
- Horas extraordinarias
- Períodos de descanso
- Trabajo nocturno
- Vacaciones
- Días festivos.

- Protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores.
- Igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- Disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable, a la empresa usuaria, que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones.

Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

#### Obligaciones de la empresa usuaria

1.- En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo

relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (Art. 28 LPRL).

Con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre las características a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales.

2.- Previo al inicio de la prestación de servicios, deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos.

3.- Es responsable de la protección en materia de seguridad y salud laboral. (Sentencia TSJ Madrid, de 04/11/1999)

4.- Responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado para actividades distintas de las permitidas.

5.- Deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización dentro de los 10 días siguientes a la

celebración. En el mismo plazo deberá entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso.

6.- Los contratos de puesta a disposición deberán formalizarse por escrito, por duplicado y en modelo oficial.

7.- El empresario está obligado a remitir, dentro de los primeros 10 días de cada mes, a la autoridad laboral competente, una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados en el mes anterior, en la que consten (art. 16, RD 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal):

- Nombre, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social de las empresas usuarias.
- Número de contratos celebrados con cada una de ellas, desglosado por supuestos de celebración (Art. 6.2, Ley 14/1994 de 1 de junio).
- Número total de trabajadores puestos a disposición de las empresas usuarias, con independencia del número de contratos de puesta a disposición celebrados con cada uno de ellos.

Dicha documentación se remitirá igualmente en el caso de que la empresa no haya formalizado contratos de puesta a disposición, haciendo constar tal circunstancia.

8.- Igualmente está obligado a comunicar a la autoridad laboral, dentro de los 15 días siguientes a su producción o, en su caso, notificación de su inscripción en el

correspondiente Registro Mercantil o Registro de Cooperativas, los siguientes actos (art. 16, RD 4/1995, de 13 de enero):

- Los cambios de titularidad y de domicilio de la empresa.
- El cambio de las personas que ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, indicando sus datos identificativos.
- La apertura de nuevos centros de trabajo.
- El cese en la actividad como empresa de trabajo temporal.

9.- Responsabilidad de la empresa cesionaria ante las consecuencias de la nulidad del despido en cesión ilegal de trabajadores. El TSJ de Aragón, ante un supuesto en el que el trabajador sin solución de continuidad presta servicios para una empresa, primero a través de ETT y con posterioridad a través de una empresa que no tiene tal condición, aplicando la legislación vigente (43, Art. 7 Ley 14/1994, de 1 de junio) considera que se trata de un caso de contratación temporal fraudulenta, por lo que la actora tiene derecho a un contrato indefinido con la empresa cesionaria, sin tener en cuenta el alta posterior en Seguridad Social a nombre de la ETT y el cese notificado por ésta. Ello implica la responsabilidad de la empresa cesionaria en las consecuencias de la calificación de nulo del despido (STSJ de Aragón de 26 de noviembre de 2.001)

#### Obligaciones de las Empresas de Trabajo Temporal

La Empresa de Trabajo Temporal deberá cumplir con las siguientes obligaciones:



1. Cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores puestos a disposición (Art. 12, LETT).
2. Estarán obligadas a destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, sin perjuicio de la obligación legal de cotizar por formación profesional.
3. Será nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la Empresa de Trabajo Temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.
4. Vigilancia periódica de la salud de los trabajadores puestos a disposición.
5. Poseer en plantilla o asignar el servicio en materia de prevención de riesgos laborales a un trabajador.
6. Informar a los trabajadores, con carácter previo a la relación laboral, de toda información recibida de la empresa usuaria sobre el puesto de trabajo, de las tareas a desarrollar y sobre los riesgos laborales del mismo.
7. Asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición, haya recibido la formación teórico-práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar o facilitarla en caso contrario (apartado b) 15.1 LPRL y Art. 16 LPRL).
8. Acreditar documentalmente a la empresa usuaria las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas recibidas por el trabajador.
9. Mantener una estructura organizativa que responda a las características que se valoraron para conceder la autorización (Art. 2 LETT y Ley 29/1999, de 16 de julio).

10. Realizar por escrito los contratos de trabajo de puesta a disposición.
11. No ceder trabajadores a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.
12. Dedicarse en exclusiva a la actividad constitutiva de la Empresa de Trabajo Temporal (Art. 1 LETT).
13. De ejercer su actividad en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, deberán garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones laborales óptimas (Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios).
14. Imposibilidad de cobrar al trabajador cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.

## **VIII. INFRACCIONES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y EMPRESAS USUARIAS**

Las infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias se establecen en los Art. 18-19 LISOS.

Infracciones de las empresas de trabajo temporal.

Infracciones leves

1. No cumplimentar en los términos que reglamentariamente se determine los contratos de puesta a disposición contratos a que se refiere el (arts. 18, LISOS y 10, Ley 14/1994, de 1 de junio).
2. No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo su identificación como Empresa de Trabajo temporal y el número de autorización.
3. No entregar a la empresa usuaria la copia básica del contrato de trabajo o la orden de servicio de los trabajadores puestos a disposición de la misma; así como la restante documentación que esté obligada a suministrarle.

#### Infracciones graves

1. No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición, previstos en la Ley.
2. No remitir a la Autoridad Laboral competente la información necesaria (arts. 18, LISOS y 5, Ley 14/1994, de 1 de junio).
3. Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos legalmente o sin la previa evaluación de riesgos (art. 6.2, Ley 14/1994, de 1 de junio).
4. No destinar a la formación de los trabajadores temporales las cantidades estipuladas por la Ley (art. 12.2, Ley 14/1994, de 1 de junio).
5. Cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de: Selección, Formación y Contratación.

6. La puesta a disposición de trabajadores en ámbitos geográficos para los que no se tiene autorización administrativa de actuación, salvo notificación a la Autoridad Laboral de dicho territorio la prestación de estos servicios, con carácter previo a su inicio, adjuntando una copia del contrato de trabajo y de su autorización administrativa (art. 5.3, Ley 14/1994, de 1 de junio).

#### Infracciones muy graves

1. No actualizar el valor de la garantía financiera, cuando se haya obtenido una autorización administrativa indefinida.
2. Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo determinados legal o convencionalmente (modificado por RD-Ley 10/2010, de 16 junio).
3. No dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de la Empresa de Trabajo Temporal.
4. La falsedad documental u ocultación de la información facilitada a la Autoridad Laboral sobre sus actividades.
5. Ceder trabajadores con contrato temporal a otra Empresa de Trabajo Temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.

#### Infracciones de las empresas usuarias.

#### Infracciones leves

1. No cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato de puesta a disposición.
2. No facilitar los datos relativos a la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable para el puesto de trabajo en cuestión, a efectos de su consignación en el contrato de puesta a disposición.

#### Infracciones graves

1. No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
2. Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los establecidos legalmente (arts. 6, Ley 14/1994, de 1 de junio, 19, LISOS y 15, E.T).
3. Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos para los trabajadores en la empresa usuaria (art. 17, 14/1994, de 1 de junio).
4. La falta de información al trabajador temporal sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos (art. 16.1, 14/1994, de 1 de junio).
5. Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.

6. Formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos o funciones que:

- En los 12 meses anteriores hayan sido objeto de: Amortización por despido improcedente, Despido colectivo y Despido por causas objetivas.
- En los 18 meses anteriores hubieran estado ya cubiertos por más de doce meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal, entendiéndose en ambos casos cometida una infracción por cada trabajador afectado.

#### Infracciones muy graves

1. Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.
2. La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de aquellas actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias.

### **IX. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

Es el celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección queda sometido aquél.

Las Empresas de Trabajo Temporal que dispongan de autorización administrativa podrán poner a sus trabajadores a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

#### Celebración del contrato de puesta a disposición

- Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta.
- Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.
- Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción de personal.
- En los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, o un contrato de primer empleo joven según lo establecido en el artículo 12 y en las disposiciones adicional 5ª y transitoria 1ª de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

No se pueden celebrar contratos de puesta a disposición.

- Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
- Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y salud en el trabajo en los términos previstos en la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos. En estos casos, se entenderá cometida una infracción por cada contrato suscrito en tales circunstancias.
- Para la cobertura de puestos o funciones que, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, por extinción del contrato por voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento contractual del empresario, despido colectivo o por causas objetivas, excepto en los supuestos de fuerza mayor.
- Para ceder trabajadores a otras Empresas de Trabajo Temporal.

#### Contenido de los contratos de puesta a disposición

El contrato se formalizará siempre por escrito, en el modelo oficial establecido, por duplicado, debiendo contener, como mínimo, la siguiente información:

- Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.



- Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica.
- Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.
- Riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir.
- Servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria.
- Duración prevista del contrato.
- Lugar y horario de trabajo.
- Precio convenido.
- Retribución total.
- Convenio colectivo de aplicación en la empresa usuaria.

En el supuesto de contratos para la formación y el aprendizaje, se designará a la persona de la empresa usuaria que se encargará de tutelar el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

#### Duración

- Un máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, cuando el contrato se celebre para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Por convenio colectivo sectorial (estatal o, en su defecto, de ámbito inferior) se podrá modificar la duración máxima del contrato y el

período dentro del cual se puede realizar, si bien el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

- Un máximo de tres meses cuando el contrato se celebre para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción de personal para la empresa.
- Un máximo de dos o tres años, respectivamente, cuando la modalidad de contratación se corresponda con el contrato en prácticas o con el contrato para la formación y el aprendizaje, en los términos dispuestos en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.
- En los demás supuestos, su duración coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el contrato. En el caso de realización de una obra o servicio determinado, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a duración máxima del contrato.

El período de formación en materia de prevención de riesgos laborales que el trabajador pudiera necesitar de la Empresa de Trabajo Temporal, previo a su puesta a disposición, formará parte de la duración del contrato.

Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido.

Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.

Tal como establece el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de fijos en la empresa usuaria.

No obstante, queda excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso los periodos de servicios transcurridos con anterioridad o posterioridad a las mismas.

A estos efectos tampoco serán computables los contratos formativos, de relevo, interinidad, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y su objeto sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

#### Obligaciones de las empresas usuarias

- Con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, las empresas usuarias deberán informar a la Empresa de Trabajo Temporal sobre las

características del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria.

- A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición solo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales.
- Con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, deberán informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos.
- Son responsables de la protección en materia de seguridad y salud laboral.
- Responderán subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado para supuestos o actividades distintas de las permitidas.
- Deberán informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización dentro de los diez días siguientes a la celebración. En el mismo plazo deberán entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal.

## Relación del trabajador con la empresa usuaria

- Dirección y control de la actividad laboral:

Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, las facultades de dirección y control de la actividad laboral, serán ejercidas, por ésta durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito. Cuando una empresa usuaria considere que, por parte del trabajador, se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la Empresa de Trabajo Temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes.

- Derechos de los trabajadores puestos a disposición:
  - Los trabajadores tendrán derecho a presentar, a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.
  - Los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral de aquéllos en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes.
  - Esto no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la Empresa de Trabajo Temporal de la cual depende.
  - Los trabajadores tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los

menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

- Tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.
- La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla.
- Mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

## **X. LA FORMA DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

En el art. 10.2 L.E.T.T. se señala que los contratos entre la E.T.T. y el trabajador “deberán celebrarse por escrito, en los términos que reglamentariamente se determinen”. Curiosamente, a lo largo del trámite parlamentario no se formularon enmiendas relativas a este punto, lo cual resulta bastante inexplicable si se tiene en cuenta la preocupación de los diferentes grupos parlamentarios en relación al establecimiento de menciones

mínimas que debían aparecer en el contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria. En el art. 15 R.E.T.T. se reitera la obligación de formalizar este contrato por escrito -añadiéndose que deberá hacerse por triplicado- y se regulan los contenidos mínimos que deberá contener dicho contrato. En este punto, se realiza una distinción según el trabajador haya sido contratado por la E.T.T. a través de un contrato de duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición, o bien haya sido contratado por tiempo indefinido. En el primero de los supuestos, el contrato de trabajo debe contener los datos relativos a las partes contratantes -especialmente aquellos relativos a la autorización administrativa de la E.T.T.-, los datos identificativos de la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición, el contenido de la prestación laboral, los riesgos profesionales del puesto de trabajo, la duración estimada del contrato de trabajo, el lugar y horario del mismo y la remuneración convenida.

Si el contrato es por tiempo indefinido, nos encontramos con la peculiaridad de que los contenidos de la prestación laboral van a ir cambiando según el trabajador vaya a ser puesto a disposición a las diferentes empresas usuarias. Debido a estas especiales circunstancias que se dan en la prestación laboral de estos trabajadores, aunque la E.T.T. formalice un único contrato con el trabajador por tiempo indefinido, es por lo que el reglamento de desarrollo ha contemplado en este punto la obligación de proporcionar al trabajador la correspondiente orden de servicio, donde ha de identificarse la empresa usuaria, la causa del contrato de puesta a disposición, el contenido de la prestación, los riesgos profesionales del puesto de trabajo, el lugar y el horario de trabajo.

En cuanto a la obligación de hacer constar -tanto en el supuesto de que el trabajador sea contratado por tiempo determinado como por tiempo indefinido- los riesgos profesionales del puesto de trabajo, ello es lógica consecuencia del art. 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, según el cual la empresa usuaria debe informar a la E.T.T. y ésta a los trabajadores puestos a disposición “antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias

de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas”. El hecho de que el contrato de trabajo deba contemplar los datos relativos al contenido de la prestación laboral -art. 15.d) R.E.T.T.- supone dar cumplimiento al deber de información sobre las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y, por otra parte, la mención a los riesgos profesionales del puesto de trabajo -art. 15.e)- también implica dar satisfacción a la obligación prevista en el art. 28.5 de la Ley 31/1995.

La obligación de que estos datos se proporcionen por escrito al trabajador a través del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. es necesaria como instrumento para la defensa de los intereses del trabajador, que tiene derecho a conocer las condiciones y elementos esenciales que van a regir su relación laboral. Precisamente, la Directiva 91/533/CEE, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo, establece una regulación bastante detallada del deber empresarial de informar por escrito al trabajador de las condiciones sustanciales o principales del contrato de trabajo, a las que denomina “elementos esenciales del contrato de trabajo”<sup>360</sup>, mandato que ha sido plasmado en el art. 8.5 ET, según el cual “cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”. La L.E.T.T. ha sido más exigente en este punto y ha establecido la obligación de formalizar el contrato de trabajo por escrito y con las menciones contenidas en el art. 15 R.E.T.T., sea cual sea la duración del contrato, lo cual es lógico si se piensa en la precariedad a la que están sometidos estos trabajadores, precariedad que viene dada principalmente por la corta duración que tienen las misiones a las que son enviados los trabajadores temporales, que en muchas ocasiones va a ser inferior a cuatro semanas. Asimismo, responsabilidades en los supuestos en los que alguna de las empresas incumpla las obligaciones que les impone la L.E.T.T.



En caso de incumplimiento de la obligación de celebrar por escrito el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, ello puede generar dos tipos de sanciones. El art. 19.1.a) L.E.T.T. califica como infracción laboral leve “no cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato temporal”, y el art. 19.2.a) califica como infracción grave “no formalizar por escrito los contratos de trabajo previstos en esta Ley”, además de la tipificación general como infracción grave que el art. 95 ET realiza para aquellos contratos que no hayan sido formalizados por escrito.

El incumplimiento de la forma escrita plantea consecuencias importantes en lo que concierne a la duración del contrato de trabajo. En este sentido, el art. 8.2 ET establece que deberán realizarse por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal, señalando en el último inciso los efectos que para el empresario tiene el incumplimiento de la forma escrita en los contratos que obligatoriamente deben someterse a ella, esto es, “el contrato se presumirá celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. Siendo obligatorio que el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador haya de celebrarse por escrito, por así establecerlo expresamente el art. 10 L.E.T.T. y el art. 15 R.E.T.T., será aplicable dicho precepto, y, además, las consecuencias que establece el mismo afectarán únicamente a la E.T.T., sin extenderse a la empresa usuaria, la cual -además de no haber sido responsable de la infracción- carece de los medios necesarios para controlar el cumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, nos encontramos con un problema derivado de las peculiaridades que surgen como consecuencia de la propia naturaleza temporal de la puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria, pues éste es cedido para la cobertura provisional de un puesto de trabajo en dicha empresa, por lo que resulta sencillo para la E.T.T. destruir la presunción legal *iuris tantum* de que el contrato es por tiempo indefinido atendiendo simplemente a la naturaleza temporal o urgente que tienen las necesidades de la empresa usuaria. Así pues, las circunstancias que rodean este tipo de

relación laboral ponen de manifiesto la facilidad que podrá tener la E.T.T. para acreditar la naturaleza temporal de la prestación, ya que ésta puede justificar su voluntad de contratar temporalmente al trabajador en base a que la contratación se ha llevado a cabo para cubrir temporalmente un puesto de trabajo en la empresa usuaria. De ahí que, en estos casos, comparto la opinión que se manifiesta en contra de que se rompa la presunción iuris tantum atendiendo exclusivamente al carácter temporal de las necesidades de la empresa usuaria, y exigiendo que la prueba de la temporalidad se efectúe en relación con las circunstancias organizativas de la E.T.T. y la cuantía y contenido del conjunto de contratos de puesta a disposición celebrados por ésta.

Las previsiones del Derecho Comunitario en materia de trabajo temporal ha ido progresivamente reduciendo las menciones obligatorias que debe contener el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador puesto a disposición. Así, en un primer momento, la Propuesta de Directiva en materia de trabajo temporal de 7 de mayo de 1982 preveía el deber de indicar en el contrato de trabajo una serie de contenidos mínimos, a saber: la naturaleza del contrato a realizar, el lugar de ocupación y el horario de trabajo, la remuneración convenida y las indemnizaciones a las que el trabajador temporal tiene derecho (art. 5). Posteriormente, la Propuesta Modificada de Directiva de 3 de abril de 1984 eliminó las menciones relativas al lugar de ocupación y horario de trabajo (art. 5). El último eslabón de esta regresiva evolución lo constituye la Propuesta de Directiva relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de 29 de junio de 1990, en la que únicamente se establece que “el empresario deberá indicar en el contrato de trabajo temporal sus motivos para recurrir a este tipo de relaciones laborales” (art. 2.4). Si se compara la previsión comunitaria en este punto con la regulación de los diferentes países de nuestro entorno europeo, puede extraerse la conclusión de que esta materia se trataba de forma mucho más detallada que en la Propuesta de Directiva de 29 de junio de 1990, destacando la Ley Alemana de 1972 (art. 11), la Belga de 1987 (art. 17) y, especialmente, el Code du Travail francés (art. 124-4).

## **XI. DURACIÓN E INDEMNIZACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

En materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición. Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato

### **Duración del contrato de puesta a disposición**

Los contratos de puesta a disposición se celebran entre las empresas de trabajo temporal y sus empresas usuarias para la cesión a estas últimas de los trabajadores de la ETT. La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal establece la duración que pueden tener estos contratos:

1. Para la realización de obra o servicio determinado hasta la finalización de la obra o cumplimiento del servicio objeto del contrato (Art. 7 LETT).
2. Por acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa usuaria, la duración del contrato no podrá exceder de seis meses.

3. Por sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, hasta que finalice la causa de la sustitución.
4. Los contratos para la formación y aprendizaje y contrato en prácticas realizados por ETTs se encuentran limitados a la duración establecida en el Art. 11 Estatuto de los Trabajadores

El apdo. 5, Art. 15 ,Estatuto de los Trabajadores, establece una obligatoriedad de transformación de este tipo de contratos de manera que los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal (salvo para la utilización de los contratos de relevo e interinidad).

Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.

La empresa de trabajo temporal podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en el apdo. 1.b) del Art. 15 ,ET, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el citado artículo y en sus normas de desarrollo reglamentario (Art. 13 Ley 12/2001, de 9 de julio).

#### Indemnización del contrato de puesta a disposición

Sin perjuicio de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio (apartados. 1.1 c) y f) 267, LGSS, apdo. 1, Art. 7, ETT).

Tras la extinción de la relación laboral con la Empresa de Trabajo Temporal por finalizar el contrato de puesta a disposición en la empresa se considera al trabajador en situación legal de desempleo.

Antigüedad computable para el cálculo. En caso de diversos contratos celebrados sin solución de continuidad o con interrupciones irrelevantes, se computa la antigüedad desde el día en que se inició la prestación de servicios. Incluso cuando al principio los servicios se prestaron en virtud de cesión por una E.T.T. a otra usuaria que luego contrató al trabajador. (STS, Sala de lo Social, de 11/05/2009, Rec. 3632/2007)

## **XII. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN EN LA OFICINA DE EMPLEO**

El último inciso del art. 10 L.E.T.T. obliga a registrar en la Oficina de Empleo los contratos de trabajo celebrados entre la E.T.T. y el trabajador en el plazo de los diez días siguientes a su celebración. Debido a que los contratos celebrados por una E.T.T. deben celebrarse por escrito, la mención en el art. 10 L.E.T.T. a la obligación de registro es reiterativa si se tiene en consideración que el art. 16.1 ET obliga a los empresarios “a registrar en la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deban celebrarse por escrito”. No obstante, se reitera dicha obligación a los efectos del “necesario conocimiento del mercado de trabajo”, según el punto 2.a) de la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación. Con respecto al plazo de 10 días, se trata de días hábiles, siguiendo lo preceptuado en el art. 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común<sup>366</sup>. Partiendo de lo señalado por la L.E.T.T., este plazo empieza a computarse desde que tenga lugar la concertación del contrato, esto es, desde que se celebre por escrito.

A pesar de que la L.E.T.T. no tipifica en el Capítulo V -Infracciones y Sanciones- la calificación que ha de darse a la infracción del deber de registro de los contratos efectuados por la E.T.T., será de aplicación supletoria la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (L.I.S.O.S.), por expresa mención del art. 18 L.E.T.T.<sup>368</sup>, que establece que dicha Ley será de aplicación en lo no previsto por la L.E.T.T. De forma que, según el art. 26.5 de la L.I.S.O.S. constituirá infracción leve el no registrar el contrato en la Oficina Pública de Empleo “en los casos en los que estuviera establecida la obligación de registro”.

### **XIII. SUPUESTOS EN QUE SE PROHIBE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

#### **1. ESQUIROLAJE**

El primer supuesto en que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición es “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”. Dicho precepto contempla, pues, la prohibición del recurso al esquirolaje externo realizado a través de la puesta a disposición de un trabajador por parte de la E.T.T. a la empresa usuaria, con la finalidad de suplir a los trabajadores huelguistas por el tiempo que dure la huelga, supuesto de exclusión que también contemplan la mayoría de países europeos, incluso en los que se contiene una regulación más permisiva -como el Reino Unido-.

Esta exclusión es una proyección en la L.E.T.T. del art. 6.5 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977, que prohíbe, de manera genérica, la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado nº 7 de este artículo, referido al incumplimiento de la obligación de garantizar los servicios mínimos.

La mención expresa a esta prohibición por parte L.E.T.T. no es, en absoluto, superflua. Hay que tener presente que la redacción del art. 6.5 del R.D.L.R.T. había planteado problemas interpretativos en relación a si la prohibición de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros incluía también los supuestos de contratas o subcontratas con otras empresas de obras o servicios. Esta cuestión había sido resuelta por una parte de la doctrina laboralista<sup>375</sup> desde una perspectiva teleológica, manteniendo que este supuesto atenta contra la finalidad de la huelga de la misma forma

que sucede cuando la empresa contrata directamente a trabajadores interinos con el fin de suplantar a los huelguistas. Así pues, la cuestión determinante para este sector doctrinal era la protección de la eficacia del ejercicio legítimo del derecho de huelga, y no el hecho de quién ostente realmente la condición de empleador. En este sentido, la prohibición expresa en la L.E.T.T. del supuesto objeto de análisis merece una valoración positiva, puesto que se han evitado las posibles dudas interpretativas que podrían haber surgido por el hecho de que el verdadero empresario del trabajador puesto a disposición no es el empresario contra el que va dirigida la huelga, sino la E.T.T. Así pues, se aprecia que la intención por parte del legislador al redactar el art. 8.a) era la protección de la finalidad reivindicativa de los trabajadores huelguistas ante una posible vía de sustitución de éstos por parte del empresario, al igual que las previsiones de la Propuesta de Directiva de 7 de mayo de 1982 y la posterior Propuesta modificada de 3 de abril de 1984 y siguiendo la línea de la mayoría de países de nuestro entorno europeo. Surge la duda sobre si la prohibición analizada comprende también los supuestos de esquirolaje interno. Esta situación podría producirse en los casos en los que la empresa usuaria recurriese a los servicios de una E.T.T. para cubrir las vacantes que surjan como consecuencia de la sustitución interna de los trabajadores huelguistas por trabajadores de la propia plantilla de la empresa usuaria que no han secundado la huelga y aceptan cubrir los puestos de trabajo de los huelguistas. La prohibición establecida por el art. 8.a) L.E.T.T. ha de extenderse también a estos supuestos, ya que la finalidad de la norma es impedir que el trabajador puesto a disposición venga a ocupar un puesto de trabajo que resulte vacante como resultado de la huelga, no importa si directamente o a través del recurso al esquirolaje interno. Asimismo, hay que tener presente la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto, en el sentido de que la sustitución interna de trabajadores puede resultar abusiva si con ello lo que se pretende es obtener objetivos distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico. Según la STC 123/1992, de 28 de septiembre, el recurso al esquirolaje interno resulta ilícito cuando la empresa utiliza la sustitución interna de trabajadores para “desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”, y no como una medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa.



El incumplimiento de esta prohibición por parte de la empresa usuaria está tipificado en el art. 20.3.a) como sanción muy grave, calificación idéntica a la que realiza la L.I.S.O.S. en relación a este mismo supuesto (art. 8.10)<sup>382</sup>. Sin embargo, no existe ninguna mención específica en relación a cómo ha de calificarse la inobservancia de dicha prohibición por parte de la E.T.T.. Ante este vacío legal, una posible solución podría ser considerar esta infracción como grave en base al art. 19.2.c), es decir, por entender que cuando la E.T.T. pone a disposición trabajadores temporales a la empresa usuaria con el objetivo de sustituir a los huelguistas estaría formalizando “contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2 de esta Ley”. Así pues, el art. 19.2.c) actuaría como una especie de “cláusula de cierre” en relación a todos aquellos supuestos de prohibición cuya inobservancia no tienen una tipificación específica en la L.E.T.T.

Todo lo dicho, ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical y del art. 179 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>384</sup>, de forma que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionado su derecho de libertad sindical podrá acudir a la jurisdicción laboral para que ésta, mediante un procedimiento preferente y sumario, declare -si lo estima procedente- el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas derivadas del acto -incluida la indemnización que procediera-, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas.

Por otra parte, el art. 6 párr. 7º del R.D.L.R.T. prevé una única excepción a la prohibición de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas: en el supuesto de que se incumpla la obligación de garantizar los servicios mínimos en la empresa. Dicha excepción no ha sido incluida en la L.E.T.T., por lo que parece que la intención del legislador ha sido establecer una prohibición absoluta de recurrir a la E.T.T. para que le proporcione trabajadores durante el período de tiempo que dure la huelga, por lo que

cuando el empresario considere que es aplicable dicha excepción deberá recurrir directamente a la contratación de los trabajadores sustitutos de los huelguistas.

## **2. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PELIGROSAS E INSALUBRES**

El segundo supuesto en que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición tiene su causa en “la realización de las actividades y trabajos, que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente” (art.8.b).

La existencia de un trato específico en relación a la prevención de riesgos de los trabajadores puestos a disposición se fundamenta, principalmente, en el elevado número de siniestralidad laboral que se produce como consecuencia de ciertos factores derivados del desconocimiento del oficio, del lugar de trabajo, de la inexperiencia y de la insuficiente integración de estos trabajadores dentro de la política general de la empresa en materia de seguridad, situación que se agrava por el hecho de que el empresario jurídico y la empresa usuaria no son la misma entidad.

A estos factores es necesario añadir, en mi opinión, la insuficiente formación que la E.T.T. es capaz de proporcionar al trabajador con el fin de que éste pueda evitar eficazmente los riesgos a que va a estar sometido en la empresa usuaria. Y ello porque la necesidad urgente de cubrir el puesto de trabajo en la empresa usuaria y la rapidez que ello comporta es totalmente incompatible con el tiempo necesario para que la E.T.T. pueda formar debidamente a los trabajadores a fin de prevenir los riesgos específicos a

que van a estar expuestos en la empresa usuaria, tal como habrá ocasión de analizar más detenidamente en los apartados relativos al deber de formación y a la obligación de prevención de riesgos laborales de la E.T.T.

El art. 8. b) L.E.T.T. ha tomado como referente el art. L- 124.2.1386 del Code du Travail francés, que a su vez es fruto de la regulación comunitaria sobre la materia, concretamente la Directiva 91/383/C.E.E., que completa las medias tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada y de E.T.T.<sup>387</sup>. Esta Directiva intenta dar una respuesta a la previsión del art. 16 de la Directiva Marco de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que contemplaba la regulación de disposiciones más rigurosas para determinados colectivos de trabajadores, entre los que se encuentran los temporales.

La Directiva 91/383/C.E.E. tiene como objetivo primordial una regulación de los riesgos para la seguridad y salud que afectan particularmente a los trabajadores temporales, a la vista de los datos que demostraban el alto índice de siniestralidad laboral de dichos trabajadores. De entre todas las previsiones que se contienen, el párrafo primero del art. 5.1. de la Directiva 91/383/C.E.E. ha tenido una incidencia fundamental en la redacción del art. 8 b) de nuestra L.E.T.T. Así, la norma comunitaria establece que los Estados miembros tendrán la facultad de prohibir que se recurra a los trabajadores temporales para trabajos que requieran un control médico especial y de larga duración. La L.E.T.T. refleja el contenido de la Directiva, si bien hay que matizar que lo hace a través de una mención genérica e imprecisa a aquellos trabajos especialmente peligrosos para la seguridad y la salud de los trabajadores temporales, delimitación que se deja al posterior desarrollo reglamentario.

En el art. 5.2 de la Directiva 91/383/C.E.E. se establece una excepción a la prohibición de recurrir a trabajadores temporales en actividades con especial riesgo, siendo posible dicha cesión temporal para ciertos casos excepcionales en los que sea necesario un control médico de larga duración, velando en este caso los Estados miembros porque éstos disfruten de un control médico que se extienda más allá de la fecha de expiración de su contrato. La L.E.T.T. no ha incluido esta salvedad en el art. 8 b), lo cual significa la total prohibición de ceder al trabajador para los puestos de trabajo establecidos reglamentariamente. A pesar de que en el trámite parlamentario se intentó introducir modificaciones en esta materia, la prohibición absoluta por la que se ha optado en el texto definitivo de la Ley merece, a mi juicio, una valoración positiva por dos razones. En primer lugar, porque hubiera sido difícil articular mecanismos de control para asegurar el efectivo seguimiento médico del trabajador temporal, puesto que, una vez terminada la cesión temporal, el trabajador pierde su vinculación con la empresa usuaria. En segundo lugar, la escasa formación del trabajador -como consecuencia de la rapidez que, como ya se ha visto, requiere la puesta a disposición- hace a éste especialmente vulnerable a los riesgos específicos de la empresa usuaria.

Por todo lo expuesto, la mejor política de prevención que puede tomarse en empresas con especiales riesgos es que los puestos de trabajo de éstas sean ocupados por trabajadores cualificados, específicamente formados y que previamente hayan sido seleccionados directamente por este tipo de empresas especialmente peligrosas para la seguridad y salud de los trabajadores.

Por último, se califica como sanción muy grave para ambas empresas la formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente (art. 19.3.b y 20.3.b). La infracción se realiza sin que sea necesaria la producción de un riesgo para los trabajadores afectados, tal y como parece exigir la L.I.S.O.S, en la que se considera infracción muy grave en materia de seguridad e

higiene “la inobservancia de la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores”, trabajadores con particularidades que tienen prohibida por razones de riesgo laboral la realización de determinadas actividades.

#### **XIV. SUPUESTOS EN QUE SE PERMITE EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**

##### **1. PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO**

El art. 6.2.a) L.E.T.T. establece, como uno de los supuestos a través de los cuales podrá llevarse a cabo el contrato de puesta a disposición, “la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”. Si tomamos como premisa la necesaria identificación causal entre el contrato de trabajo y el contrato de puesta a disposición, la E.T.T. podrá celebrar con el trabajador, en virtud del art.15.1.a) ET, un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinados, viniendo determinada dicha obra o servicio como consecuencia de la celebración previa de un contrato de puesta a disposición en base precisamente al supuesto de obra o servicio que también se contempla en el art. 6.2.a) L.E.T.T. como uno de los supuestos en los que resulta posible la celebración del contrato de puesta a disposición.

El art. 6.2.a) L.E.T.T. señala que podrán celebrarse contratos de puesta a disposición cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria “para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”. Este último inciso -el hecho de que la “ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”,

constituye una característica configuradora de este contrato, la cual permite su diferenciación en relación a los puestos de trabajo de naturaleza permanente en la empresa. La actividad realizada por la E.T.T. supone necesariamente que la puesta a disposición del trabajador a la empresa usuaria sea de carácter temporal. Por lo tanto, la expresa mención a este elemento objetivo en los contratos de puesta a disposición que traigan su causa en la realización de obra o servicio determinado debe servir para impedir aquellas actividades que, a pesar de tener sustantividad propia, no poseen el elemento de la temporalidad y, por lo tanto, constituyen supuestos fraudulentos de utilización de este tipo de contratos. En este sentido, la jurisprudencia exige que la obra o servicio determinado con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa sea de carácter temporal, sin que pueda estimarse correcta la realización de este contrato para aquellos trabajos de naturaleza permanente.

Por otra parte, cuando la E.T.T. celebre con el trabajador puesto a disposición un contrato bajo la modalidad de obra o servicio determinado, deberá identificarse suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, según prevé expresamente el art. 2.2.a) del RD 2546/1994. A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado en multitud de sentencias que para poder acogerse válidamente a la modalidad contractual que autoriza la normativa citada no sólo se requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y posea autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, sino que además se requiere que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio. Esta matización posee la finalidad de que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de dicha obra o servicio, y no en tareas distintas. Por lo tanto, si se aplican estas consideraciones al contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, en éste deberá incluirse una descripción suficiente de la obra o servicio que constituyan el objeto del contrato para obra o servicio, lo que implica que es necesario un conocimiento previo de las tareas que configuran la obra o servicio dentro del ámbito de la prestación de servicios que el trabajador llevará a cabo en la empresa usuaria. Este requisito, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es fundamental o esencial en estos casos, de tal forma que si falta esa concreción o determinación se

deberá deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opera el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado.

Por otra parte, conviene preguntarse, si en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la empresa usuaria es necesaria también una descripción suficiente de la obra o servicio en virtud de la cual esta última está facultada para solicitar los servicios del trabajador puesto a disposición. La duda surge porque ni en la L.E.T.T. ni en el R.E.T.T. se contiene ninguna disposición concreta en relación a la específica descripción de las tareas que constituyen dicha obra o servicio. Ahora bien, varias razones avalarían una respuesta afirmativa. En primer lugar, si se toma como referencia el art. 14 del R.E.T.T. podrá observarse que, a pesar de -como ya se ha dicho no se contiene una previsión específica en relación a este supuesto concreto de obra o servicio determinado, sí se señala que habrá de señalarse el supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica, según lo previsto en el art. 6.2 L.E.T.T.

De la redacción del precepto mencionado puede desprenderse que no sólo es necesaria la identificación del supuesto de celebración -que en el caso analizado sería la mención al supuesto de obra o servicio contenido en el art. 6.2.a) L.E.T.T.-, sino que también establece como preceptivo el establecimiento de un plus de información en el contrato de puesta a disposición, que en este caso viene dado a través de la “expresión concreta de la causa” que justifica este supuesto específico. Dicha expresión concreta de la causa del contrato de puesta a disposición debe incluir, a mi entender, la identificación concreta de la obra o servicio, puesto que, de no quedar debidamente identificados, no podrá concluirse a favor de la existencia de los mismos, o bien no podrá saberse cuál es la obra o servicio que constituye el objeto del contrato si éstos no se han concretado y determinado previamente en el contrato concertado entre las partes, lo que lleva a la misma conclusión -según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido reseñada anteriormente-. Asimismo, la expresión

concreta de la causa a la que se refiere el art. 14 R.E.T.T. no puede circunscribirse únicamente a la mención del supuesto justificativo de la puesta a disposición del trabajador, no bastando una referencia meramente formal al mismo, ya que estamos ante un supuesto causal, tal como se infiere de la redacción del mencionado art. 14 R.E.T.T., por lo que la causa objetiva debe predicarse también desde un punto de vista material, lo que únicamente se puede conseguir a través de la descripción de la obra o servicio objeto del contrato.

El art. 2 del RD 2546/1994 establece una mención que no se encuentra en el art. 6.2.a) L.E.T.T., cuando señala que la obra o servicio determinados tendrá “autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”. Esta omisión en la normativa de E.T.T. se ha interpretado por la doctrina en el sentido de que, al realizarse el contrato de puesta a disposición, “no se requiere, a diferencia del ámbito jurídico laboral, que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa, por lo que el único condicionante es el de su duración temporal”. Esta opción es fruto de una interpretación literal del art. 6.2 de la L.E.T.T., según la cual dicho precepto omite deliberadamente esta mención y, por ello, mantendría su autonomía normativa, sin que pudiera acudirse a la normativa laboral como legislación supletoria. Para llegar a esta conclusión se argumenta que este supuesto de temporalidad puede justificar dicha temporalidad en cualquier ámbito (civil, mercantil, administrativo o laboral), por lo que no ha de acudirse necesariamente a la normativa laboral. Sin embargo, a pesar de que el contrato de puesta a disposición sea un contrato de naturaleza mercantil, no está claro que el supuesto regulado en el art. 6.2.a) L.E.T.T. pueda deslindarse absolutamente de la normativa laboral, especialmente si se tiene en cuenta que la L.E.T.T. sólo autoriza el recurso a las E.T.T. cuando la puesta a disposición del trabajador tenga carácter temporal y no indefinido, pues, de estar en presencia de este último supuesto, la empresa usuaria no podría utilizar los servicios de la E.T.T.



Así pues, para poder dilucidar si las necesidades que la empresa usuaria posee a la hora de cubrir el puesto de trabajo son realmente naturaleza temporal, la única opción es acudir al ordenamiento laboral, y, en relación al contrato por obra o servicio determinado, la jurisprudencia ha señalado que “la obra o servicio determinado ha de tener la suficiente entidad, autonomía y relieve propio como para distinguirse nítidamente de lo que es la actividad normal y ordinaria de la empresa, porque en otro caso la contratación admisible es la de carácter indefinido”. De aceptarse la interpretación de la absoluta independencia del supuesto del art. 6.2.a) L.E.T.T. con respecto al ordenamiento laboral, se daría la circunstancia de que una empresa usuaria que no cumpliera los requisitos que el art. 15.1.a) ET y del art. 2 del RD 2546/1994 no podría contratar directamente al trabajador, pero podría obviar estos requisitos acudiendo a la interposición de una E.T.T. Esta conducta podría ser constitutiva de fraude de ley, aunque pueden surgir dificultades para encuadrarlo dentro del art. 15.3 ET, pues la empresa usuaria no ha llevado a cabo directamente la contratación. De todas formas, siempre cabe el recurso de acudir a la figura del fraude de ley prevista en el art. 6.4 del Código Civil y poder aplicar las consecuencias previstas en el ordenamiento laboral y que se han tratado de eludir, al disponer este precepto que este tipo de conductas que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán efectuadas en fraude de ley “y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir”.

El art. 15.1.a) ET se establece que “los convenios colectivos estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. Esta mención, no contenida en el art. 6.2.a) L.E.T.T., suscita la duda de si las tareas con sustantividad propia que así se hayan determinado a través de la negociación colectiva pueden y deben ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar la obra o servicio objeto del contrato de puesta a disposición. La remisión a la negociación colectiva, tal cual aparece en el vigente art. 15.1.a) E.T., se debe a la redacción dada por el RD 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida<sup>420</sup>,

posteriormente convalidado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre. Según la doctrina, el sentido de la reforma operada por la Ley 63/1997 es el establecimiento de una excepción al principio de prohibición de concurrencia que, entre convenios colectivos, establece con carácter general el art. 84 E.T., de tal forma que el convenio colectivo de empresa podrá entrar también a regular esta materia, aunque la identificación de las tareas con sustantividad propia se haya realizado por el convenio sectorial. En cualquier caso, lo que queda claro es que la autonomía colectiva, bien sea a nivel sectorial estatal bien de ámbito inferior incluido el de empresa, aparece legitimada para poder identificar las tareas a las que se ha hecho referencia, máximo teniendo en cuenta que el art. 2.1 del RD 2546/1994 establece que cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas que pueden cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo dispuesto en el mismo a efectos de su utilización.

Para los autores partidarios de deslindar las causas del contrato de trabajo temporal y el de puesta a disposición, ello sólo crearía una obligación de la empresa usuaria que no afectaría a la validez y eficacia en sí de los contratos de puesta a disposición ni a los contratos de trabajo entre la empresa temporal y sus trabajadores. Para otra línea doctrinal, a pesar de que no considera exigibles al contrato de puesta a disposición las precisiones que requiere en sus supuestos homólogos la contratación laboral directa, sí que consideran aplicable al supuesto de puesta a disposición para obra o servicio determinado las previsiones que -en cuanto a la autonomía y sustantividad propia y su especificación a través de los convenios colectivos- haya llevado a cabo la empresa usuaria. A pesar de que este punto no ha sido contemplado expresamente en la L.E.T.T., lo más lógico sería que, tanto a la hora de realizar el contrato de puesta a disposición como el contrato de trabajo entre la E.T.T. y el trabajador, se aplicase el convenio colectivo de la empresa usuaria, que constituye el mecanismo apropiado para la especificación de dichas tareas. Ya se ha puesto de manifiesto anteriormente la conveniencia de aplicar a los supuestos de puesta a disposición la previsión de la normativa laboral de que los trabajos posean autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues así pueden delimitarse con más claridad aquellos puestos de trabajo que -bajo la modalidad de obra o servicio determinado- realmente

poseen una naturaleza temporal. En consecuencia, si el convenio colectivo de la empresa usuaria especifica estos trabajos con autonomía y sustantividad propia, debería estarse a éste, por lo que el contrato de puesta a disposición tampoco podría quedar totalmente ajeno al ordenamiento laboral en este punto. Cuando el convenio de la empresa usuaria regula estos aspectos es porque con ello se pretende separar claramente los trabajos de naturaleza temporal de los de naturaleza indefinida, requisito al que no puede quedar ajena la empresa usuaria al solicitar los servicios de una E.T.T. En el trámite parlamentario L.E.T.T. se introdujo una enmienda que prohibía la realización del supuesto de puesta a disposición para la realización de trabajos por obra o servicio determinado a aquellas empresas usuarias del sector de la producción o la prestación de servicios cuya actividad prioritaria fuese la realización de obras por contrato o arrendamiento temporal de servicios<sup>426</sup>. Lo que se pretendía era evitar que las empresas constituidas en los sectores de actividad en que se utiliza frecuentemente la contratación por obra o servicio recurriesen excesivamente a la realización de contratos de puesta a disposición para eludir las obligaciones que vienen impuestas por el ordenamiento laboral a los empresarios que contratan directamente a los trabajadores. Esta prohibición, a mi juicio acertada, no ha sido plasmada en el texto definitivo de la Ley, por lo que es previsible que en el sector de la construcción proliferen a partir de ahora las contrataciones de trabajadores a través de las E.T.T., ya que la legislación española no ha contemplado límites numéricos a la contratación de este tipo de trabajadores en ningún sector de actividad.

Otro de los aspectos a estudiar es la duración del contrato celebrado entre la E.T.T. y el trabajador que tenga su causa en la realización de una obra o servicio determinado. La terminación del contrato no puede ser fruto de la decisión unilateral del empresario, ya que debe adecuarse al tiempo real de la obra o servicio. Puede preverse un término orientativo para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, pero dicho término únicamente puede tener el carácter de simple previsión, ya que la relación laboral subsistirá mientras que la obra no se haya ejecutado o finalizado. El contrato es temporal porque su ejecución es limitada en el tiempo, pero es incierta porque en la mayoría de los casos no resulta posible delimitar con exactitud cuándo terminará, tal como establecen los arts. 15.1.a) E.T. y 2.1 del RD 2546/1994. En función de esta

previsión normativa, la terminación del contrato no puede ser fijada arbitrariamente por el empleador, ya que el art. 1256 C.C. establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que la terminación del contrato no puede ser fruto de la decisión unilateral del empresario, sino que debe estar basada en la terminación real de la obra o servicio determinado. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la consignación de una fecha final no hace que el contrato para obra o servicio determinado se transforme en un contrato de duración cierta, sino que, por el contrario, éste perdurará hasta que finalice la causa del mismo, es decir, la obra o servicio, ya que la referencia a un período de tiempo no supone la inserción de un término cierto y fatal. Respecto a la duración del contrato de puesta a disposición en el supuesto estudiado, el art. 7.1 L.E.T.T. dispone que ésta “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el respectivo contrato”, en este caso la obra o servicio determinado. Se trataría, pues, de dilucidar si al contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y el trabajador son también aplicables las consideraciones expuestas anteriormente en relación a la duración incierta de la obra o servicio, en base a las cuales se llegaría a la conclusión de que la consignación de un término en el contrato de puesta a disposición no supondría la extinción del mismo una vez llegado éste, sino que dicho contrato subsistiría mientras que la obra o servicio no se hubiese ejecutado o finalizado. La citada corriente jurisprudencial sería extrapolable a la duración del contrato de puesta a disposición celebrado bajo este supuesto, puesto que en relación a la duración de este supuesto -art. 6.2.a) L.E.T.T.- sí que se contiene una previsión a la del art. 2.1 del RD 2546/1994, por el que se desarrolla el art. 15 ET: en ambos se señala que “su ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”. Esta identidad en la regulación de ambas causas de temporalidad permite, en mi opinión, que resulte aplicable la línea jurisprudencial que se ha venido produciendo en relación al art. 15.1.a) del ET.

Otro de los problemas que se suscita en relación a este supuesto, es si ha de entenderse aplicable la previsión que establece el art. 7.2. L.E.T.T., según el cual “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por contrato

indefinido”. Si analizamos el citado precepto en los casos en que el contrato de puesta a disposición haya sido celebrado para la realización de una obra o servicio determinado, pueden plantearse dos posibles interpretaciones en relación al alcance que puede tener el mencionado precepto. En primer lugar, si se acoge una interpretación estrictamente literal del art. 7.2, la consecuencia sería que el contrato de puesta a disposición para la realización de obra o servicio determinado no estaría incluido en el ámbito de este precepto, por la razón de que esta modalidad no posee un plazo cierto predeterminado por la norma, sino que su duración -tal como se ha visto anteriormente- es incierta en el tiempo. En consecuencia, de acogerse esta opción interpretativa, la referencia específica al plazo de puesta a disposición impediría una aplicación del citado precepto en los supuestos en los que el contrato celebrado entre la E.T.T. y la usuaria tuviera su causa en la realización de una obra o servicio determinado, ya que la redacción del art. 7.2 L.E.T.T. no hace referencia a la finalización de la puesta a disposición del trabajador en términos genéricos, sino que se asigna la condición de indefinido del trabajador en aquellos supuestos en los que éste continúa prestando sus servicios una vez finalizado el plazo concreto para el que fue concertado el contrato de puesta a disposición. De esta forma, el fin de la obra o servicio que constituyó el objeto del contrato actuaría a modo de término, sin que pudiese considerarse al trabajador como indefinido a pesar de que continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria.

Ahora bien, resulta posible una segunda interpretación que permitiría afirmar que el precepto estudiado es perfectamente aplicable al contrato de puesta a disposición por obra o servicio determinado, en base a que el concepto de plazo ha de adaptarse a las características propias de la duración de este contrato. Ello significaría que, en el supuesto que nos ocupa, una vez concluida la causa del contrato -la realización de la obra o servicio- finalizaría el plazo de puesta a disposición, por lo que si el trabajador continuase en la empresa usuaria se le consideraría vinculado a ésta por tiempo indefinido. En base a esta segunda interpretación, el art. 7.2 L.E.T.T. actuaría a modo de condición resolutoria, de tal forma que si el trabajador continúa prestando sus servicios una vez concluida la obra o servicio, este adquirirá la condición de fijo en la plantilla de la empresa usuaria. En mi opinión, ésta última es la interpretación más razonable,

teniendo en cuenta que la finalidad del art. 7.2 L.E.T.T. es precisamente impedir aquellas conductas en virtud de las cuales se dejaría en manos del empresario la facultad de decidir el momento en el cual prescinde de los servicios del trabajador puesto a disposición. Por otra parte, el empresario no podría alegar en estos supuestos una prórroga del contrato, ya que esta modalidad contractual no es susceptible de ser prorrogada. Únicamente parece que podría hablarse de una cierta prórroga de la obra o servicio que dependan de la ejecución de un programa o plan público, supuestos en los que los contratos celebrados por las partes quedarán ampliados por el tiempo por el que se amplíe el plazo de ejecución del programa en cuyo desarrollo fueron concertados. Ahora bien, resulta dudoso que incluso en estos casos pueda hablarse propiamente de una prórroga del contrato para obra o servicio determinado, puesto que el aumento de la duración del contrato vendría dado más bien por la ampliación de la obra o servicio por causas ajenas al empresario, es decir, no porque el empresario decida prorrogar la obra o servicio, sino porque en realidad dicha obra o servicio todavía no habría llegado a su finalización.

Para algunos autores contrarios a la coincidencia de causas entre el contrato temporal celebrado por la E.T.T. y el contrato de puesta a disposición celebrado entre ésta y la usuaria, no existe ningún inconveniente para que, a través de la negociación colectiva pueda establecerse una opción preferente en favor de que la E.T.T. contrate únicamente a los trabajadores a través del contrato por obra o servicio determinado, justificando esta elección en el hecho de que, de todas las modalidades contractuales que se establecen en el art. 15.1 ET, la que mejor se adecua a la causa del contrato de trabajo de cesión temporal es la del contrato por obra o servicio, entendiendo que el servicio se origina en la E.T.T. por la firma del contrato de puesta a disposición. Esta elección que se produce en algunos convenios colectivos por el contrato por obra o servicio determinado plantea una cuestión importante en orden a la resolución del contrato entre la E.T.T. y el trabajador cedido. Al prever como único supuesto de realización del contrato el de obra o servicio determinado, se contempla paralelamente que la resolución del mismo tendrá lugar automáticamente cuando cesa el servicio, esto es, cuando se resuelve el contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, en

base al art. 49.1.c) del ET, esto es, “por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”.

Asimismo, se añade por los autores partidarios de esta posibilidad que, de continuar la prestación laboral del trabajador en la empresa usuaria, se produciría el efecto previsto en el art. 7.2 L.E.T.T., es decir, que se le consideraría vinculado a dicha empresa por un contrato indefinido.

Anteriormente, ya se ha optado por una postura favorable a la coincidencia de causas entre el contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la usuaria y el contrato de trabajo entre la primera y el trabajador puesto a disposición. La razón principal alegada en favor de esta interpretación estriba en el hecho de que sólo los supuestos enumerados en el art. 6 L.E.T.T. son los que justifican el hecho de poder recurrir a los servicios de una E.T.T., a lo que debe añadirse el requisito de que la puesta a disposición debe tener un carácter estrictamente temporal (art. 1 L.E.T.T.). En consecuencia, la temporalidad del contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la E.T.T. viene dada precisamente por la causa alegada por la empresa usuaria a la hora de recurrir a los servicios de aquélla, pues la E.T.T. sólo puede poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador si se da alguno de los supuestos del art. 6 L.E.T.T. Por otra parte, el hecho de que la duración de los contratos para obra o servicio determinado sea incierta -ya que no se sabe exactamente el momento en el cual van a finalizar la obra o servicio- resulta difícilmente compatible con el resto de supuestos en los que el contrato de puesta a disposición ha podido basarse a la hora de recurrir a los servicios de la E.T.T., supuestos en los que sí existe un término cierto -esto es, eventualidad, interinidad por vacante con reserva de puesto de trabajo e interinidad para cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción-.

Asimismo, en la misma línea en contra de la utilización del contrato para obra o servicio como la única modalidad posible que justifique el contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, podría tomarse en consideración la jurisprudencia del

Tribunal Supremo en aquellos supuestos de contrata y subcontrata de obras o servicios.

Dicha jurisprudencia -en unificación de doctrina- niega la posibilidad de vincular la duración de esta modalidad contractual a la de la contrata o subcontrata por el mero hecho de que la empresa principal haya recurrido a esta forma de descentralización productiva sin tener en cuenta si se dan los presupuestos que justifican dicha modalidad, tales como el deslinde nítido de la obra o servicio respecto de otras actividades, la precisión y claridad de las tareas que son objeto de dicho supuesto, así como un acotamiento temporal limitado -aunque incierto- de la duración de tales obras o servicios. El Tribunal Supremo pone un especial énfasis en el hecho de que la precisión y especificación de la obra o servicio resulta más claramente exigible en aquellos supuestos en la que la actividad laboral pactada ha de realizarse siempre en centros de trabajo ajenos (pertenecientes a clientes de la misma), de modo que la expresa mención del centro de trabajo en el contrato de trabajo -como lugar de la prestación de servicios- no dota por sí misma a éste de autonomía y sustantividad propias ni es tampoco expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo.

Aplicando dicha jurisprudencia al supuesto que nos ocupa podría decirse que, de la misma forma que el Tribunal Supremo ha razonado en el supuesto de contrata y subcontrata de obras o servicios, el puesto de trabajo que se pretende cubrir en la empresa usuaria a través de la utilización de los servicios del trabajador contratado por la E.T.T. no siempre va a poseer las notas que caracterizan la modalidad contractual para obra o servicio determinado, ya que en multitud de ocasiones también podrá responder cualquiera de los otros supuestos que justifican el recurso a las E.T.T., en función de lo previsto en el art. 6 L.E.T.T. -esto es, eventualidad, interinidad por vacante con reserva de puesto de trabajo e interinidad para cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción-. De ahí que el contrato de puesta a disposición aisladamente considerado no pueda constituir la única causa que justifique el recurso a esta modalidad contractual por parte de la E.T.T., sino que deberá de



analizarse si se dan los presupuestos materiales que configuran la misma, lo cual vendrá dado necesariamente por el supuesto de temporalidad que haya fundamentado el recurso a los servicios de la E.T.T.

## **2. SITUACIONES DE EVENTUALIDAD**

El segundo supuesto en que se permite la celebración del contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria tiene su causa en “las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” (art 6.2.b) L.E.T.T.). Estamos, pues, en presencia de las causas configuradoras del contrato eventual por circunstancias de la producción. En este punto son aplicables, a mi juicio, las consideraciones que sobre este contrato ya han sido realizadas por la doctrina y por la jurisprudencia al tratar los fundamentos de la eventualidad en la contratación directa, de modo que ésta, como causa por la cual puede celebrarse un contrato de puesta a disposición, no significa que estemos ante un trabajo de distinta índole o naturaleza, sino de mayor intensidad, que no puede ser absorbido por la plantilla fija de la empresa, lo que se produce cuando se trata de aumentos ocasionales de las labores y tareas que se tienen que efectuar.

La doctrina se ha planteado la aplicabilidad o no de la legislación laboral común al contrato de puesta a disposición celebrado entre la E.T.T. y la empresa usuaria cuando éste se realiza por acumulación de tareas o exceso de pedidos. En primer lugar, hay que resaltar que la duración del supuesto del contrato de puesta a disposición que tiene su causa en la eventualidad no coincide con la duración del contrato eventual previsto en el art. 15.1.b) ET. En este aspecto de la duración del contrato se produce el principal problema interpretativo, puesto que mientras la normativa específica de las E.T.T. dispone que la duración máxima del contrato es de seis meses -sin ninguna

especificación más-, en el art. 15.1.b) E.T. se establece que el contrato eventual “podrá tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas”, ambos modificables por la negociación colectiva sectorial. El problema interpretativo se produce como consecuencia del hecho de que el art. 6.2.b) L.E.T.T. también ha silenciado otra mención contenida en el art. 15.1.b) E.T., según el cual “por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”. Se plantea, pues, la dificultad de aplicar supletoriamente el art. 15.1.b) E.T., dificultad derivada del tenor de la Disposición Adicional Primera, que prescribe la aplicación supletoria de la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la E.T.T. y la usuaria, y no de la legislación laboral común.

La cuestión plantea dos posibles interpretaciones. Una interpretación literal de la L.E.T.T. no permitiría ninguna modificación en la duración máxima del contrato. Según dicha opción interpretativa, cuando la L.E.T.T. indica que la duración del contrato de puesta a disposición que tiene como causa la eventualidad tiene como duración máxima 6 meses -sin ninguna matización más- es porque ésta ha sido la intención del legislador. Un sector de la doctrina se ha pronunciado en favor de esta tesis alegando que “los efectos del ejercicio por parte de la autonomía colectiva de las facultades que le confiere el art. 15.1.b) E.T. quedan circunscritos al ámbito que le es propio, el de la contratación laboral eventual, no siendo dable exportar su eficacia más allá de las lindes que trazan su soberanía normadora”, y ello porque las disposiciones del contrato de puesta a disposición poseen la estructura jurídica de las normas de orden público, por lo que no pueden alterarse por ninguna vía. Por lo tanto, según esta opción doctrinal, la duración del contrato de puesta a disposición no podría superar en ningún caso los 6 meses, independientemente de que la empresa usuaria pueda -por estar previsto en el convenio colectivo que le sea de aplicación- contratar trabajadores eventuales por plazo superior o inferior al indicado. Si tomamos en consideración una segunda interpretación opuesta

a la anterior, sería posible la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo de la empresa usuaria en este punto. A favor de esta segunda opción se han pronunciado otro sector doctrinal, al señalar que si la empresa usuaria se ve afectada por un convenio colectivo en el cual se han modificado los plazos del contrato eventual, dicha modificación deberá afectar también a la duración máxima del contrato de puesta a disposición celebrado por esta causa. En este sentido, numerosos son los convenios de E.T.T. que autorizan la modificación del límite de los 6 meses de duración en función de lo dispuesto en el convenio colectivo de la empresa usuaria.

Ante esta posible dualidad interpretativa, hay que tener presente que la jurisprudencia ha tratado la cuestión de la ampliación -a través de la negociación colectiva- de la duración del contrato eventual como causa del contrato de puesta a disposición, negando esta posibilidad por no haberse contemplado expresamente por la L.E.T.T.. Para el Tribunal Supremo (sentencia de 3 de junio de 1996), la L.E.T.T. ha pretendido marcar la diferencia con respecto al art. 15.1.b) E.T., de forma que, por una parte, nos encontramos ante el contrato temporal (y su respectiva duración) que la empresa usuaria puede concertar directamente con el trabajador, y, por otra parte con el contrato de puesta a disposición (y su duración correspondiente), concertado entre la empresa usuaria y la E.T.T. Asimismo, la sentencia de referencia ha señalado que la aplicación del art. 15.1.b) ET con el fin de modificar a través de convenio colectivo el límite temporal de seis meses vulnera el art. 7.1 en relación con el 6 L.E.T.T., porque el contrato de puesta a disposición tiene un límite temporal de seis meses, cuando se trata de contratos de eventualidad, y no puede ser de aplicación la prórroga convencional que permite el art. 15.b) del ET, “ya que las empresas de contratación temporal se han de regir prioritariamente por las normas de la Ley 14/1994”. Así, el art. 16.2 del II Convenio Colectivo estatal de E.T.T. establece la duración máxima de 6 meses en estos supuestos, a diferencia de lo que hacía el I Convenio Colectivo estatal, en cuyo art. 14.2 se refería a una posible ampliación del plazo máximo del contrato eventual cuando el período de seis meses hubiese sido objeto de ampliación en el convenio colectivo de aplicación de la empresa usuaria. De esta forma, el II Convenio estatal modifica la

redacción inicial prevista para este supuesto, con la finalidad de adecuarse a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Dicha interpretación jurisprudencial pretende, a mi juicio, consagrar una interpretación restrictiva en relación a la duración del contrato de puesta a disposición por esta causa, en lógica coherencia con la función que la Ley atribuye a las E.T.T., esto es, la satisfacción de necesidades inmediatas y urgentes en la empresa usuaria. En este punto, comparto los razonamientos del Tribunal, en el sentido de que la empresa usuaria siempre puede, una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, contratar al trabajador directamente, tal como prevé el art. 7.2 L.E.T.T.. Dicho precepto dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Por “plazo de puesta a disposición” ha de entenderse, el que se haya concertado concretamente en dicho contrato. Por lo tanto, si el empresario realiza un contrato inferior a seis meses y una vez acabado éste sigue necesitando los servicios del mismo trabajador, deberá realizar, bien una prórroga expresa del contrato hasta la duración máxima del mismo, bien un nuevo contrato de puesta a disposición hasta la duración máxima de seis meses. No cabría, pues, una prórroga tácita por el tiempo que resta hasta cubrir el período máximo de 6 meses, por lo que si la empresa usuaria no optase por la prórroga expresa, parece que, en función del art. 7.2 L.E.T.T, deberemos considerar al trabajador vinculado a la empresa por tiempo indefinido.

Pero las divergencias entre la normativa prevista en el art. 15.1.b) E.T. y los arts. 6 y 7 L.E.T.T. no acaban con los problemas que se han expuesto anteriormente. Otra de las diferencias que pueden apreciarse entre ambas normas estriba en el hecho de que el empresario que estipula directamente con un trabajador un contrato eventual -a través del art. 15 del E.T.- debe hacerlo dentro del período de doce meses desde que se produzcan las mencionadas causas, actuando dicho lapso temporal como una limitación que se impone al empresario para evitar que éste recurra indiscriminadamente a esta

modalidad e impedir de esta forma la sustitución de puestos de trabajo de naturaleza indefinida por otros temporales. Sin embargo, la omisión L.E.T.T. al período de doce meses -dentro del cual ha de computarse la duración máxima- vuelve a plantear la duda sobre si el contrato de puesta a disposición celebrado por circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos queda sujeto a dicho límite. Ante esta omisión L.E.T.T. cabrían nuevamente dos posturas interpretativas: entender que donde la Ley no impone un límite máximo éste no puede ser aplicable, o bien entender que éste debe aplicarse supletoriamente.

En una primera aproximación al análisis sobre la posibilidad de que pueda aplicarse el límite anual desde que comenzaron las causas que dan lugar a la eventualidad -art. 15.1.b) E.T.-, podría afirmarse que la postura que aquí haya de adoptarse debería resultar coherente con la mantenida con respecto al supuesto de la ampliación de la duración máxima de seis meses que ha sido analizado con anterioridad. Es decir, si se hubiese mantenido la opción interpretativa favorable en relación a que los convenios colectivos de E.T.T. pudieran remitirse a los de las empresas usuarias si es que éstos hubiesen alterado la duración del contrato eventual en uso de la facultad que les confiere el art. 15.1.b) E.T., la conclusión debería ser también afirmativa en favor de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse que los contratos de puesta a disposición cuya causa sea la eventualidad se vean sometidos a la limitación de doce meses contados desde que se produjesen dichas causas -tal y como dispone el art.15.1.b) E.T.-. Es decir, si se llega a la conclusión de que un aspecto es susceptible de ser impuesto a las E.T.T. a través de la negociación colectiva, el otro también, lo cual en ambos casos plantea serias dudas ante el silencio L.E.T.T. en este punto.

Según una primera interpretación posible, el legislador habría omitido intencionadamente el límite temporal del año desde que comenzaron las causas con la finalidad de flexibilizar la contratación a través del recurso a las E.T.T.<sup>449</sup>. En apoyo de esta interpretación se señala que no podría ser aplicable a este supuesto la legislación laboral común, teniendo en cuenta que los contratos de puesta a disposición son

contratos mercantiles a los que no les es aplicable una norma laboral como el ET, dado que la Disposición Adicional Primera de la Ley señala que en todo lo no previsto en la L.E.T.T. se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la E.T.T. y la empresa usuaria. Ahora bien, esta interpretación comportaría la consecuencia de que podrían celebrarse con el mismo trabajador distintos contratos de puesta a disposición bajo esta causa de eventualidad, y ello sin que la empresa usuaria tuviese que respetar el período de doce meses dentro del cual se debería de computar el citado plazo máximo.

Resulta más razonable una segunda interpretación, según la cual podría aplicarse el límite temporal anual del art. 15.1.b) E.T., en base a las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, hay que tener en cuenta los efectos que podría ocasionar la inaplicabilidad de dicho límite, esto es, la posibilidad de que la empresa usuaria utilizase esta vía para cubrir con trabajadores temporales trabajos permanentes, lo que no podría hacer si recurriese a la contratación directa a través del art. 15.1.b) del E.T. Tal como se ha expuesto en el párrafo anterior, de no aplicarse el límite de los doce meses nos encontraríamos con que podrían celebrarse con el mismo trabajador distintos contratos de puesta a disposición sin que la empresa usuaria tuviese que ajustarse al límite de los doce meses que le vendría impuesto si, por el contrario, hubiese concertado directamente dicha modalidad contractual. La utilización de este supuesto de puesta a disposición con la finalidad de eludir el límite de los doce meses impuesto por el art. 15.1.b) del ET supondría una conducta constitutiva de fraude de ley, pues lo que se pretendería realmente sería cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria a través de la interposición de la E.T.T. Es por ello que sería aplicable a estos casos la figura del fraude de ley y, por consiguiente, la transformación del contrato temporal en otro por tiempo indefinido.

Por otra parte, hay que añadir que la utilización de este supuesto con el propósito de eludir el límite temporal de los doce meses choca frontalmente con la temporalidad necesaria del puesto de trabajo para poder acudir a los servicios que proporciona la E.T.T., puesto que es requisito indispensable la naturaleza extraordinaria de la necesidad del puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria y el carácter transitorio o

temporal de dicha necesidad. La aplicación del límite anual establecido en el E.T., tiene la finalidad precisamente de evitar la concatenación de contratos eventuales por las empresas o la celebración de contratos eventuales sucesivos sin dejar apenas espacio temporal intermedio entre ellos, puesto que el contrato eventual tiene como causa poder hacer frente a un eventual incremento del trabajo en la empresa como consecuencia de “las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos”, necesidad por encima de la cual la eventualidad se transforma en normalidad -lo que justificaría una contratación por tiempo indefinido-, tal como ha señalado el Tribunal Supremo. Esta segunda interpretación responde a una concepción acorde a la causa del contrato de eventualidad, puesto que evitaría, en mayor medida, el recurso a la contratación del trabajador por medio de una E.T.T. para cubrir puestos de trabajo en la empresa usuaria de carácter indefinido. Un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de esta interpretación, alegando la existencia de un principio de causalidad en la cesión de mano de obra equiparable al que rige la contratación temporal.

A pesar de que, como se ha expuesto, existen argumentos de fondo que pueden justificar perfectamente la segunda de las opciones interpretativas, no cabe duda de que la literalidad del art. 7.1 L.E.T.T. puede dificultar dicha interpretación. De hecho, como ya se ha visto anteriormente, la STS de 3 de junio de 1996 se ha pronunciado en contra de aplicar la legislación laboral común en relación al supuesto de eventualidad, si bien concretamente en cuanto a la posibilidad de modificar por la vía de la negociación colectiva la duración máxima de seis meses establecida en el art. 15.1.b) E.T. Aunque esta sentencia se refiere a la posibilidad de modificar el límite de los seis meses a través de la negociación colectiva, se está pronunciando en contra de la posibilidad de aplicar supletoriamente la legislación laboral común, posibilidad que niega por ser exclusivamente aplicables a estos casos los preceptos de la L.E.T.T., “ya que las empresas de contratación temporal se han de regir prioritariamente por las normas de la Ley 14/1994”. A esto hay que añadir que la cuestión que se plantea pertenece al ámbito del contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, lo cual supone un obstáculo para aplicar la legislación laboral y seguridad social -y, por tanto, el art. 15.1.b) E.T.-, puesto que “en todo lo no previsto en la presente Ley se aplicará la

legislación civil y mercantil a las relaciones existentes entre (...) la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria” (Disposición Adicional Primera L.E.T.T.).

Numerosos convenios colectivos de E.T.T. han incluido, a la hora de regular los diferentes supuestos de puesta a disposición, el mencionado límite temporal a través de la vía de la negociación colectiva. Ello se ha hecho a través una vía indirecta, remitiéndose de forma genérica a la legislación laboral en aquellos aspectos relativos a las diferentes modalidades contractuales que no hayan sido previstos en la L.E.T.T. El propósito de estas cláusulas convencionales es la ampliación de los seis meses y también el incremento del arco temporal dentro del cual puedan realizarse, al establecer la aplicabilidad de la legislación laboral también estaría previendo el establecimiento del límite temporal anual. De este modo, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de dichos convenios pretenden que les sea aplicable supletoriamente el art. 15.1.b) E.T. Estos convenios colectivos intentan salvar así la dificultad que surge para la aplicación de la normativa laboral a los contratos de puesta a disposición, ya que la Disposición Adicional Primera de la Ley constituye un serio obstáculo para dicha aplicación, ya que en ella se dispone que “en lo no previsto en la presente Ley se aplicará (...) la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria”.

En este punto, son trasladables nuevamente las consideraciones expuestas anteriormente en relación a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo partidaria de mantener separadamente la regulación de las modalidades de contratación temporal (art. 15 E.T.) de los supuestos en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición (art. 6.2 L.E.T.T.). Asimismo, puede recurrirse, en mi opinión, a la aplicación de la doctrina del fraude de ley para poder evitar las consecuencias que podría ocasionar la omisión del límite anual del art. 15.1.b) E.T. Y ello porque la repetición de contratos bajo esta modalidad por la empresa usuaria supondría que a través de ella no se estarían haciendo frente a necesidades temporales de mano de obra,



sino permanentes, lo cual no resulta posible en virtud del art. 1 L.E.T.T. La posibilidad de que las empresas usuarias acudiesen a las E.T.T. sin limitación temporal para contratar trabajadores eventuales no puede sustentarse legalmente si se piensa que la L.E.T.T. incide especialmente -a lo largo de su articulado- en el requisito de la temporalidad del puesto de trabajo que va a cubrir la empresa usuaria a través de los servicios de la E.T.T. La puesta a disposición de trabajadores ha de ser excepcional, únicamente ante necesidades temporales de la empresa usuaria, por lo que la contratación a través de E.T.T. no puede abrir una vía de escape para evitar las limitaciones que el art. 15 del E.T. impone a la contratación directa de trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado fraudulenta la realización de sucesivos y casi consecutivos contratos eventuales, justificando dicha opción en la proximidad en el tiempo de los sucesivos contratos y en el permanente desempeño del mismo puesto y de la misma actividad laboral de los trabajadores.

A pesar de la línea jurisprudencial a la que se ha hecho referencia anteriormente, para poder considerar si nos encontramos o no ante un fraude de ley, no sería posible alegar la aplicación del límite temporal específico de una año del art. 15.1.b) E.T., ya que -siguiendo una interpretación coherente con la sentencia mencionada- la aplicación supletoria del art. 15 E.T. no debe realizarse en el ámbito de las E.T.T., en el cual es de aplicación específica la L.E.T.T. Ahora bien, dicho límite temporal sí que puede servir como referencia para aplicar dicha doctrina del fraude de ley, en el sentido de que, puesto que el empresario no puede contratar directamente a un trabajador obviando dicho límite temporal -y ello con la finalidad de evitar la utilización abusiva de la eventualidad-, mucho menos podrá hacerlo a través del recurso a las E.T.T., por ser los trabajadores contratados por este tipo de empresas un colectivo especialmente protegido por la L.E.T.T. en relación a la posible utilización encubierta de este tipo de contratación para cubrir puestos indefinidos -y no temporales- en las empresas usuarias. Sin embargo, aun aceptándose en estos casos la teoría del fraude de ley, se podría plantear la duda sobre los efectos que debería tener la declaración de dicho fraude, es decir, en cuál de las dos empresas debería el trabajador considerarse contratado por tiempo indefinido, consecuencia aplicable del art. 15.3 del ET. El problema surge

porque, por una parte, la E.T.T. es el empresario formal del trabajador, mientras que la empresa usuaria es la que ha cometido realmente el fraude de ley utilizando reiteradamente la posibilidad que le brinda la L.E.T.T. para atender necesidades permanentes -y no temporales- de mano de obra. Es por esta última circunstancia que me inclino por la opción de que el trabajador debería entrar a formar parte, como trabajador fijo, de la plantilla de la empresa usuaria.

El art. 7.2 L.E.T.T. dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Por “plazo de puesta a disposición” ha de entenderse, en mi opinión, el que se haya concertado concretamente en dicho contrato. Por lo tanto, si el empresario realiza un contrato inferior a seis meses y una vez acabado éste sigue necesitando los servicios del mismo trabajador, se plantea la duda sobre si deberá realizar, bien una prórroga expresa del contrato hasta la duración máxima del mismo, bien un nuevo contrato de puesta a disposición hasta la duración máxima de seis meses. En nuestra normativa laboral y en aquellos supuestos en los que el contrato eventual se hubiese concertado por un plazo inferior a los 6 meses, se permite la prórroga del contrato eventual a través de un acuerdo entre las partes, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicho límite máximo (art. 3.2.b) del RD 2546/1994). La doctrina ha admitido la posibilidad de la prórroga del contrato de puesta a disposición hasta el máximo de los seis meses y, paralelamente, la prórroga simultánea del contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador hasta dicha duración máxima.

La admisibilidad de la prórroga en los contratos de puesta a disposición, sin embargo, puede plantear las mismas dudas que se han expuesto anteriormente en relación a la aplicación supletoria de la normativa laboral. La L.E.T.T. no establece previsión alguna con respecto a una posible prórroga del contrato de puesta a disposición cuya causa sea la eventualidad, por lo que podría interpretarse -al igual que lo ha hecho la STS de 3 de junio de 1996- que la voluntad del legislador sea que los

contratos de puesta a disposición se rijan únicamente por lo dispuesto en la L.E.T.T., sin que a los mismos les resulte de aplicación la prórroga prevista en el art. 3.2.b) del RD 2546/1994. En consecuencia, tampoco se producirá ninguna prórroga con respecto al contrato de trabajo celebrado entre la E.T.T. y el trabajador, puesto que su duración debe coincidir necesariamente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10 L.E.T.T.). No resulta claro, pues, si “la finalización del plazo de puesta a disposición” a la cual hace referencia el art. 7.2 L.E.T.T. ha de entenderse referida al plazo inicial concertado en dicho contrato - sin posibilidad de prórroga alguna- o bien al plazo máximo de 6 meses previsto para este tipo de modalidad. En cualquier caso, y en el supuesto de admitirse la posibilidad de prórroga, ésta deberá contemplarse expresamente, pues la continuidad de las causas que justifican el contrato de puesta a disposición no se presumen, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos de contratación temporal directa cuya causa sea la eventualidad. Por tanto, la empresa usuaria no podrá prorrogar tácitamente el contrato de puesta a disposición hasta los 6 meses que constituyen el plazo máximo de dicha modalidad. Así pues, si transcurrido el plazo inicial para el cual se hubiese celebrado el contrato de puesta a disposición el trabajador continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria sin que se produzca prórroga expresa alguna, deberemos considerar al trabajador vinculado a dicha empresa por tiempo indefinido, en virtud de lo dispuesto en el art. 7.2 L.E.T.T.

### **3. SITUACIONES DE INTERINIDAD**

El tercer supuesto en que se permite la celebración del contrato de puesta a disposición es aquél que se realice “para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo”. En este supuesto se está contemplando la causa que da lugar al contrato de interinidad en el art. 15.1.c) del E.T. La razón de ser del contrato de puesta a disposición celebrado bajo este supuesto es la misma que la del

contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del E.T., es decir, la necesidad por parte de las empresas de sustituir temporalmente a aquellos trabajadores que se ausenten de su puesto de trabajo y que tengan derecho a reserva de puesto de trabajo. Debido a la mención expresa únicamente a la sustitución de trabajadores con reserva de puesto de trabajo se está excluyendo la posibilidad de acudir a los servicios de la E.T.T. cuando no exista legalmente derecho a reserva de plaza, sino tan sólo un derecho preferente al reingreso.

Respecto a la duración de este contrato, el art. 7.1 establece que “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que lo motivó”. Así pues, la duración del contrato de puesta a disposición coincidirá en este caso con el tiempo que dure la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Como ya se ha puesto de manifiesto en los anteriores supuestos, el art. 7.2 L.E.T.T. dispone que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Vuelve a surgir la problemática de la posible conversión en indefinido en la empresa usuaria del contrato celebrado por esta causa. Otra vez vuelven a plantearse dos posibles interpretaciones para la solución de este problema. Se plantea la posibilidad de realizar una interpretación literal, según la cual no será posible la aplicación del art. 7.2 de la Ley. Y ello porque este contrato no tiene una duración cierta predeterminada en el momento de la celebración del contrato, sino que su duración coincide con el tiempo durante el cual subsista la causa que lo motivó, es decir, la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Por lo tanto, al no existir el “plazo” al que se refiere el art. 7.2., no será posible su conversión en indefinido. Una segunda interpretación finalista consistiría en entender que la mención de la L.E.T.T. al plazo ha de entenderse de forma que se incluyan también aquellos supuestos en los que la duración es incierta en el tiempo. Y ello porque no resultaría acorde al objetivo perseguido por la L.E.T.T. que el trabajador pudiera adquirir la condición de fijeza en la empresa usuaria en función de si su contrato posee o no un término cierto, pues la finalidad de este precepto es consolidar la situación del trabajador que, una vez terminado el contrato de puesta a disposición,

continúa prestando sus servicios en la empresa usuaria, independientemente de que su contrato esté sujeto a un término cierto o incierto.

Aun optando por una interpretación más flexible del concepto de “plazo”, podemos encontrarnos con un problema interpretativo que ya se planteó la jurisprudencia con la regulación anterior del contrato de interinidad, prevista en el R.D. 2104/1984, de 21 de noviembre -actualmente, como ya se ha puesto de manifiesto, la normativa aplicable es el R.D. 2546/1994, de 29 de diciembre-. El art. 4.2.d) del RD 2104/1984 consideraba indefinido el contrato de interinidad en dos supuestos: cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido y cuando tras la reincorporación del sustituido el interino continuase prestando servicios en la empresa. La dificultad estribaba en compatibilizar estos dos preceptos con lo establecido en el art. 4.2.b) del R.D. 2104/1984, esto es, el hecho de que la duración del contrato venía dada por el tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Con la normativa anterior -RD 2104/1984-, la jurisprudencia se pronunció en una primera etapa a favor de que, al desaparecer la causa del contrato -la reserva del puesto de trabajo-, se extinguía automáticamente éste, por lo que, una vez extinguido el contrato, ya no jugaba la condición resolutoria y, por consiguiente, el trabajador no podría pasar a ser indefinido.

Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió esta tendencia, al consolidarse una línea favorable a la conversión del contrato en indefinido, en base a que la no reincorporación del sustituido constituye una condición resolutoria que hace que el interino pase a ser fijo de plantilla. La jurisprudencia se ha decantado por la tesis de la condición resolutoria en la configuración del contrato de interinidad, alegando la presunción del anterior art. 15.1 del E.T. y la necesidad de proveer a las empresas de fórmulas legales para cohonestar sus necesidades de producción con los derechos de los

trabajadores a la reserva del puesto de trabajo, armonizando la interinidad con el carácter permanente del puesto de trabajo que el interino desempeña.

La regulación que realiza la L.E.T.T. del supuesto de interinidad como causa del contrato de puesta a disposición podría llegar a plantear en la práctica problemas muy similares a los suscitados con la normativa anterior al R.D. 2546/1994 en relación al contrato temporal de interinidad. Por una parte, el art. 7.1 dispone que la duración del contrato de puesta a disposición “en los demás supuestos -entre los que se incluye el de interinidad- coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el respectivo contrato”. Por otra parte, el art. 7.2 establece que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”. Así pues, la cuestión estribaría en si el art. 7.2 actuaría a modo de condición resolutoria -esto es, si el trabajador cedido consolidaría su puesto con carácter indefinido en la empresa usuaria por la no reincorporación del ausente- o bien, una vez finalizada la causa de la interinidad, finalizará simultáneamente el contrato de puesta a disposición. La doctrina se ha manifestado a favor de la segunda de las interpretaciones, justificando dicha opción en el hecho de que en las E.T.T. se dan una serie de peculiaridades que impiden aplicar la regla de la conversión del contrato por tiempo indefinido, ya que ello constituiría una contradicción con la propia esencia de la institución, al permitir una cesión del trabajador por tiempo indefinido al servicio de la empresa usuaria.

Por el contrario, podría optarse por una segunda interpretación, que consistiría en el mantenimiento de la primacía de la condición resolutoria en la configuración normativa del contrato de puesta a disposición -cuya causa fuera la interinidad-, extendiendo a estos supuestos la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en los supuestos de contratación directa con anterioridad al RD 2546/1994, y prevaleciendo así la expectativa para el trabajador de conservar el puesto de trabajo cuando no se produzca la reincorporación del ausente. Esta segunda interpretación no

estaría exenta de problemas, ya que, a pesar de que la jurisprudencia se ha inclinado -en sentido favorable al trabajador por la opción de la condición resolutoria, hay que tener en cuenta que el problema puede volver a resurgir con la L.E.T.T., que expresamente establece que la duración del contrato de puesta a disposición en el supuesto estudiado “coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la causa que motivó el respectivo contrato”. Así, la expresa mención de la L.E.T.T. a la causa del contrato puede favorecer la postura que considera que esta modalidad se extingue al finalizar la causa que dio origen a éste, sin que el interino pudiera, pues, consolidar el puesto de trabajo por la no reincorporación del sustituido. Por otra parte, la redacción del contrato de interinidad contenida en el art. 4.2.c) del RD 2546/1994 parece haberse decantado definitivamente por la configuración de esta modalidad como contrato de naturaleza temporal sujeto a término, al incluir entre sus causas de extinción “la reincorporación del trabajador sustituido, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación y la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo” (art. 4.2.c del RD 2546/1994), y haciendo desaparecer, como causa de conversión de dicho contrato en indefinido, la no reincorporación del sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, desapareciendo definitivamente la mención contenida en el art. 4.2.d del RD 2104/1984 - que se aplicaba anteriormente al RD 2546/1994 en materia de contratación laboral por tiempo determinado-. En este sentido se ha pronunciado la generalidad de la doctrina al señalar que, al establecerse como causa extintiva del contrato por el RD 2546/1994 la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, ha de entenderse que con ello se impide la consolidación del puesto de trabajo por parte del interino porque se marca un término final de duración del contrato, término que viene dado al finalizar la causa que da origen al contrato de interinidad o bien al vencimiento del plazo fijado - legal o convencionalmente- para la incorporación. En consecuencia, la extinción del derecho a reserva de puesto de trabajo impide de forma definitiva la reincorporación del sustituido a su antiguo puesto de trabajo, marcándose así un término final de duración del contrato.

Ahora bien, en el supuesto de que el trabajador continúe prestando sus servicios tras la reincorporación del sustituido se considerará vinculado a la empresa por tiempo indefinido por la expresa previsión contenida en el art. 8.2 del RD 2546/1994, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación

#### **4. DURANTE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN**

La última causa prevista para la celebración del contrato de puesta a disposición consiste en la cobertura “de forma temporal de un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción” (art. 6.2.d. L.E.T.T.). Su objeto consiste en permitir que las E.T.T. cubran las necesidades temporales de las empresas usuarias mientras duran los procesos señalados. Bajo este supuesto se viene a reconocer una subclase del contrato de interinidad que, aunque no figura en el art. 15.1.c) del E.T., fue regulada por vía reglamentaria a través del R.D. 2546/1994 (art. 4). En cuanto a dichos procesos, a mi juicio, la L.E.T.T. contempla tanto el procedimiento no reglado del empresario que desea cubrir un puesto de trabajo en su empresa -a través de un procedimiento de selección basado en pruebas de conocimiento, aptitudes psicológicas, etc.-, como aquellos procedimientos reglados en determinados sectores o empresas en que se exige la superación de determinadas pruebas de aptitud o cursillos de capacitación. Con respecto a estos últimos, los casos más frecuentes son los procedimientos de selección e ingreso en la Administración Pública, consistentes en oposición, concurso de méritos o concurso-oposición, es decir, aquellos en los que el proceso de colocación se realiza a través de un procedimiento reglado predeterminado en el que figuran unas bases para el acceso, unas pruebas objetivas y un procedimiento de reclamación. Éstos también se observan a menudo en el sector servicios -Banca y Seguros- y en empresas que imponen procedimientos reglados de selección del personal -como por ejemplo R.E.N.F.E.-, sectores en los que los convenios colectivos limitan el poder empresarial en cuanto al contenido de las pruebas que los aspirantes deben



realizar. Con la entrada en vigor de la L.E.T.T., el recurso a las E.T.T. para la cobertura de vacantes era la única vía que tenían las empresas privadas con procesos de selección en curso para poder ocupar los puestos vacantes, puesto que la generalización de este supuesto en la normativa laboral común no se produjo hasta la promulgación del R.D. 2546/1994.

La duración del proceso de selección está limitada a un máximo de tres meses (art. 7.1 L.E.T.T.), con el objeto de impedir que éste se alargue innecesariamente o que sea una excusa para evitar la contratación directa del trabajador, pues, como ya se ha visto, el recurso a las E.T.T. únicamente se justifica para dar cobertura a necesidades estrictamente temporales de las empresas usuarias. En este punto, surge el interrogante de qué sucede si la empresa necesita más tiempo del establecido imperativamente por la L.E.T.T. para dar por terminado el proceso de selección o promoción. La Ley no concreta si la duración de tres meses ha de referirse al supuesto de la cesión de un determinado y concreto trabajador, por lo que de la redacción legal cabría interrogarse sobre si cabe la posibilidad de que llegado el término previsto, se vuelva a realizar otro contrato con diferente trabajador. Incluso podría plantearse el supuesto de que, una vez extinguido el contrato con el trabajador, se vuelva a contratar al mismo mediante un nuevo contrato de puesta a disposición. Y ello porque la L.E.T.T. no ha articulado mecanismos para impedir esta situación de concatenación de contratos bajo el pretexto de estar realizando el proceso de selección, y así, el único recurso para impedir estas conductas sería la consideración de que los empresarios que las llevan a cabo incurren en fraude de ley por no ser ésta la finalidad perseguida por la L.E.T.T., y, por tanto, podría considerarse una cesión ilegal con los efectos que el art. 43 E.T. atribuye, esto es, la opción del trabajador a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria. Por otra parte, en el caso de que una vez finalizado el contrato de puesta a disposición, el trabajador continuase prestando sus servicios -sin que ni siquiera se hubiese celebrado un contrato de puesta a disposición distinto-, se debe considerar al trabajador vinculado a la empresa usuaria por un contrato por tiempo indefinido, por expresa prescripción del art. 7.2 L.E.T.T.

El supuesto de celebración del contrato de puesta a disposición para cubrir de forma temporal un puesto permanente mientras dura el proceso de selección o promoción plantea problemas añadidos en el ámbito de la Administración Pública<sup>470</sup>. En este punto, es necesaria la matización de que en las empresas públicas se venía admitiendo por la jurisprudencia el contrato de interinidad para cubrir plazas vacantes - no así en la empresa privada-, ya que se entendía por el Tribunal Supremo que el art. 4 del RD 2104/1984 debí ser interpretado como incluyente y comprensivo de los contratos de interinidad que concertaban las Administraciones Públicas para ocupar provisionalmente plazas vacantes, en tanto no fuesen designadas las personas que hubieran de ostentar su titularidad por los cauces normativos, tendencia que se ha confirmado con la previsión del art. 4 del RD 2546/1994. Sin embargo, de la conjunción de la normativa laboral referente a la contratación por tiempo determinado y de la normativa en relación a las E.T.T. surge el problema en el ámbito de la Administración Pública de cómo deben cubrirse las plazas vacantes que tuviesen su causa en la realización de los procesos correspondientes de selección. Se plantea la duda sobre si las empresas públicas pueden, la única vía para las empresas públicas es seguir celebrando directamente contratos de interinidad con el trabajador o bien si a partir de la L.E.T.T. podrán también recurrir a los servicios de una E.T.T. que proporcione el trabajador para dar cobertura a dicha plaza hasta que fuese ocupada definitivamente.

Resulta más adecuada, desde una perspectiva legal, la contratación directa del interino hasta que se proceda a la cobertura de la vacante en la Administración pública. En primer lugar, porque el R.D. 2546/1994 contiene una expresa mención a que “en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”, mención no prevista en la L.E.T.T. que únicamente establece un plazo general de tres meses para llevar a cabo la cobertura de la vacante. En este sentido, las peculiaridades que con respecto al sector público contempla el art. 4 del RD 2546/1994

y que, por el contrario no prevé la L.E.T.T. sería un argumento en contra del recurso a las E.T.T. por parte de las empresas públicas. No obstante, contra esta interpretación podría decirse que no existe ninguna prohibición expresa en la L.E.T.T. que impida que las Administraciones Públicas utilicen los servicios de las E.T.T. El argumento podría ir más allá, admitiendo incluso la aplicación supletoria del art. 4.2.b) del R.D. 2546/1994.

En este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si es posible la ampliación del período de selección cuando no haya finalizado dicho proceso en la Administración Pública, decantándose por la admisión de dicha ampliación, por lo que podríamos pensar que habría argumentos a favor de la opción de que sea posible extender el período de selección al plazo previsto en la normativa que lo regule en aquellos supuestos en que la Administración no haya cubierto la plaza en el período de 3 meses que marca la L.E.T.T.. Sin embargo, contra esta argumentación ya se ha tenido ocasión de ver que el Tribunal Supremo, respecto al supuesto de eventualidad, se ha pronunciado en contra de la aplicación supletoria de la normativa laboral común, de forma que la razón de que la L.E.T.T. no haya establecido determinadas previsiones que sí que se contienen en la normativa laboral común es porque el recurso a las E.T.T. se han de regir prioritariamente por las normas de la L.E.T.T., tal como señala la STS 3-6-1996. La exclusiva mención al período de 3 meses, sin establecer ninguna previsión para el ámbito de la empresa pública, pretendería establecer una restricción consciente por parte del legislador en relación a la duración del contrato de puesta a disposición por esta causa, en lógica coherencia con la función que la Ley atribuye a las E.T.T. en relación a la satisfacción de necesidades inmediatas y urgentes en la empresa usuaria. Además, de no adecuarse dicho plazo al ámbito de una concreta empresa pública, ésta siempre posee la alternativa de contratar directamente los servicios de un trabajador por la vía de la interinidad por vacante prevista en el art. 4 del RD 2546/1994. Así pues, en el supuesto de que se opte por la posibilidad de que las empresas públicas recurran a los servicios de una E.T.T., habría de respetarse el período de 3 meses que establece el art. 7.1. L.E.T.T.

Sin embargo, si el argumento de la mayor adecuación de la normativa laboral común no resulta suficiente, existen otros argumentos de índole constitucional que impiden, la posibilidad de la utilización de las E.T.T. en el ámbito de la empresa pública. Así, el necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la función pública, avalarían esta conclusión, en virtud de lo dispuesto en el art. 23.2 CE, en el que se reconoce a los ciudadanos el “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”, así como en el 103.3 C.E., que establece que “la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. La garantía del cumplimiento de estos principios tiene su reflejo legal en el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según el cual “las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”, reiterándose dicha exigencia en el art. 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

La cuestión consiste, pues, en dilucidar si la cobertura de vacantes mientras dura el proceso de selección y promoción a través del recurso a las E.T.T. por parte de la Administración se adecua, pues, a dichos principios constitucionales. En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa, atendiendo a una serie de razones. Por una parte, por los propios principios que han de regir la contratación laboral que se realiza directamente por parte de la Administración Pública. Ésta no puede libre o discrecionalmente elegir la persona que estime conveniente para que preste servicios retribuidos por su cuenta, sino que debe contratar a la persona más idónea en virtud de un procedimiento objetivo de selección. Para el cumplimiento de esta exigencia, el art. 35 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado, establece que los contratos de personal laboral

no permanente “se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad”, valorándose los méritos y las pruebas en los procesos selectivos por órganos colectivos y colegiados de selección, de composición impar, de los que al menos uno tendrá que ser designado por los representantes de los trabajadores, según el art. 30 de esta misma norma.

El establecimiento de estos criterios objetivos no presenta diferencias importantes con respecto a la selección de los funcionarios, hasta tal punto que las normas que rigen las convocatorias de éstos se aplican también a las del personal laboral, según lo dispuesto en el art. 29 del RD 364/1995. De ahí que la doctrina se haya cuestionado si en la contratación de duración determinada está sujeta también a estos estrictos criterios de selección a través de procedimientos de tipo objetivo, o bien la contratación temporal puede llevarse a cabo de una forma más flexible, de forma similar a la práctica de la empresa privada. Comparto la opción doctrinal que se decanta por la exigencia de procedimientos reglados para la selección del personal laboral contratado por tiempo determinado, ya que el art. 19 de la Ley 30/1984 no distingue entre personal fijo o temporal, lo cual se ha justificado en el hecho de que el servicio prestado es el mismo y la eficacia exigible al personal que lo desempeña también. Por ello, el posible argumento en relación al principio de eficacia respecto de la actuación administrativa - establecido en el art. 103.1 C.E.-, no resulta suficiente para justificar el recurso de la Administración a las E.T.T., de tal forma que se prescinda de cualquier tipo de procedimiento de selección objetivo.

En segundo lugar, hay que destacar que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, posterior en el tiempo a la L.E.T.T., no ha contemplado a lo largo de su articulado la posibilidad de que éstas recurran a los servicios de las E.T.T. en aquellos supuestos en los que se urge la necesidad de cubrir un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección o promoción. No obstante, esta omisión no sólo puede interpretarse como una negativa a la posibilidad de que la Administración recurriese a este tipo de empresas, sino que también podría defenderse la postura contraria, argumentándose que la norma administrativa no establece prohibición alguna, por lo que podría presumirse la presunción a favor de la utilización de las E.T.T. en el ámbito de las Administraciones Públicas en base a la libertad de

pactos establecida por el art. 4 de la Ley 13/1995<sup>475</sup>. Sin embargo, considero que existen argumentos para justificar la primera de las posiciones expuestas, y en base a ello, la negativa al recurso por parte de la Administración a los servicios de las E.T.T.

Por un lado, el carácter administrativo de la Ley 13/1995 impediría su aplicación supletoria, puesto que la Disposición Adicional Primera L.E.T.T. remite únicamente a la legislación civil y mercantil el régimen jurídico supletorio del contrato de puesta a disposición, con una total omisión de la legislación administrativa, cuyos requisitos - contemplados en la Ley 13/1995- son exigibles cuando en el ámbito de la contratación por parte de las Administraciones Públicas. Bien es verdad que contra esta argumentación podría objetarse que en este supuesto sería de aplicación la teoría de los actos separables, debiendo distinguirse entre los procedimientos administrativos preparatorios -sujetos a la Ley 13/1995- y el subsiguiente contrato de puesta a disposición regulado por la L.E.T.T., de tal forma que antes de nacer el contrato habría que pasar por una fase preparatoria previa de carácter administrativo destinada a formalizar el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración de una forma reglada y objetiva, pero que una vez concluida dicha fase preparatoria podría ser de aplicación las previsiones de la L.E.T.T. relativas al contrato de puesta a disposición, ya que la Ley 13/1995 permite la formalización de contratos privados en el ámbito de las administraciones públicas -adecuándose al régimen jurídico establecido en el art. 9.1 de dicha norma-. De seguir con esta argumentación, habría de concluirse con la posible dualidad jurisdiccional, de tal forma que aquellas cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos quedarían atribuidas a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que el conocimiento de aquellas cuestiones relativas al contrato de puesta a disposición corresponderían al ámbito de la jurisdicción ordinaria, cumpliéndose las previsiones del art. 9.2 de la Ley 13/1995.

Sin embargo, entiendo que, a pesar de que pudiera ser de aplicación la doctrina de los actos separables, el recurso por parte de la Administración a las E.T.T. no se ajusta a la finalidad perseguida por la Ley 13/1995 en relación a aquellos supuestos que previsiblemente podrían ser solicitados a una E.T.T., es decir, aquellos supuestos de

servicios y trabajos específicos, concretos y no habituales de la Administración -Título IV, Libro II, arts. 197 y ss. de la Ley 13/1995-. La regulación de estos contratos administrativos exige que las empresas adjudicatarias sean personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad posea una relación directa con el objeto del contrato y que se acredite debidamente que dispone de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato (art. 198 de la Ley 13/1995), lo cual no puede predicarse de las E.T.T., cuya actividad consiste exclusivamente en la cesión temporal de trabajadores a empresas usuarias.

Por otra parte, las Administraciones Públicas están obligadas a la aprobación de unos instrumentos precisos de ordenación y gestión de los recursos humanos que integran su organización, instrumentos que reciben el nombre de Relaciones de Puestos de Trabajo (R.P.T.), y que comprenden los puestos de trabajo debidamente organizados que persiguen la racionalidad de la estructura de la Administración en orden a los principios de eficacia y eficiencia (art. 103.1 C.E.). Las R.P.T. constituyen los instrumentos técnicos a través de los cuales se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, de tal forma que deberán comprender tanto aquellos puestos de trabajo a ocupar por personal funcionario como el número y características de los que pueden desempeñarse por personal laboral (arts. 15 y 16 de la Ley 30/1984). De esta forma, las R.P.T. reflejan una imagen de las organizaciones de las Administraciones Públicas en cuanto a la dimensión y organización del personal a su servicio según un esquema previsto en el que se contienen las distintas disponibilidades de personal en función de la ordenación del trabajo, objetivos, funciones, estructura organizativa y dotación de los servicios.

Únicamente en supuestos excepcionales y para desempeño accidental de tareas no permanentes, pueden presentarse necesidades puntuales de cobertura de puestos de trabajo al margen de las R.P.T., para cuya provisión ya se contemplan suficientes mecanismos a través de la contratación temporal de personal laboral o mediante el nombramiento de personal funcionario interino (orden de 28 de febrero de 1986, por la

que se establecen normas para la selección del personal funcionario interino). Comparto la posición a favor de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la contratación laboral por tiempo determinado en el ámbito de la función pública, puesto que en definitiva todos ellos, con independencia de su vínculo jurídico y de que sean o no permanentes, acceden al desempeño de cargos o funciones públicas de carácter profesional. Existe el supuesto especial de la máxima urgencia en el desempeño temporal de funciones que, excepcionalmente, permite la contratación laboral y el nombramiento directo de funcionarios interinos con publicidad posterior, en el que los requisitos de selección podrían atenuarse, sin que ello significase la eliminación de cualquier procedimiento objetivo de selección. Si este tipo de contratación posee un carácter estrictamente excepcional es precisamente porque el legislador ha considerado su carácter subsidiario con respecto a la ordenación de puestos de trabajo llevada a cabo por las R.P.T., por lo que, a mi juicio, en los supuestos en que -debido a la excepcionalidad y la urgente necesidad- no pudiera recurrirse a los criterios expuestos en las mismas, ya existen mecanismos suficientes que puedan dar lugar a la cobertura de este tipo de puestos de trabajo a través del personal laboral temporal, sin que, por tanto, sea conveniente el recurso a las E.T.T., que no se encuentran en la línea de respetar el preceptivo procedimiento reglado, objetivo y respetuoso con los principios proclamados por el art. 103.3 C.E. en el ámbito del acceso a la Función Pública.

El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el margen de discrecionalidad que posee la Administración en relación a la determinación de los requisitos necesarios para el desempeño de cada puesto de trabajo, así como los que deben reservarse a funcionarios públicos en atención a la naturaleza de su contenido, declarando inconstitucional la antigua redacción del art. 15.1, que encomendaba al Ministerio de la Presidencia la determinación de ambas materias. Entendió el citado Tribunal que este apoderamiento indeterminado que el antiguo art. 15.1 confería al Ministerio de la Presidencia entrañaba una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 C.E. y, en consecuencia, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto -crucial para la estructura de las Administraciones



Públicas- las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por órganos de la Administración. El Tribunal Constitucional concluye su razonamiento con la necesidad de encuadrar legislativamente las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las normas -en este caso el art. 15.1 de la Ley 30/1984-, siendo el último inciso del citado precepto - en el que se dice que el Ministerio de la Presidencia debía especificar “aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”- declarado inconstitucional por la imprecisa referencia que no vinculaba efectivamente a la decisión administrativa. Con esta doble doctrina del Tribunal constitucional -necesidad de una ley que establezca los criterios de clasificación de los puestos de trabajo en funcionariales y laborales y el carácter excepcional del régimen laboral respecto del funcional-, se aprobó la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984, modificando la redacción del art. 15 en el siguiente sentido: “los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos (...) serán desempeñados por funcionarios públicos”, y dejando excepcionalmente para ser desempeñados por personal laboral una serie de supuestos que expresamente enumera.

La mayor reticencia que surge a la hora de valorar el recurso a las E.T.T. por parte de la Administración es, precisamente, el margen de discrecionalidad que le confieren a la hora de dar cobertura a un puesto de trabajo concreto sin haber realizado previamente los preceptivos procedimientos de selección, lo que no resulta coherente con la opción - primero del Tribunal Constitucional y luego del legislador- de que el acceso a la función pública se haga normalmente por funcionarios, y dejando excepcionalmente la cobertura de determinados puestos de trabajo al personal laboral. Aunque el Tribunal Constitucional basó su argumentación en el respeto a los criterios legales marcados por la norma legal, puede entenderse, a mi juicio, el necesario trasfondo que supone el acceso a la función pública a través de los principios de mérito y capacidad, lo cual, como ya se ha visto anteriormente, no se cumple a través del recurso por parte de la Administración a las E.T.T. De hecho, el necesario respeto de las Administraciones al principio de legalidad obliga a las mismas a seguir las reglas establecidas por el art. 19 de la Ley 30/1984, según el cual “las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta

de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. De ahí que las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en relación a la anterior redacción del art. 15.1 de la Ley 30/1984 pudieran ser trasladadas analógicamente para justificar la negativa a que la Administración utilice los servicios de las E.T.T. A las razones alegadas con anterioridad, es necesario añadir la incompatibilidad del art. 7.2 L.E.T.T. con los principios que deben regir el acceso a la función pública del art. 103.3 C.E. Como se recordará, el mencionado precepto de la L.E.T.T. establece la presunción de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido en el supuesto de que el trabajador continuase prestando sus servicios en la empresa usuaria, con la particularidad de que en el caso que se está analizando la empresa usuaria es la Administración. Este precepto plantea numerosos problemas, máxime si se tiene en cuenta la línea jurisprudencial mayoritaria que se decanta por la negativa a la conversión del contrato temporal de interinidad en un contrato por tiempo indefinido en el ámbito de la Administración Pública. Así, el Tribunal Supremo ha venido declarando que en los supuestos en los que el trabajador sustituido no se hubiese reincorporado, no podía primar la condición resolutoria -a diferencia de lo que ocurría en el ámbito de la empresa privada, para quien sí se admite esta solución-, por lo que el contrato no podría convertirse por tiempo indefinido, teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 30/1984 en relación a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. En aquellos supuestos en los que el contrato de interinidad se celebre con la Administración, la no reincorporación del sustituido -por ejemplo en el supuesto de jubilación del mismo- no puede provocar el efecto antes indicado, si bien sí que se extiende la duración del contrato de interinidad hasta que la vacante así generada sea definitivamente cubierta por el procedimiento adecuado. En tales supuestos, en vez de una condición resolutoria, actuaría un término -si bien incierto en cuanto a su fecha-, dado que dicha provisión, salvo amortización de la plaza, tendría que producirse por ser legalmente obligada la inclusión de la vacante en la oferta pública de empleo, de tal forma que el cese impuesto debe llevar aparejado el mantenimiento del interino hasta que se cubra definitivamente la plaza vacante por el procedimiento reglamentariamente establecido al respecto.

Asimismo, en los supuestos en los que se acredite demora o retraso en la cobertura de la plaza, ésta puede implicar infracción de normas administrativas, pero no puede constituir ni un fraude de ley en la contratación temporal ni la transformación de esa contratación en indefinida<sup>484</sup>, porque la función típica de la contratación temporal en la Administración es la de desempeñar provisionalmente un puesto de trabajo que no ha sido objeto de cobertura reglamentaria en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por otra parte, en los supuestos en los que la Administración no haya utilizado la modalidad contractual adecuada -caso de celebrar un contrato para obra o servicio determinado en vez de un contrato de interinidad-, la relación tampoco adquirirá el carácter de indefinida, ya que, según el Tribunal Supremo, ello sólo implica una irregularidad formal que no desvirtúa la naturaleza real de la interinidad por vacante. Con anterioridad al RD 2546/1994, la doctrina ya se manifestó a favor de una postura que armonizase el principio de estabilidad en el empleo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, creándose la figura del “interinaje impropio” que -rechazando también la posibilidad de la conversión del contrato por tiempo indefinido- justificaba el mantenimiento de la interinidad hasta que se produjese la cobertura del puesto mediante el correspondiente proceso de selección, sin que ello signifique que la contratación temporal irregular pueda ser utilizada como “patente de corso” por parte de la Administración para cubrir sus necesidades sin trámite alguno, siendo exigibles otro tipo de responsabilidades para la Administración infractora, tales como sanciones administrativas a imponer por la autoridad laboral y, especialmente, una eventual responsabilidad disciplinaria y penal por utilización incorrecta de la legislación laboral.

## **5. AMORTIZACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**

El art. 8.c) establece que no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición “cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del E.T., excepto en los supuestos de fuerza mayor”. Nos encontramos en presencia de una garantía que se establece para evitar que se desvirtúe la función que han de cumplir las E.T.T., es decir, la de cubrir puestos de trabajo de naturaleza temporal y no indefinida. Con ello se intenta evitar, pues, la sustitución de empleo fijo en la empresa usuaria por empleo temporal. Ahora bien, no se prohíbe en todo caso la sustitución de puestos de trabajo previamente amortizados por la empresa en el período de un año, sino que dicha prohibición tan sólo afecta a aquellos supuestos en que la amortización tenga su causa en el despido improcedente, o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52 apartado c) E.T., excepto en los supuestos de fuerza mayor. Si se compara la redacción del art. 8.c) de la Ley con la que se contenía en el Proyecto de Ley, se observan dos novedades en el texto definitivo: la extensión de la prohibición de acudir a una E.T.T. para cubrir puestos que hayan quedado vacantes a través de la causa prevista en el art. 50 -extinción por voluntad del trabajador-, así como la exclusión expresa de los supuestos de fuerza mayor.

La redacción del art. 8 c), a pesar de que impide la mayoría de conductas tendentes a la sustitución de puestos de trabajo indefinidos por otros de naturaleza temporal, no es, bajo mi punto de vista, lo suficientemente garantista, puesto que no prohíbe cualquier posibilidad por parte del empresario de amortizar determinados puestos de trabajo indefinidos, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

Es criticable, en mi opinión, la mención genérica -y sin más matización- que hace la L.E.T.T. al despido improcedente, puesto que podría suscitarse la duda respecto a si hay que entender incluido únicamente el despido improcedente declarado así judicialmente o también el despido improcedente pactado como tal en el acto de conciliación. Hubiese sido deseable una regulación más explícita y clarificadora del art. 8 c), porque si se escoge la interpretación de que la Ley se refiere solamente al despido improcedente declarado así judicialmente se estaría abriendo una vía para poder suplir puestos de trabajo de naturaleza indefinida por otros temporales a través del recurso a una E.T.T.. Sin embargo, la mención genérica de la norma a “despido improcedente” implica la inclusión de ambos, tanto el declarado judicialmente como el pactado así en el acto de conciliación.

Otra de las críticas que pueden hacerse a la redacción de este precepto es que la L.E.T.T. presenta una notable incoherencia por el hecho de que el art. 8 c) L.E.T.T. se refiera a las causas previstas en el art. 50 E.T. y no contemple, sin embargo, otras extinciones en las que también juega un papel determinante la voluntad del trabajador de extinguir la relación laboral y que se encuentran fuera de la regulación del citado artículo. Estas causas extintivas deberían estar contempladas para impedir la posibilidad de pactos extintivos entre empresario y trabajador que encubrieran verdaderas extinciones por voluntad del empresario. Una de ellas es el mutuo acuerdo entre las partes (art. 49.1 E.T.), causa que puede constituir una vía idónea para la extinción por parte del empresario a cambio de una compensación económica de éste al trabajador, puesto que, a pesar de que la extinción del contrato por mutuo disenso no genera en principio derecho a indemnización, nada impide que se pacte individualmente. Otra vía por la que podrían darse pactos de estas características sería a través de una dimisión encubierta del trabajador (art. 49.4 E.T.), extinción que en el fondo podría esconder la voluntad empresarial de dar por terminada la relación laboral. Valoración negativa merece, pues, el hecho de que el legislador no haya incluido dentro del art. 8 c) L.E.T.T. estos supuestos, máxime teniendo en cuenta la finalidad de la garantía que, como ya se ha visto, es impedir la sustitución de puestos de trabajo fijos por temporales y el recurso a la E.T.T. como un mero mecanismo de interposición cuya única finalidad fuese la elusión de las cargas y obligaciones que el empresario ostenta como tal sujeto en el

ordenamiento laboral. Una posible vía de tutela y control podría llevarse a cabo por los representantes de los trabajadores a través de las prerrogativas que les concede el art. 64.1.5 E.T., con respecto al conocimiento de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral<sup>396</sup>. Sin embargo, ya se ha visto la dificultad para constituir órganos representativos en las E.T.T., por lo que este mecanismo de control apenas puede tener efectividad en este tipo de empresas.

En relación al art. 52. c) E.T., hay que tener en cuenta además que la nueva regulación del art. 51 E.T. ha llevado consigo la readaptación de dicho precepto, de forma que tras la reforma operada por la Ley 11/1994 esta causa de extinción ya no va a tener lugar únicamente en empresas de menos de cincuenta trabajadores y por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, sino que podrá darse en cualquier empresa -sea cual sea la plantilla de ésta- y para la amortización de puestos de trabajo en número inferior al de los umbrales establecidos en el art. 51 E.T.

Sin embargo, lo que sí que se ha mantenido sin ningún cambio tras la reforma es “la necesidad objetivamente acreditada de amortizar los puestos de trabajo”, por lo que entiendo que en este punto seguirá siendo aplicable la delimitación que ha realizado la jurisprudencia en este punto. En primer lugar, respecto a la necesidad objetivamente acreditada, la jurisprudencia ha venido a delimitar una serie de causas que permiten al empresario realizar la extinción a través del art. 52 c) -económicas, tecnológicas, organizativas y de producción<sup>397</sup>-, cuestión que será analizada más adelante en el apartado relativo a la extinción por causas objetivas.

En relación a la amortización de los puestos de trabajo, la jurisprudencia anterior a la reforma de 1994 venía interpretando que el puesto de trabajo amortizado fuese realmente el puesto de trabajo del trabajador afectado, sin que fuese posible la realización por otro trabajador de las tareas inherentes al mismo. Esta interpretación

debería seguir manteniéndose, ya que el requisito de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo en los despidos objetivos y colectivos quedaría vacío de contenido si únicamente se entendiera por amortización la mera supresión del puesto de trabajo y se admitiera, correlativamente, la posibilidad de que las funciones pudieran seguir desempeñadas por otros trabajadores de la empresa vinculados con anterioridad al despido, puesto que este tipo de conductas constituyen la prueba de la inexistencia de las causas configuradoras de este tipo de extinciones y en ellas concurrirían los elementos que tipifican el fraude de ley y el abuso de derecho. En definitiva, la extinción por causas objetivas o el despido colectivo se admite cuando existe una justificación causal de la medida extintiva, y, por tanto, la demostración por parte de la empresa de que concurren las causas determinantes del excedente de plantilla.

El art. 8 c) L.E.T.T. establece la prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición exclusivamente cuando se hayan amortizado -por las causas previstas en la norma- los puestos de trabajo “que se pretendan cubrir”. Esto no impide que el empresario realice prácticas fraudulentas consistentes en la amortización de un puesto de trabajo y su posterior cobertura por otro trabajador de la misma empresa, teniendo así las manos libres para la celebración de un contrato de puesta a disposición con una E.T.T., puesto que el puesto de trabajo para el que se solicita el trabajador no sería el puesto amortizado. La ampliación de las facultades de dirección que la Ley 11/1994 llevó a cabo, permite que estas prácticas, aunque constitutivas de fraude de ley, sean difícilmente detectables.

También merece especial crítica el hecho de que en el precepto analizado no se ha contemplado la prohibición del recurso a los servicios de la E.T.T. cuando el empresario pretenda sustituir a trabajadores que hayan ocupado los mismos puestos de trabajo a través de contratos de duración determinada que no hayan agotado su duración máxima porque no han sido prorrogados por la empresa. Esta política legislativa conlleva el incremento del trabajo precario en este tipo de empresas y, por tanto, la

disminución en las expectativas del trabajador de encontrar un empleo que responda a una cierta seguridad.

A esto hay que añadir la subprotección a la que está expuesto el trabajador contratado mediante formas precarias de empleo: tal y como ha sido apuntado por la doctrina, el desarrollo de la contratación temporal tiene como consecuencia una mayor sumisión del trabajador, que durante la vigencia del contrato no es proclive a reclamar sus derechos ni suele realizar ningún tipo de reivindicaciones. Asimismo, se ha comprobado que disminuye tanto la afiliación sindical como la participación en acciones colectivas - huelgas-, con lo que resulta fácil al empresario adoptar una actitud paternalista o incluso coactiva al imponer determinadas condiciones de trabajo a estos trabajadores.

De la redacción del art. 8 c) L.E.T.T. se puede extraer la conclusión de que existe una cierta tolerancia por parte del legislador en favor de la sustitución de empleo fijo por empleo temporal, como lo demuestra el hecho de que este precepto no constituya una garantía eficaz de que esto no suceda, sino que, por el contrario, su función protectora es previsible que sea bastante escasa e insuficiente. Hubiese resultado más acorde con la finalidad de esta garantía una prohibición genérica de recurrir a una E.T.T. en el supuesto de que, en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación, la empresa haya amortizado puestos de trabajo. De esta forma, cualquiera que hubiera sido la causa por la que se hubiesen amortizado los puestos de trabajo, se podría haber impedido la nueva contratación a través de una E.T.T.. A pesar de la insuficiencia que demuestra el art. 8 c) L.E.T.T. al no cubrir todo tipo de situaciones susceptibles de fraude, hay que tener presente que existe una limitación de mayor entidad que la que ha sido analizada: el recurso a la E.T.T. para la cobertura de puestos de trabajo de naturaleza indefinida constituye, en todo caso, un supuesto de cesión ilegal de mano de obra con las consecuencias establecidas en el art. 43.2 E.T., es decir, la responsabilidad solidaria de ambos empresarios -cedente y



cesionario- y el derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Por último, hay que señalar que no se ha prevé una sanción específica para la vulneración de este apartado, por lo que entiendo que este supuesto se tendrá que reconducir a los genéricos arts. 19.2.c) y 20.2.b) L.E.T.T., en los que se califica como grave la infracción de ambas empresas consistente en formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el art. 6.2. L.E.T.T.

## **XV. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**

El contrato de trabajo celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición. Del mismo modo, podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, conforme a la normativa reguladora de dichos contratos.

En los supuestos de contratación por tiempo determinado, el contrato de trabajo se formalizará siempre por escrito, por triplicado, y como mínimo contendrá:

- a) Identificación de las partes contratantes.
- b) Identificación de la empresa usuaria.
- c) Causa del contrato de puesta a disposición.
- d) Contenido de la prestación laboral.

- e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo.
- f) Duración estimada del contrato de trabajo.
- g) Lugar y horario de trabajo.
- h) Remuneración convenida.
- i) Convenio colectivo aplicable en la Empresa de Trabajo Temporal y en la empresa usuaria.

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato (artículo 11.2 de la LETT).

En los supuestos de contratación por tiempo indefinido, la empresa deberá entregar al trabajador, cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que debe constar:

- a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios.
- b) Causa del contrato de puesta a disposición.
- c) Contenido de la prestación laboral.
- d) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a desempeñar.
- e) Lugar y horario de trabajo.

El artículo 11.1 de la LETT establece lo siguiente respecto de los derechos de los trabajadores:

- Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

- A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

- La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar, en el convenio colectivo, aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

- Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

La Empresa de Trabajo Temporal responde del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria.

## **XVI. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS**

Las facultades de dirección y control de la actividad laboral, serán ejercidas, por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

Las facultades disciplinarias atribuidas por el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, le corresponden a la Empresa de Trabajo Temporal, y la empresa usuaria deberá poner en su conocimiento, cualquier conducta del trabajador que pudiera constituir un incumplimiento empresarial a fin de adoptar las medidas sancionadoras correspondientes.

La empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y solidariamente en los supuestos en que los que el contrato de puesta a disposición incumpla lo dispuesto en el artículo 6 de la LETT (supuestos de utilización) y en el artículo 8 de la LETT (exclusiones) de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral, si bien no ostentan el mismo derecho en relación con las reclamaciones del trabajador concernientes a la Empresa de Trabajo Temporal de la cual depende.

## **XVII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

El Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal regula las relaciones de trabajo entre las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) y su personal dependiente, tanto si ejecuta sus cometidos de forma directa a la Empresa de Trabajo Temporal como si los presta a una empresa usuaria, es decir, tanto sobre los trabajadores en "misión", como sobre los trabajadores "de estructura".

De esta manera, en el sector de actividad de las ETTs se consideran materias propias y exclusivas del ámbito estatal y, por lo tanto, reservadas a la negociación colectiva estatal las siguientes:

1. Estructura, duración máxima y descansos de la jornada anual.
2. Vacaciones.

3. Estructura profesional.
4. Régimen disciplinario.
5. Movilidad geográfica.
6. Régimen salarial. Ver sentencia nº TSJ Navarra, de 29/03/2000
7. Períodos de prueba.
8. Supuestos de contratación.
9. Representación unitaria y sindical.
10. Indemnización por extinción del contrato de trabajo.
11. Aportación de recursos económicos para formación.
12. Normas mínimas sobre prevención de riesgos laborales.
13. Vacaciones.

#### Faltas

Las faltas cometidas por los trabajadores se clasificarán atendiendo a su importancia y, en su caso, a su reincidencia, en leves, graves y muy graves (arts. 52 y 53, Resolución de 23 de enero de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (código de Convenio n.º 9909525)).

Se considerarán faltas leves las siguientes:

1. Tres faltas de puntualidad en un mes sin causa justificada.
2. La no comunicación con la antelación debida de una falta al trabajo por causa justificada, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo.
3. Falta de aseo y limpieza personal
4. Discusiones que repercutan en la buena marcha de los servicios
5. Falta de atención o diligencia con el público, así como en el desarrollo del trabajo encomendado
6. Faltar al trabajo un día al mes sin causa justificada
7. Pequeños descuidos en la conservación del material
8. No comunicar a la empresa los cambios de residencia o domicilio

9. No comunicar a la empresa de trabajo temporal el cambio de funciones o centro de trabajo ordenados por la empresa usuaria
10. No entregar a la empresa de trabajo temporal los partes del trabajo desarrollado en la empresa usuaria
11. Falta de respeto y consideración en materia leve a los subordinados, compañeros, mandos, personal y público, así como la discusión con los mismos dentro de la jornada de trabajo.

Se consideran faltas graves las siguientes

1. Hasta diez faltas de puntualidad al trabajo durante un mes, sin causa justificada.
2. Faltar dos días al mes sin justificación
3. Simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su ficha, firma o tarjeta de control.
4. Cambiar, mirar, revolver los armarios y ropas de los compañeros sin la debida autorización.
5. La negligencia o imprudencias graves en el desarrollo de la actividad encomendada, así como el incumplimiento, conforme al artículo 29.3 de la Ley 31/1995, de las normas sobre prevención de riesgos laborales, siempre que no sea constitutiva de falta muy grave.
6. Las cometidas contra la disciplina en el trabajo o contra el respeto debido a sus compañeros o superiores.
7. La negligencia grave en la conservación y utilización de materiales y máquinas que el trabajador tenga a su cargo.
8. El abandono del trabajo sin causa justificada
9. Realizar, sin el oportuno permiso, trabajos particulares o empleo de elementos de la empresa durante la jornada de trabajo en beneficio propio.
10. Conducta reiterada en el incumplimiento de la obligación de comunicar a la empresa de trabajo temporal el cambio de funciones o centro de trabajo ordenados por la empresa usuaria, así como de la obligación de suministrar a la empresa de trabajo temporal los partes del trabajo desarrollado en la empresa usuaria.

11. La reincidencia en cualquier falta leve en un período de tres meses.
12. La inasistencia a cursos de formación profesional en horario de trabajo.

Se considerarán faltas muy graves las siguientes

1. Más de diez faltas de puntualidad no justificadas cometidas en el período de tres meses, o de veinte durante seis meses.
2. Faltar al trabajo más de dos días del mes sin justificación
3. El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en gestiones encomendadas.
4. El hurto, el robo y la apropiación indebida, tanto a los demás trabajadores como a la empresa o a cualquier persona dentro de los locales de la empresa o fuera de la misma durante el desarrollo de su actividad laboral.
5. La simulación comprobada de accidente o enfermedad
6. Hacer desaparecer, inutilizar, destrozar o causar desperfectos en máquinas, aparatos, instalaciones, edificios, enseres, documentos y departamentos de la empresa.
7. La embriaguez y la toxicomanía habitual durante el trabajo, si repercuten negativamente en el mismo o en la imagen de la empresa.
8. La revelación a terceros de cualquier información de reserva obligada, cuando de ello puede derivarse un perjuicio sensible para la empresa.
9. La competencia desleal
10. Los malos tratos de palabra u obra o faltas muy graves de respeto y consideración a los superiores, compañeros o subordinados.
11. Abandono del puesto de trabajo en puestos de responsabilidad, cuando ello ocasione evidente perjuicio para la empresa.
12. El abuso grave de autoridad para con los subordinados
13. La desobediencia e indisciplina reiteradas o continuadas en el trabajo.
14. La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de trabajo.
15. Haber recaído sobre el trabajador sentencia en firme de los Tribunales de Justicia competentes, por delitos o faltas de robo, hurto, estafa, malversación cometidas fuera de la empresa, que pueda motivar desconfianza hacia su autor.



16. La imprudencia o negligencia inexcusables en el desempeño del trabajo, el incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales cuando sean causantes de accidente laboral, generen un riesgo grave e inminente o produzcan graves daños a la empresa, así como el incumplimiento de prohibiciones establecidas en la normativa vigente que puedan derivar en sanción o responsabilidades para la empresa.
17. La falsificación de los partes de trabajo suministrados a la empresa de trabajo temporal.
18. Los malos tratos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración de contenido sexista, racista o xenófobo
19. La inasistencia injustificada a cursos de formación en prevención de riesgos laborales en horario de trabajo.
20. La reincidencia en comisión de falta grave en un período de tres meses.
21. El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

#### Sanciones

Las sanciones que las empresas pueden aplicar, según la gravedad y las circunstancias de las faltas cometidas, serán las siguientes:

Faltas leves: Amonestación verbal y amonestación escrita.

Faltas graves: Suspensión de empleo y sueldo de uno a quince días.

Faltas muy graves: Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días o despido.

Las notas desfavorables que consten en los expedientes de los trabajadores por faltas cometidas, se cancelaran en los siguientes plazos:

Faltas leves: Tres meses.

Faltas graves: Seis meses.

Faltas muy graves: al año.

## **XVIII. LA CESIÓN DE TRABAJADORES**

### **1. CONCEPTO**

En el fenómeno jurídico de la cesión de trabajadores aparece, indefectiblemente, una relación interempresarial por virtud de la que una empresa proporciona a otra mano de obra, obteniendo de este tráfico o intermediación un beneficio económico, que es la justificación o razón de ser de la entidad intermediadora. Pero si el trabajo no es una mercancía el legislador debe contemplar con precaución la intermediación, por las reminiscencias históricas de la esclavitud y porque la persona es portadora de derechos y valores fundamentales que es preciso tutelar en todo caso.

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solamente viene autorizada en el marco del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 2015 a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Con ello se pretende eliminar del mercado de trabajo a los intermediarios o traficantes de mano de obra que buscan un lucro a través de una cesión o préstamo.

Estamos ante una cesión ilegal cuando la facultad organizativa y directiva empresarial no es ejecutada por la empresa contratista (cedente), sino por la principal,

(cesionaria) independientemente de que se emplearan o se dispusieran de medios materiales propios o la empresa cedente careciera de la más mínima infraestructura en la zona geográfica en la que sus trabajadores desempeñaran sus servicios, por cuanto mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma; quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial o quien tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2003).

La delimitación fronteriza entre los casos de descentralización productiva lícita -la contrata- y de cesión ilegal de trabajadores es sin duda compleja y problemática, acaso por el manifiesto desfase mostrado entre los fenómenos económico-jurídicos que engloba, en rápida evolución y desarrollo, y su insuficiente, complejo y variado régimen jurídico.

Se trata, en efecto, de un fenómeno organizativo empresarial que ha experimentado en un número escaso de años una importante intensificación en España, debido, entre otras muchas causas, a la necesidad de lograr una mayor competitividad y mejorar la relación calidad/precio, originando simultáneamente una expansión de la dimensión productiva empresarial y un adelgazamiento en sus estructuras, desvinculándose parte del proceso productivo del control directo del empresario que asume su resultado final.

Se ha llegado incluso a afirmar que la externalización (outsourcing en la terminología anglosajona) de gran parte de la actividad ha dejado de ser una opción voluntarista del empresario, siendo necesaria la encomienda de modo forzoso del cometido empresarial a empresas externas que, por su organización específica, o por tener medios técnicos más idóneos serán garantía de una mejor producción o un

mejor precio. Circunstancias éstas -actualidad, importancia económica y repercusión en las relaciones entre trabajadores y empresarios e interempresariales- en las que radica su atractivo, a las que habrá de unirse la reiterada frecuencia con la que los jueces y tribunales han de enfrentarse a su análisis ante la obsoleta regulación de esta materia, a la que trató de poner remedio el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, encaminado a conciliar o armonizar los valores económicos derivados de la competitividad entre las empresas, mejorando la calidad y precio de los productos, y el incremento de la productividad, con los valores sociales para conseguir la debida cohesión, y entre los cuales destaca la calidad y estabilidad en el empleo, y en definitiva, la vida digna del trabajador. Se trata de equilibrar las exigencias económicas de la empresa con las exigencias laborales del trabajador.

Esta nueva realidad organizativa empresarial, denominada descentralización o externalización productiva, estos nuevos fenómenos económico-jurídicos empresariales entre los cuales se engloban la contratación y subcontratación de obras y servicios, los fenómenos de los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias o nuevas formas de arrendamientos de servicios, cuyo fundamento último hay que encontrar en el artículo 38 de la Constitución de 1978 que garantiza la libertad de empresa, dentro de la cual se integra la libertad de organización de la actividad productiva, habrá de armonizarse con los derechos laborales, sindicales y de seguridad social de los trabajadores y precisarse para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra una actuación en fraude de ley, constituyendo materia especialmente compleja la delimitación de las formas lícitas y su deslinde de la figuras ilícitas.

No debemos perder de vista, como apunta Montoya Melgar, que el Derecho del trabajo es un instrumento esencial de la política económica del Estado, un complemento de la economía, y que los valores que pretende realizar son el resultado

de complejas tensiones de las fuerzas sociales que dependerán de la intensidad y del grado de organización de esas fuerzas. La cesión ilegal, tal como recoge la Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 de junio de 2003, rec. 3054/2001, y más recientemente las de 14 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007, no sólo se da en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio o estructura productiva relevantes. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, 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 suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la cesión también puede tener lugar, aun tratándose de dos empresas reales, si los trabajadores de la una trabajan permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta, afirmándose que los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante.

El ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas corresponde únicamente al contratista, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo. Es decir, los trabajadores del contratista sólo tienen un empresario, que es éste; en la estructura productiva compleja que componen la empresa principal y la contratista no existen, pues, dos empresarios laborales sino sólo uno, en tanto que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extiende ni lleva incluida la posibilidad de control de la prestación de los trabajadores del

contratista, careciendo de título jurídico originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista.

En la serie de decisiones jurisprudenciales que con anterioridad y posterioridad a la vigencia del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015 se han emitido para circunscribir el ámbito de la contrata a lo estrictamente permitido por la Ley, los tribunales ha venido acuñando ciertos criterios decisivos, que encuentran su punto central en la exigencia de que el contratista sea titular efectivo de una organización empresarial real, con sus medios propios y ejercicio de las facultades correspondientes a su condición de empresario ; como es obvio, la comprobación de la inexistencia de tales requisitos hará caer el negocio concertado fuera del ámbito de aplicación del artículo 42 ET 2015, que como se sabe no se dirige sino a regular las responsabilidades de los empresarios ligados por el negocio lícito de la contrata, con exclusión, por tanto, de aquellos otros negocios simulados. De toda esta doctrina jurisprudencial se advierte, sin gran dificultad, que la llamada cesión mediata o indirecta de trabajadores, legalmente admitida por el inalterado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015, requiere la existencia de dos reales empresas, con entramado organizativo y con personal y patrimonio propios que se prestan, una a la otra, un determinado servicio u obra que se encuadra en el marco de la actividad industrial, comercial o de servicios, propia de la empresa contratista, revelándose, dicha actividad, como tangencial respecto de la que caracteriza a la empresa principal o contratante. Si estas circunstancias no concurren y se utiliza, por tanto, de modo anormal o irregular el negocio jurídico de la contrata o subcontrata se estará ante el hecho ilícito de la cesión ilegal de mano de obra, hasta ahora, absolutamente, prohibido.

En este orden de ideas, como expresa la Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 17 de enero de 2002 rec. 3863/2000, 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. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados, en una relación triangular o tripolar:

1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial.

2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.

3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 ET 2015 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.

En la cesión de trabajadores, como sintetiza Rodríguez Piñero, se produce la comodidad de emplear sin estar sujeto a las incomodidades de ser empleador. Se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden atribuidos a un titular ficticio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, y que usurpa la condición del empresario real.

Recapitulando, como apunta Sala Franco, la contrata o subcontrata de obra o servicio, permitida por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015, hace referencia a aquella actividad que es propia de la empresa comitente y requiere en la empresa contratista las siguientes circunstancias:

1. La existencia de una organización autónoma o independiente, constituida formalmente como tal.

2. La existencia de medios materiales y personales, es decir, de instalaciones, para desarrollar su actividad.

3. El desarrollo de una actividad propia y distinta de la de la empresa comitente.

4. La asunción de riesgos propios de una actividad empresarial con independencia del empresario comitente.

## **2. REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 2015**

La reforma de mayo de 2006 pasa a dar una nueva redacción de la cesión ilegal de trabajadores en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 2015, del siguiente tenor:



"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

El empresario cedente y cesionario que incurran en una cesión ilegal de trabajadores responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores, lo que es tanto como decir que éstos se pueden dirigir contra uno u otro empresario, o contra ambos indistintamente, para hacer efectivos sus derechos, por lo que el empresario que recibe la prestación de los trabajadores cedidos ilegalmente, aun cuando no hayan contratado con ellos ni sean, por consiguiente, titulares formales del vínculo laboral, quedan equiparados jurídicamente como sujetos del contrato, todo ello con la finalidad de garantizar la satisfacción de los derechos de los trabajadores, pues el trabajo no es una mercancía. Por otra parte, los trabajadores objeto de cesión ilegal tienen del derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, y en el caso de hacerlo por esta última sus derechos y obligaciones en ella serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

La responsabilidad solidaria del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015 lo es sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos, debiéndose tener en cuenta a estos efectos lo dispuesto en el artículo 312 del Código Penal, artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y

Sanciones del Orden Social y el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social 2015.

### **3. LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

Tradicionalmente nuestro ordenamiento laboral ha rechazado la cesión ilegal de trabajadores, como mecanismo interpositorio, entendiéndolo como fuente de desprotección del trabajador, al disociarse el centro de imputación de deberes y responsabilidades entre el empresario cedente y cesionario. Hoy el fenómeno de cesión de trabajadores adquiere un nuevo significado como una manifestación, junto con la subcontratación y la transmisión de empresa, de la descentralización productiva en sentido amplio

En nuestro ordenamiento laboral sólo se admite desde 1994 la cesión de trabajadores realizada a través de las empresas de trabajo temporal. Por lo tanto, la cesión realizada por otras vías ha de entenderse en principio ilegal.

Tras la reforma operada en esta materia por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se entenderá que existe cesión ilegal en los siguientes supuestos:

a) Que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria.

b) Que la empresa cedente carezca de una actividad u organización propia y estable.

c) Que la empresa cedente carezca de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.

d) Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Las consecuencias de la cesión ilegal son de diverso orden:

a) Los trabajadores cedidos tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

b) La empresa cedente y la empresa cesionaria responderán solidariamente frente a los trabajadores cedidos por las obligaciones laborales y de seguridad social.

c) Se podrán imponer sanciones administrativas, en incluso en los supuestos más graves, sanciones penales.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 20 de julio de 2007. Cesión de trabajadores. Cesión de pilotos entre empresa española y americana. Reglas para determinar la legislación aplicable. Aplicación de la legislación española a los pilotos que en licencia invernial van a prestar servicios a EE.UU., porque es España el lugar habitual de la prestación, así como a los pilotos contratados para prestar servicios en España, pese a que no hay constancia de una prestación de servicios habitual en EE.UU., pues según la doctrina del TC, que no se comparte, la falta de prueba del Derecho extranjero lleva a la aplicación del Derecho interno. Requisitos para que exista cesión. El ámbito de la cesión del artículo 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas. Respecto al personal americano contratado por la compañía aérea americana para prestar servicios en compañías españolas, se

produce una escisión típica de los fenómenos interpositivos, aunque no concurra intención especulativa o fraudulenta: aparece como empresario durante el período de la prestación quien no lo es, existiendo cesión. Conflicto colectivo. Requisitos para que se someta a los tribunales españoles cuando afecta de forma directa al contrato de trabajo. La pretensión del caso puede considerarse dentro del límite del proceso de conflicto colectivo, al tratarse de una práctica empresarial dotada de suficiente homogeneidad. Competencia judicial. Falta de competencia de los órganos judiciales sociales españoles para conocer de las pretensiones ejercitadas frente a la empresa estadounidense.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 14 de mayo de 2007. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Desestimación. Falta de contradicción. No existe identidad sustancial entre los supuestos comparados. Cesión ilegal de trabajadores. En la sentencia recurrida se aprecia cesión ilegal de trabajadores, siendo la empresa cedente real, con organización y recursos propios, mientras que en la sentencia de contraste la persona física interpuesta que contrató a los trabajadores no asume el riesgo de la explotación y tiene intervenidas por la empresa principal sus facultades sobre el personal. Sentencias que aplican la misma doctrina, con pronunciamientos distintos ante la distinta situación fáctica.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 de abril de 2007. Cesión ilegal de trabajadores. Entre dos empresas reales. Normalmente es irrelevante, en relación con los efectos que la cesión ilegal produce, el hecho de que ambas empresas, cedente y cesionaria, sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. El derecho a los salarios establecidos en la empresa cesionaria puede extenderse a todo el tiempo que duró la cesión ilegal, sin que tenga que quedar contraído al período subsiguiente a la declaración de la cesión ilegal y a la consiguiente opción verificada por el trabajador.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Cesión ilegal de trabajadores. Efectos de la opción por la empresa cesionaria: esta opción no tiene propiamente un efecto constitutivo porque con ella, y con la sentencia que la acoge, no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 28 de septiembre de 2006. Empresas de trabajo temporal. Cesión ilegal de trabajadores, responsabilidades: la ineficacia de los contratos de puesta a disposición, encadenados y sin solución de continuidad para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, genera una responsabilidad solidaria de la empresa cedente y de la cesionaria.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 4 de julio de 2006. Cesión ilegal de trabajadores, empresas de trabajo temporal. Sucesión de contratos de puesta a disposición. Contratación fraudulenta, por atender a necesidades permanentes de la empresa usuaria. Responsabilidad solidaria de ésta y de las dos ETT intervinientes, en relación con el despido improcedente de la trabajadora. Cómputo de su antigüedad, a efectos del cálculo de la indemnización. Fecha de la primera contratación. Caducidad de la acción por despido. En relación con la primera empresa de trabajo temporal, distinta de la que comunicó su cese a la trabajadora. Inexistencia. Posible falta de legitimación pasiva, no invocada en el recurso. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Requisitos. Contradicción. Falta de coincidencia de la resolución con alguna de las dos sentencias contrastadas.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 30 de mayo de 2006. Período de prueba, cese e incidencia de una cesión ilegal: la nulidad que provoca la cesión ilegal sólo opera respecto de aquellas cláusulas del contrato que estén afectadas por la misma, pero no sobre las que, como las relativas al período de prueba, se mantienen ajenas e independientes de los efectos de aquella ilegalidad.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Cesión ilegal de trabajadores. Irrelevancia, en relación con sus efectos, del hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas aparente o ficticia. Evolución de la jurisprudencia. Reclamación de diferencias económicas con carácter retroactivo, es decir, con efectos anteriores al pronunciamiento judicial. Devengo de salarios conforme al convenio de la empresa cesionaria. El demandante, trabajador de la empresa cedente, ha prestado sus servicios como ATS en el centro de trabajo de la cesionaria durante el período objeto de reclamación de diferencias económicas, correspondientes al mayor salario establecido para los trabajadores de la segunda entidad. El hecho de que la norma no diga nada acerca de efectos económicos como los postulados no comporta su negativa o exclusión.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 de junio de 2003. Despido improcedente. Cesión de trabajadores con limitación ilícita de la duración de los contratos de obra. Diferencias entre cesión y contrata. Arrendamiento de servicios de telemarketing. Recurso de casación para la unificación de doctrina. No hay contradicción entre las sentencias aportadas y la recurrida.

TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 20 de febrero de 2008. Cesión de trabajadores. Cesión ilegal de mano de obra. Ha quedado probado que la

prestación del servicio se ha realizado en la sede de la empresa cesionaria, con sus propios medios y bajo la dirección de esta empresa, sin que la empresa contratista haya puesto en juego su organización empresarial, limitándose a proporcionar mano de obra.

TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 19 de febrero de 2008. Cesión de trabajadores. Cesión ilegal de mano de obra. Ha quedado probado que la empresa contratista no ha puesto en juego su estructura empresarial, limitándose a proporcionar mano de obra. Derecho de la trabajadora a adquirir la condición de trabajadora por tiempo indefinido de la empresa cesionaria.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 30 de enero de 2008. Despido disciplinario. Entramado de contratas subcontratas entre unas y otras empresas pero sin existencia de cesión ilegal de trabajadores puesto que no se ha probado la falta de independencia funcional, organizativa y material entre las empresas promotoras y la principal. Distinción entre la existencia de un grupo de empresas y aquellos supuestos que debido a las circunstancias del actuar de los componentes de un grupo de empresas, pueda aplicarse la doctrina del levantamiento del velo y se declare la responsabilidad solidaria entre los mismos.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 17 de enero de 2008. Despido improcedente. Fraude de ley en la contratación. Responsabilidad solidaria de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido. La empresa de trabajo temporal ha suscrito con el trabajador diversos contratos temporales reputados como fraudulentos, habiendo prestado servicios el trabajador para la empresa usuaria.

TSJ Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, Sentencia de 27 de diciembre de 2007. Cesión de trabajadores. Contratos para obra o servicios determinados, despido nulo. Cese del trabajador vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente, garantía de indemnidad, por constituir represalia al accionar previamente por cesión ilegal. Contrata para resolver el déficit de plantilla. Adjudicación del servicio de ordenación, clasificación, actualización, introducción y comprobación de los datos del personal docente de tratamiento preciso para el curso de los procedimientos seguidos en relación con tal colectivo en el seno de los diferentes servicios de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, cultura y Deportes del Gobierno de Canarias. Diferencia entre contrata y cesión ilícita de trabajadores.

TSJ Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, Sentencia de 21 de diciembre de 2007. Despido nulo. Cese del trabajador como represalia a la acción interpuesta por el mismo y otros compañeros de trabajo en solicitud del reconocimiento de su condición de trabajador fijo de plantilla de la empresa por existencia de cesión ilegal de trabajadores. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente garantía de indemnidad. Despido objetivo. Absentismo laboral. Requisitos.

TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia de 16 de julio de 2007. Personal laboral de la administración. Cesión de trabajadores. Existencia de cesión ilícita de trabajadores. Cesión por empresa privada adjudicataria de contrato administrativo para la grabación de datos informáticos de los trabajadores a organismo autónomo de la Administración General del Estado. Reconocimiento del derecho de los



trabajadores a formar parte de la plantilla del organismo autónomo desde su ingreso en su condición de contratados indefinidos. Distinción entre contrata y cesión de trabajadores. Jurisdicción laboral. El orden de la jurisdicción social es competente para conocer de la pretensión de cesión ilícita de trabajadores por sucesivas adjudicatarias sin que se cuestione la adecuación de legalidad de la contratación administrativa efectuada con las empresas adjudicatarias del servicio de prestación de asistencia.

Juzgado de lo Social núm. 3 Madrid, Sentencia de 3 de julio de 2006. Cesión ilegal de trabajadores. Diferencias con la subcontrata de obras y servicios. Criterios judiciales. Servicio de atención al público en aeropuertos. Cesión ilegal de mano de obra entre AENA y las empresas contratistas. Inexistencia de autonomía técnica de las sucesivas contratas. La vinculación laboral de las actoras se producía real y verdaderamente con AENA, aun cuando formalmente apareciese que lo era con las empresas contratistas.

#### **4. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

1. Derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria, 40 a 46 ET.

2. Administraciones Públicas y adquisición de la condición de «indefinidos no fijos», 47, 48 ET.

3. Calificación del despido de trabajadores sometidos al tráfico prohibido, 49, 50 ET.

4. Condena solidaria a las empresas cedente y cesionaria de las responsabilidades derivadas del despido, 51 a 54 ET.

5. Condena solidaria a las empresas cedente y cesionaria de las responsabilidades en materia de Seguridad Social, 55 ET.

6. Exención de responsabilidad de la empresa aseguradora que protege a los trabajadores de la empresa cesionaria, 56 ET.

1. Derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria

Cuando cedente y cesionaria son empresas reales con organización productiva propia, la opción del trabajador por integrarse como fijo en la empresa cesionaria tiene efectos ex nunc. Por ello su derecho al salario establecido en esta última nace a partir de la fecha en que se integró en su plantilla y no antes

Y es que las declaraciones judiciales de cesión ilegal, por ser constitutivas y no declarativas, tienen efectos ex nunc (desde ahora, es decir, desde la toma de la decisión judicial) y no ex tunc (desde entonces, es decir, desde que se inicia tal irregular situación), salvo en la específica cuestión de la antigüedad. Tal solución [es] la que se da cuando las empresas cedente y cesionaria son existentes y reales y, por

tanto, no ficticias. STSJ Madrid 25 Feb. 2000. Pero cuando la empresa cedente es ficticia y simplemente no existe, ha de entenderse que el trabajador fue desde el principio un empleado de la entidad para la que efectivamente prestaba servicios

La norma indicada [art. 43.3 ET], al establecer dicho derecho de opción, parte del supuesto de que la empresa cedente, aun actuando como interpuesta, tuviera entidad real, pues, cuando fuera mera apariencia, mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador fijo en empresa que no existe... El trabajador que se contrata bajo tan burda interposición, como es la que refleja el supuesto enjuiciado, en ningún caso queda vinculado con el empleador aparente, pues la inexistencia de empresa de la que éste sea titular lo hace imposible. Ello no debe impedir, sin embargo, que la relación laboral, generada en la realidad, no produzca sus efectos, ya que, aun ilícitamente constituida, se desarrolla en el plano de los hechos, en los que asume la posición de empresario quien recibe directamente la prestación de servicios. STS 17 Ene. 1991.

No cabe reclamar las diferencias salariales correspondientes al salario de la empresa cesionaria sin haber ejercitado la acción de cesión ilegal.

Como bien recuerda la parte recurrente, ha de reconocerse que la declaración de cesión ilegal de mano de obra en aplicación del art. 43 del ET que formule una sentencia tiene efectos constitutivos de una nueva situación para los trabajadores interesados. Y es que sólo a partir de dicho reconocimiento, de acuerdo con los criterios que al efecto emplea el propio art. 43 citado y que dependen, entre otros extremos, de la propia voluntad del trabajador sometido a dicho tráfico prohibido, puede desplegar sus efectos tal cesión ilegal... En este caso ni siquiera se formuló, como hemos recordado, una tal declaración de cesión ilegal que no fue postulada en

momento alguno por la trabajadora interesada. No se ha podido producir, en consecuencia, integración alguna en la presunta empresa cesionaria y no podría por ello, siquiera, reconocerse el derecho a ostentar los derechos y obligaciones "que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo". STSJ Cataluña 29 Oct. 2004.

La declaración judicial de cesión ilegal no supone la incorporación automática del personal cedido en la empresa cesionaria; es imprescindible que el trabajador ejercite su derecho de opción a favor de ésta

La existencia de una cesión ilegal no supone que la incorporación, en su caso, del trabajador a la empresa cesionaria sea automática, sino que exige el previo ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pero las consecuencias de la falta de dicho ejercicio temporáneo deben repercutir únicamente en la parte motivadora del retraso. STSJ Cantabria 27 Dic. 2005.

Una vez firme la sentencia que declare la existencia de cesión ilegal, y ejercitado el derecho de opción por el trabajador a favor de la cesionaria, esta última está obligada a su efectiva incorporación sin dilación

El hecho de que la [empresa] dilatara la incorporación del trabajador, no supone que los efectos salariales puedan demorarse más allá de la fecha de la sentencia de esta Sala cuando tal demora se produce precisamente por el recurso que la empresa interpone para después desistir de él... No hay entonces rotura del sinalagma contractual como se afirma o, que al menos, sea imputable al trabajador el cumplimiento tardío, único supuesto el de su responsabilidad que pudiera justificar la

exoneración del pago de las diferencias salariales durante el período controvertido... las consecuencias de la falta de dicho ejercicio temporáneo deben repercutir únicamente en la parte motivadora del retraso. STSJ 27 Dic. 2005.

La acción para reclamar la adquisición de la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria sólo puede ejercitarse mientras subsista la cesión, y no con posterioridad

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores... faculta al trabajador para obtener la condición de fijo en una u otra empresa... facultad ésta que... ha de ejercitarse mientras subsista la cesión. STS 11 Sep. 1986, P.: García-Murga Vázquez. En el mismo sentido, STS 8 Jul. 2003.

Lo primero que quiere destacar la Sala es que no es posible en un pleito por despido el ejercicio de la acción de cesión ilegal del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pues para ello sería necesario que estuviese viva la relación laboral, lo que no ocurre si ha existido despido... Sin embargo, lo que sí es posible es examinar en el marco de un procedimiento de despido, y a los solos efectos de determinar quién es el verdadero empleador y, por tanto, el responsable del despido, es si ha existido de facto una situación de cesión ilegal. STSJ Canarias, Las Palmas 29 Jul. 2005, P.: Sr. Guadalupe Hernández; en el mismo sentido, SSTSJ Aragón, 28 Jul. 2005, P.: Sr. Bermúdez Rodríguez).

Administraciones Públicas y adquisición de la condición de «indefinidos no fijos»

El derecho a adquirir la condición de fijos que el art. 43.3 atribuye a los trabajadores sometidos a la cesión ilegal debe matizarse cuando se trata de un organismo público, por aplicación de la doctrina de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla

Es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales, artículos 23.2 y 103.3, y en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración... A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla... el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado... está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo [puesto] y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. STS 19 Jun. 2002.

Aunque es cierto que no es el mismo exactamente el problema resuelto por la inicial doctrina de la Sala, puesto que toda ella se creó alrededor de la ilegalidad consistente en contratar al amparo del art. 15 ET a trabajadores que no se hallaban en las situaciones en las que dicho precepto permite la contratación temporal, mientras que aquí se plantea el problema en relación con el art. 43.3 ET y las consecuencias de una cesión ilegal, sin embargo la cuestión también aquí, en los supuestos de cesión

ilegal, se concreta en determinar la naturaleza de la relación que ha de unir a un trabajador con una Administración Pública cuando el "ingreso" en la misma se produce por una vía distinta de las previstas como válidas... y sin cumplir con las exigencias constitucionales de que el acceso a las funciones y cargos públicos se lleve a cabo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad -arts. 14; 23.3 y 103.3 de la Constitución- y, por lo tanto, la respuesta jurídica ha de ser la misma. STS 27 Dic. 2002.

#### Calificación del despido de trabajadores sometidos al tráfico prohibido

No cabe aplicar a los trabajadores despedidos tras una cesión ilegal la figura del despido nulo por fraude de ley, ya que ha desaparecido de nuestro ordenamiento

El fundamento de la resolución impugnada es que las empleadas despedidas habían sido objeto de cesión... con infracción de lo dispuesto en el art. 43 ET; así las cosas -sigue razonando la sentencia recurrida...-, la calificación de despido nulo es la única forma de evitar una discriminación en el empleo, que consistiría en que la empresa cesionaria condenada optara por indemnizar a las demandantes en lugar de readmitirlas... [Pero] hay que concluir, en suma, que el legislador no ha querido conservar la figura de cuño jurisprudencial del despido nulo por fraude de ley, sin que pueda achacarse a olvido la ausencia de la misma en la enumeración del art. 108 TALPL, habida cuenta que este precepto sí recoge en cambio la figura también de creación jurisprudencial del despido por causas discriminatorias o con violación de los derechos fundamentales. QUINTO.- De las consideraciones anteriores se desprende que, en el estado actual del ordenamiento, la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado TALP. STS 19 Ene. 1994.

No obstante, el despido de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido será nulo cuando sea incardinable en alguno de los supuestos de nulidad legalmente previstos

Por el Juzgado de lo Social... se dictó Sentencia cuyo Fallo literal dice: "Que estimando la demanda... debo declarar la nulidad del despido condenando solidariamente a las demandadas a readmitir a la actora en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir"... Si bien no quedó demostrado el despido por el carácter de minusvalía de la demandante, sí que ha quedado acreditado el hecho de que ella estuviera embarazada con conocimiento por parte de la empresa, de ahí que entre en aplicación la norma aplicada del art. 55.5 b) del Estatuto... Por tales razones la sentencia ha de ser confirmada. STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 30 Nov. 2004.

Condena solidaria a las empresas, cedente y cesionaria de las responsabilidades derivadas del despido. Cuando en un pleito por despido se aprecia que ha existido cesión ilegal de trabajadores, la condena ha de recaer tanto sobre la empresa cesionaria como sobre la cedente con carácter solidario, y no sólo sobre la cesionaria

Afirmada la existencia de la cesión ilegal del trabajador accionante la consecuencia legal que impone el artículo 43.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no sólo es la condena de la empresa cesionaria, respecto a las obligaciones laborales contraídas respecto al actor, como resuelve la sentencia de instancia, sino la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria respecto al cumplimiento de las referidas obligaciones. STSJ Comunidad Valenciana 26 Mayo 2005.



Debemos declarar y declaramos improcedente el despido del trabajador, condenando solidariamente a las empresas codemandadas a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución opten entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación... o el abono de las siguientes percepciones económicas. STSJ Extremadura 16 Feb. 2005.

En caso de despido nulo procede la condena solidaria de cedente y cesionaria a la readmisión y al pago de los salarios dejados de percibir.

Por el Juzgado de lo Social... se dictó Sentencia cuyo Fallo literal dice: "Que estimando la demanda... debo declarar la nulidad del despido condenando solidariamente a las demandadas a readmitir a la actora en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir"... Si bien no quedó demostrado el despido por el carácter de minusvalía de la demandante, sí que ha quedado acreditado el hecho de que ella estuviera embarazada con conocimiento por parte de la empresa, de ahí que entre en aplicación la norma aplicada del art. 55.5 b) del Estatuto... Por tales razones la sentencia ha de ser confirmada. STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 30 Nov. 2004.

En caso de despido improcedente de un representante de los trabajadores que estaba sometido a tráfico ilegal, es él quien tiene la opción entre la indemnización o la readmisión en cualquiera de las dos empresas que son responsables solidarias del despido

[La cesionaria] plantea otro motivo de impugnación en el que pretende que se ha infringido el aludido artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores al entender que la opción entre indemnización o readmisión que en el fallo de la sentencia se atribuye al señor... por ser representante de los trabajadores en... [la cedente], no cabe si éste opta por integrarse en... [la cesionaria]... Consideramos que el razonamiento no tiene que ver con el hecho de que el demandante no sea representante de los trabajadores en la cesionaria, sino por el propio carácter del derecho de opción del representante y del carácter solidario de las deudas que se tengan con el trabajador que se fija en la Ley... Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha quince de mayo de 1990, "De ahí que la facultad de opción a favor del representante, que no aparece como una garantía independiente en el cuadro general del artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, cumpla en la práctica un objetivo instrumental respecto a la inmunidad relativa, al impedir que el representante pueda ser desvinculado de la empresa y de la representación por una decisión injustificada del empleador". Pues bien, en el momento del despido tal demandante era representante de los trabajadores, representación que derivaba de su condición de trabajador para la cedente. Si se opta por la solución que la recurrente propone, la resultante sería que podría quedar desvinculado de la empresa y de tal representación por una injustificada decisión empresarial de dar por finalizada una ficticia subcontrata que en realidad encubría una cesión ilegal de mano de obra. Por ello, se ha de desestimar también este motivo. STSJ País Vasco 21 Dic. 2004.

Condena solidaria a las empresas, cedente y cesionaria de las responsabilidades en materia de Seguridad Social. Responden solidariamente cedente y cesionaria del pago de una prestación de Seguridad Social derivado de incumplimiento en las obligaciones de afiliación, alta o cotización. De otro lado, y en aplicación de lo establecido en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, se ha de declarar la responsabilidad solidaria de la empresa, en el pago de la prestación, al haberse

producido una cesión de trabajadores con una función interpositoria, en la que, que figura como sujeto del contrato de trabajo pese a no ser el verdadero titular de la relación laboral, era un empresario ficticio, sin otra finalidad que proporcionar mano de obra a empresas, y la cesión tuvo por finalidad la creación de una falsa apariencia empresarial... La responsabilidad es también principal y directa pues siendo la mercantil... el empresario real del demandante, fue ella quien debió darle de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y realizar las cotizaciones correspondientes al salario que directamente le abonaba, lo que no hizo, con la consiguiente imputación de responsabilidad ex artículos 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, 126.2 de la Ley General de Seguridad Social y 94.2 a) y b) de la Ley de Seguridad Social de 1966. STSJ País Vasco 30 Nov. 2004.

Exención de responsabilidad de la empresa aseguradora que protege a los trabajadores de la empresa cesionaria.

La compañía aseguradora con la que tiene concertado un contrato de seguro la cesionaria no está obligada a proteger al trabajador cedido ilegalmente que no consta formalmente en su lista de empleados.

Por una parte, la empresa incumplió la obligación contractual ante la entidad aseguradora de incluir al aquí demandante como trabajador a su servicio y, por tanto, integrarlo en el listado de los asegurados. La ausencia del demandante en ese listado obedecía a la circunstancia de que realmente no había sido contratado por la empresa para la que trabajaba, sino por otra... El incumplimiento contractual reseñado sería suficiente para eximir de responsabilidad a la aseguradora. Pero lo que resulta más evidente aún es que de la cesión ilegal del trabajador han de responder, las empresas, cedente y cesionaria, pero en absoluto un ilícito laboral puede generar

responsabilidad para un tercero ajeno a tal ilegalidad, en este caso la entidad de seguros. En consecuencia, esta última ha de ser absuelta por carecer de legitimación pasiva ad causam, debiendo recaer la responsabilidad sólo sobre la empresa. Téngase presente que en virtud del contrato de seguro la entidad aseguradora protege a los trabajadores de la empresa tomadora, no a los que prestan servicio en esta última en razón a una cesión ilegal ni genéricamente a todos los que trabajan en la obra en que se produjo el accidente. STSJ País Vasco 12 Jul. 2005.

El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET... lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores. STS 17 Dic. 2001.

La realidad es que la externalización de actividad ha ido en aumento, se ha complicado y ha afectado a nuevos sectores... No es infrecuente encontrarse con empresas principales o comitentes que carecen prácticamente de plantilla y tienen externalizada la producción, utilizando el mecanismo de la contrata; así sucede en la construcción, por ejemplo, donde grandes empresas, de ámbito nacional o multinacional, se adjudican grandes obras públicas, subcontratando toda la ejecución de la obra que dirigen con un pequeño equipo de personal propio. STSJ Canarias, Las Palmas 29 Jun. 2005.

Es asimismo lícito, en principio, el recurso a la subcontratación por parte de las Administraciones Públicas.

La contrata y subcontrata entre empresas (también entre Administraciones Públicas y empresas) es un medio perfectamente lícito de colaboración que viene impuesto por la dinámica de la economía, pero lo que el ordenamiento jurídico laboral no tolera es el tráfico de mano de obra. STSJ Canarias, Las Palmas 13 Jun. 2005.

Si la contratista aparente carece de verdadera actividad propia, con su correspondiente organización productiva e infraestructura, nos hallamos ante un mero suministro de mano de obra.

La jurisprudencia ha sentado criterios para distinguir entre la auténtica contrata y los negocios jurídicos simulados que encubren interposición. En tal sentido tiene declarado que existe lo primero cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores en su plantilla dentro de su poder de dirección conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador. STS 17 Ene. 1991.

Obligado es señalar que... tiene patrimonio propio, domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como también un equipo de mandos intermedios..., y que incluso en el ejercicio de su actividad mercantil presta servicios de forma regular a otras empresas... De todo ello se concluye que no cabe apreciar en el presente caso la apariencia o ficción de empresa... que es característica del supuesto de cesión ilegal de trabajadores. STS 11 Oct. 1993.

Aunque la empresa que se presenta como contratista posea actividad y organización propias, si tal organización no se pone en juego en relación con el concreto trabajador en el supuesto examinado, hay cesión ilegal de trabajadores.

Las empresas que están legalmente constituidas y normalmente actúan con validez en el tráfico jurídico, pueden también incurrir en cesión ilegal de trabajadores, lo cual se produce cuando en la contrata no ponen realmente su organización empresarial a disposición de la compañía principal, sino que se limitan a suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la compañía contratante. STS 20 Sep. 2004.

Independientemente de que exista o no realmente una contrata, si el trabajador ejerce funciones diferentes de las que constituyen el objeto de la misma, debe considerarse ilegalmente cedido.

Aun siendo cierta la existencia de una contrata entre... y..., por la cual ésta se comprometía a desarrollar para aquél los trabajos de información y comunicación necesarios para la realización de actuaciones en materia de difusión, lanzamiento e imagen de los aeropuertos y centros de carga del ente público, y que... es una empresa real que además cuenta con organización y medios propios, sin embargo, la actividad llevada a efecto por el actor no ha consistido, en su desarrollo práctico, en la ejecución de la contrata. STSJ Madrid 28 Jul. 2005.

Para diferenciar entre una verdadera contrata y la interposición ilegal se tienen en cuenta también criterios como la justificación de la contrata desde el punto de vista técnico, o la autonomía de la obra o servicio en que aquélla consiste

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, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista. STS 14 Sep. 2001.

Llama la atención que los contratos (encomiendas o conciertos) celebrados entre las codemandadas encomiendan a la empresa... la realización de funciones que se engloban en las competencias generales de la Consejería de Política Territorial y Medioambiente: la gestión de la política medioambiental, que han de ser llevadas a cabo permanentemente y en todo caso, sin que existan auténticos proyectos ni servicios u obras con autonomía y sustantividad propia que justifiquen su externalización por medio de una contrata. STSJ Canarias, Las Palmas 13 Jun. 2005.

También puede ser indicativo de cesión ilegal que la empresa principal imparta cursillos de formación a los trabajadores; e igualmente, el hecho de que participen en un proyecto que ya estaba definido en dicha empresa principal con anterioridad.

Tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro... de la mano de obra o fuerza de trabajo... Así resulta sobre todo de los datos siguientes: 1) la existencia de un llamado "proyecto...", con arreglo al cual ya se habían definido y desarrollado las funciones del referido servicio; 2) La impartición por parte de la propia empresa eléctrica de cursillos de formación o aprendizaje... y 3) La ejecución del trabajo con los medios materiales y el instrumental informático (tanto maquinaria como programas) de [la empresa principal]. STS 19 Ene. 1994.

El hecho de que las tareas en cuestión se desarrollen en los locales de la empresa principal puede ser un indicio del carácter simulado de la contrata, dependiendo de la actividad de que se trate.

Hay actividades típicas de la descentralización productiva del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, como es el caso de las contratas de limpieza y seguridad, que se realizan siempre en los locales de la empresa principal. Pero se trata de casos en que la propia naturaleza del servicio concertado -limpieza, seguridad- exige esta localización, mientras que en el presente supuesto la localización del servicio [de tele marketing] en la principal revela la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista. STS 16 Jun. 2003.

La forma de retribución del servicio por parte de la empresa principal a la contratista puede indicar la presencia de tráfico ilegal.



Es significativo que la forma de retribución de la contrata consista en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo (trabajo, diurno, nocturno, en festivos...), lo que confirma que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la de la facilitación de trabajo. STS 16 Jun. 2003.

En el presente caso no se factura por tiempo de tele operación, es decir, por un factor ligado a la jornada del trabajador, sino que en la contrata, aquí analizada se factura por llamadas, de manera que su descenso o aumento incide en el precio a obtener por la contrata. En este supuesto sí puede afirmarse que la empresa contratista asume el riesgo derivado del número de llamadas recibidas que, si disminuye por debajo de sus previsiones, implicará que la contrata sea deficitaria... En definitiva... no concurren los requisitos jurisprudenciales que permiten afirmar la existencia de una cesión ilegal. STSJ Comunidad Valenciana 29 Sep.

Puede indicar la presencia de cesión ilegal que el trabajador desarrolle su labor en la empresa principal con el mismo horario que los demás empleados de esta última, participando en sus turnos de vacaciones.

Dicho lo anterior, la Sala llega a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto paradigmático de cesión ilegal de mano de obra. En un primer acercamiento a la cuestión debatida llama la atención que los contratos (encomiendas o conciertos) celebrados entre las codemandadas encomiendan a la empresa... la realización de funciones que se engloban en las competencias generales de la Consejería de Política Territorial y Medioambiente, la gestión de la política medioambiental... Pero es que, además, la actora desde el inicio de su relación laboral ha prestado servicios en las dependencias de la Consejería demandada, realizando funciones de Delineante en la

Dirección General de Política Medioambiental..., actuando en todo momento bajo las órdenes e instrucciones del personal funcionario y laboral de la Consejería, su horario de trabajo era el mismo que el del resto del personal de la Consejería y se turnaba con éste en el período de vacaciones anuales, utilizando en todos los casos los medio materiales de la antes referida Dirección General. STSJ Canarias, Las Palmas 13 Jun. 2005.

Puede indicar cesión ilegal la habitualidad o permanencia de la actividad que es objeto de la aparente contrata, así como la prestación de servicios del trabajador con carácter exclusivo para la empresa principal.

Tal 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 mucho más si trabaja, en realidad, exclusivamente en ésta. STS 16 Feb. 1989.

En el caso de la Administración Pública, la creación de un organismo autónomo puede encubrir una cesión ilegal de trabajadores, si entre el organismo autónomo y la Administración Local de la que depende existe total confusión a nivel orgánico y de personal.

La constitución del Organismo Autónomo Local, Instituto Municipal de Empleo (IMEF), tuvo como único propósito configurar una vía, aparentemente legal, para eludir la igualdad retributiva entre trabajadores fijos y temporales del Ayuntamiento..., El IMEF no se configura así pues como una Administración filial,

separada de la Administración matriz o de cobertura... En suma, careciendo el IMEF de contornos diferenciados de la Administración Local constituyente con la que existe total confusión a nivel orgánico y de personal y atendidos los antecedentes expuestos, el fenómeno interpositorio, con la única finalidad de mantener la doble escala salarial, declarada vulneradora del art. 14 del Texto Constitucional, resulta evidente... En su razón el salario de la trabajadora es el que correspondería a un operario de la Administración Local. STSJ Canarias, Las Palmas 30 Jun. 2005.

Para estimar la existencia de verdadera contrata no es suficiente que sea el contratista quien dirija a los trabajadores de forma inmediata, si carece de los poderes propios de un verdadero empresario, como por ejemplo la capacidad de selección del personal

Es cierto que él es... quien dirige y organiza el trabajo de las mismas [empleadas] de forma directa e inmediata, y quien mantiene sobre ellas la potestad disciplinaria. Pero tales facultades no son bastantes ni suficientes para otorgarle el carácter de verdadero empleador, al no poseer otros muchos poderes y capacidades propios de todo empresario... Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal. STS 17 Jul. 1993.

No resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de "acceso y salida" del personal)... porque... esa disociación o retención de facultades empresariales -una auténtica delegación de la gestión empresarial derivada

del propio negocio interpositorio- es compatible en determinados casos con la cesión. STS 16 Jun. 2003.

El hecho de que la contratista emplee a trabajadores que anteriormente habían prestado servicios en la empresa principal no es un dato suficiente para estimar la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Tampoco constituye dato bastante el que de los 50 trabajadores contratados por... para prestar los servicios encomendados por, siete de ellos hubieran antes prestado servicios para esta última empresa, pareciendo lógico que [la contratista] se valga de la experiencia de estos siete trabajadores para prestar los servicios. STSJ Castilla y León, Valladolid 16 Nov. 2005.

La utilización por la contratista aparente de instrumentos de producción de la empresa principal no significa necesariamente que exista cesión ilegal.

Por lo que respecta a la utilización de instrumentos de producción de la empresa principal..., esto ha de considerarse normal en supuestos de contratos en los que resulta precisa la utilización de instrumentos muy específicos y relacionados con el sistema de producción, para la realización del servicio concreto que se contrata. STSJ Canarias, Las Palmas 14 Jun. 2005.

Naturaleza casuística de la distinción entre contrata de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores.

La determinación de si existe contrata o cesión ilegal debe centrarse en los hechos probados y circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se examina.

Para poder proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas. STS 30 Mayo 2002.

En los casos de cesión ilegal de trabajadores que se prevén en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores no es fácil que pueda producirse la contradicción entre sentencias que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. Téngase en cuenta que en bastantes ocasiones no es fácil fijar la diferencia entre los casos lícitos de contratas y subcontratas... y los supuestos de cesión ilegal de trabajadores... siendo necesario entonces, para llegar a una u otra solución, tener en cuenta las particulares circunstancias y elementos concurrentes en el caso examinado, pudiendo ser decisiva a tal respecto la aparición o no de una o varias de esas circunstancias y datos especiales. STS 20 Sep. 2003.

No cabe aplicar los efectos de la cosa juzgada cuando la empresa demandada fue condenada por cesión ilegal en un pleito anterior con demandantes distintos; pues es preciso examinar la relación de dicha empresa con el trabajador concreto que interpone la demanda actual.

Sin desconocer la existencia de esas resoluciones judiciales, no es menos cierto que las mismas se produjeron respecto de otros trabajadores, y analizando distinto momento temporal... La actora en el presente procedimiento... no ha sido parte en ningún otro procedimiento de cesión ilegal. STSJ Cantabria 8 Nov. 2005.

El art. 44 del Estatuto de los Trabajadores se aplica a una situación lícita (la transmisión de un conjunto de elementos productivos que pasan de una empresa a otra sucesivamente); mientras que el régimen de la cesión ilegal parte de una situación fraudulenta (en la que hay un empresario interpuesto y uno real actuando simultáneamente). Por ello no cabe el planteamiento conjunto de ambas cuestiones por el demandante

Partiendo del despido, como pilar básico, cesión ilegal y sucesión de empresa, se proyectan en distinta dirección. La primera hacia el pasado, afecta al sujeto responsable, y precisa de una declaración del carácter fraudulento de la relación... La segunda, sucesión de empresa, necesariamente parte de la validez del vínculo, al que imprime permanencia, afectando a la esencia misma del acto extintivo... En suma, en un litigio seguido por despido resulta incompatible el planteamiento conjunto, que no subsidiario, de las cuestiones referentes a posible cesión ilegal y sucesión empresarial. STSJ Canarias, Las Palmas 23 Jun. 2005.

La cuestión que hemos de analizar es la posible existencia de un supuesto de sucesión de empresas, a los fines de aplicar lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y dilucidar las consecuencias que ello depare en orden a la extinción de la relación laboral de los trabajadores demandantes. Tal cuestión ya ha sido abordada y resuelta, si bien indirectamente, a la hora de dar respuesta al primero de los motivos de censura jurídica articulados por los actores... No obstante, y a modo de resumen, hemos de apuntar que en el fundamento de derecho tercero llegamos a la conclusión de que el objeto real de la contratación administrativa llevada a cabo por el Instituto Insular de Deportes con la empresa... no fue sino la prestación de servicios de los actores, encontrándonos ante una mera puesta a disposición de trabajadores, ante un claro caso de prestamismo laboral prohibido por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, con todas las consecuencias inherentes a tal consideración. Es decir, que si según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es precisa la concurrencia de dos requisitos, a saber: [1] autonomía, es decir, la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional; y [2] Continuidad, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios. En el presente caso faltaría el primero de tales elementos, pues la actividad... no es una actividad productiva autónoma susceptible de ser transmitida aisladamente, es decir, no es una unidad patrimonial con vida propia susceptible de explotación y transmisión separada. STSJ Canarias, Las Palmas 31 Oct. 2005.

#### Cesión ilegal de trabajadores y el llamado «trabajo negro»

En el trabajo negro se oculta la realización de una actividad lucrativa, mientras que en la interposición se oculta sólo la identidad del empresario real.

[En] el fenómeno de interposición en el contrato de trabajo... El elemento esencial que lo caracteriza es, como ha señalado la doctrina, la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de la relación... [En] el trabajo negro... existe un contrato de trabajo normal, con los elementos y requisitos necesarios para su nacimiento, sin intervención de un tercer sujeto que se interponga entre empleador y trabajador, aunque, eso sí, estos sujetos han querido que el negocio exista sin aparecer hacia el exterior, seguramente para eludir la aplicación de la normativa que le es propia. STSJ Madrid 30 Sep. 2005.

Cesión ilegal de trabajadores y circulación de los trabajadores dentro de empresas del mismo grupo.

La prestación de servicios de forma indiferenciada para las distintas sociedades de un grupo no es en principio una práctica ilícita, sino que responde a razones técnicas u organizativas. A efectos laborales el grupo es tratado como un único empresario, partiendo de la existencia de confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa unitaria y unidad de dirección.

El problema que aquí se plantea es el que, con carácter general, se conoce como el de la circulación del trabajador dentro de las sociedades del mismo grupo... Las analogías con la cesión de trabajadores regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores son patentes... Pero... las diferencias entre misión en el grupo y cesión son también notables y han sido destacadas por la doctrina científica más autorizada: salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las



empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. STS 26 Nov. 1990.

Pero si la movilidad de los trabajadores entre empresas de un mismo grupo no responde a razones técnicas y organizativas sino al propósito de mermar los derechos de los trabajadores, ha de calificarse como cesión ilegal.

En el supuesto litigioso la empresa prestataria del servicio es desde luego una empresa real que forma parte de un grupo de empresas, en el que puede darse, lícitamente, la movilidad de los trabajadores dentro de las empresas, pero en el supuesto concreto esa movilidad no responde a razones organizativas, sino a prestamismo laboral porque, conforme se razona en la sentencia de instancia, no se garantizan los derechos de los trabajadores, al ser los salarios... sensiblemente inferiores a los de..., y se ha tratado de eludir la contratación indefinida en la primera de estas empresas que se ha constituido con la única finalidad de facilitar mano de obra, más barata y en peores condiciones, puesto que la gran mayoría de sus trabajadores son temporales, a otra empresa del grupo, lo que determina que se haya producido la cesión ilegal de trabajadores y no los contratos en misión en el grupo que se alega por las recurrentes. STSJ Asturias 10 Sep. 2004.

La movilidad de trabajadores entre distintos organismos de la Administración Pública se asimila a la circulación dentro del grupo de empresas.

Así el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores determina la ilicitud de las cesiones de trabajadores. Sin embargo, a pesar de la aparente rotundidad del precepto legal, se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras. Y, de forma análoga, ha de admitirse la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la regulación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los órganos o entes cedentes y cesionarios en la condición de empleadores de los trabajadores cedidos durante el período de puesta a disposición. STSJ Canarias, Las Palmas 30 Sep. 2003.

Cuando se aprecia la existencia de grupo de empresas y no de cesión ilegal, no hay derecho de opción por integrarse como fijos en una u otra empresa, dado que a efectos laborales no hay más que una empresa.

No hay cesión ilícita sino un solo contrato con las tres codemandadas, al ser éstas un único empresario por lo que no tienen que elegir los trabajadores en qué empresa son fijos, porque no hay más que una empresa. STSJ Madrid 28 Jun. 2004.

Cesión ilegal de trabajadores y agencias privadas de colocación.

A diferencia de las empresas cedentes, las agencias de colocación no se vinculan contractualmente con los trabajadores, limitándose a ponerlos en contacto con empleadoras que buscan mano de obra para que éstas los contraten.

No es, sin embargo, cesión ilegal la que realizan las empresas de trabajo temporal, debidamente autorizadas y bajo control de la Administración, ni la actividad de intermediación que llevan a cabo las agencias privadas de colocación, porque en este caso no se contrata a los trabajadores para cederlos a otras empresas, sino que se establece con ellos una relación meramente comercial con el propósito de ayudarlos a encontrar un empleo. STSJ Canarias, Las Palmas 13 Jun. 2005.

#### Cesión ilegal de trabajadores y contrato de representación entre empresas.

Incurren en cesión ilegal de trabajadores dos empresas que suscriben un contrato de representación, con el exclusivo fin de que una de ellas gestione el alta en el sistema de Seguridad Social español de los trabajadores españoles que prestan servicios en el extranjero para la otra.

Las empresas codemandadas... suscribieron un contrato de representación, con el exclusivo fin de tramitar en España los temas relativos a la seguridad social española de los trabajadores españoles contratados... Desde luego, de la normativa que las empresas demandadas alegan como infringida (el Protocolo Adicional... en desarrollo del artículo 6 apartado 2.º del Convenio en materia de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos...) para nada se desprende la necesidad de que las empresas afectadas por el tratado, para mantener a los trabajadores españoles que se encuentran bajo su ámbito de aplicación dentro del sistema de Seguridad Social español, hayan de montar un mecanismo interpositorio

como el que urdieron las dos empresas codemandadas respecto del actor, que desde el punto de vista de nuestra legislación laboral y como veremos a continuación, sólo puede ser calificado como de auténtica cesión ilegal de mano de obra. STSJ Canarias, Las Palmas 7 Mar. 2005.

La cesión de trabajadores se califica como ilegal independientemente de que se aprecie o no un resultado lesivo para los derechos del trabajador.

El fraude que la sentencia recurrida niega consiste precisamente en esta ocultación del empresario real... por un empresario aparente... y, aparte de que ya el propio mecanismo interpositorio es suficiente para aplicar el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, su carácter lesivo para los derechos del trabajador queda patente, pues la cadena de contrataciones ha producido una situación de precariedad. STS 3 Oct. 2005.

Ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. STSJ Madrid, 26 Abr. 2005.

Podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio. Pero tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios. STS 17 Dic. 2001.

Carácter temporal o definitivo de la cesión. La cesión que prohíbe el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es tanto la temporal como la definitiva, pese a los términos «para cederlos temporalmente a otra empresa» que recoge el precepto. El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores... analiza el supuesto de las contrataciones hechas con el fin de ceder temporalmente a los trabajadores a otra empresa, en la modalidad lícita se encuentra la efectuada por empresas de trabajo temporal con la debida autorización y en la modalidad ilícita, las restantes, mostrando una primera contratación de la cedente con el trabajador, que puede ser temporal o indefinida, aunque lo primero suele ser lo habitual con la consecuencia de que los trabajadores cedidos tendrán derecho a adquirir la condición de fijos a su elección en la empresa cedente o cesionaria. STS 19 Jun. 2002.

Efectos en el orden social de las sentencias del orden contencioso-administrativo. La sentencia del orden contencioso que haya resuelto sobre la impugnación de una sanción impuesta por cesión ilegal de trabajadores no es vinculante para la jurisdicción social; pues el orden propiamente competente en la materia es el de trabajo, mientras que el contencioso-administrativo sólo dirime la cuestión con carácter prejudicial. Tampoco puede la sentencia del orden contencioso-administrativo tener efectos vinculantes en la decisión, porque... hay que tener en cuenta que, al haber optado tanto la Ley de Procedimiento Laboral (art. 4.2), como la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 4), por el sistema de prejudicialidad no devolutiva, los dos órdenes jurisdiccionales actúan de manera independiente, y sólo una sentencia firme del orden judicial competente para decidir la cuestión determinante tendría efectos vinculantes para el orden que tiene que decidir esa cuestión incidentalmente como cuestión prejudicial... Ahora bien, en el presente caso la competencia para decidir sobre la existencia de una cesión de trabajadores corresponde, conforme al artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, a este orden jurisdiccional y no al contencioso-administrativo, por lo que la sentencia que se

aporta sólo ha decidido sobre la imposición de una sanción administrativa. STS 17 Ene. 2002.

## **5. CESIONES A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

El art. 8.d) prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición que tengan como objeto la cesión de trabajadores a otras E.T.T. Valoración positiva merece la inclusión de este apartado si se piensa lo difícil que puede resultar delimitar quién es el verdadero empresario, y por consiguiente quién ostenta la responsabilidad empresarial, frente al trabajador temporal en los supuestos de encadenamiento de contratos de puesta a disposición, aplicando a este tipo de supuestos la terminología empleada por la doctrina en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas.

Tampoco se ha previsto una sanción específica para la vulneración de este precepto. Considero aquí trasladable lo expresado en el apartado anterior, siendo reconducible esta infracción a los genéricos arts. 19.2. c y 20.2.b.

Alcance de la expresión «empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas.

Incurre en cesión ilegal la Empresa de Trabajo Temporal que empezó a actuar poniendo a disposición trabajadores cuando había solicitado la autorización administrativa para operar pero no la había recibido todavía.

Es incuestionable que en este caso se pusieron por parte de la demandada a disposición de la empresa usuaria trabajadores, sin haber obtenido previamente la autorización administrativa para operar de esa manera en aquel espacio geográfico en concreto... la fecha de recepción que consta es... posterior a los hechos que motivaron el acta de infracción. STS 10 Jun. 2003.

Alcance de la expresión «en los términos que legalmente se establezcan».

Hay cesión ilegal de trabajadores únicamente cuando la cedente carece de la condición de ETT debidamente autorizada; y no cuando una ETT autorizada haya actuado ilegalmente, infringiendo el régimen del contrato de puesta a disposición contenido en los arts. 6 y 8 de la Ley 14/1994 de 1 de junio de Empresas de Trabajo Temporal. Se desprende de ello que cuando el contrato laboral temporal fue fraudulento, sólo responde de las consecuencias del despido la ETT, y no la empresa usuaria, al no aplicarse el art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Debe precisarse, de acuerdo con la recurrente, que la relación laboral fue entre la ETT y los actores, y que por tanto... al ser empresa usuaria, no cabe sea afectada... siéndole únicamente de aplicación el art. 16.3 [Ley 14/1994] que limita la responsabilidad de la empresa usuaria, en el caso de haber realizado el contrato de puesta a disposición infringiendo los arts. 6 y 8 de esta Ley -que es el supuesto de estos autos- a la responsabilidad solidaria con la empresa de trabajo temporal de las obligaciones salariales y de Seguridad Social. Es claro que de la acción de despido no se derivan obligaciones de tales clases. De otro lado, el art. 16.3 de la Ley 14/1994 es el precepto que específicamente regula el supuesto de incumplimientos en el contrato de puesta a disposición y sus consecuencias para la empresa usuaria, sin que pueda aplicarse el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual queda exclusivamente para los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal. STSJ Madrid 5 Jul. 1999.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores... analiza el supuesto de las contrataciones hechas con el fin de ceder temporalmente a los trabajadores a otra empresa, en la modalidad lícita se encuentra la efectuada por empresas de trabajo temporal con la debida autorización y en la modalidad ilícita, las restantes. STS 19 Jun. 2002.

En contra:

Hay cesión ilegal de mano de obra cuando un trabajador formalmente contratado por una empresa de trabajo temporal para atender un contrato de puesta a disposición concertado entre ésta y una empresa usuaria presta servicios a ésta que no son propios del contrato de puesta a disposición. Conclusión derivada de que la contratación de trabajadores para cederlos a una empresa (cesión de mano de obra) sólo puede efectuarse legalmente a empresas de trabajo temporal que estén debidamente autorizadas y en los términos legalmente establecidos (art. 43.1 ET). Términos que sólo amparan la cesión en los casos en que entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria medie un contrato de puesta a disposición, que es el que legitima la cesión del trabajador. Contrato, éste, sujeto a serias limitaciones (arts. 6.2 y 8 ET). STSJ País Vasco 27 Abr. 1999.

La solución que a estos supuestos han venido dando algunos TSJ, en estricta y literal aplicación de lo dispuesto en el art. 16.3 Ley 14/1994, ha sido la de marginar de las consecuencias del despido a la empresa usuaria, entendiendo que esta Ley impide la aplicación de la normativa general... Sin embargo, esta Sala va a discrepar de esas conclusiones. Efectivamente, la limitación de responsabilidad a que se refiere el citado art. 16.3 debe interpretarse como aplicable exclusivamente a aquellos supuestos en que la puesta a disposición responde a una causa cierta y legal, pero no



cuando, sin connivencia o con ella, la empresa usuaria utiliza la intermediación, no como medio de obtener un trabajador por necesidades coyunturales, sino como una manera de eludir las consecuencias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 43... Por ello, la única conclusión razonable, a juicio de esta Sala, es la de, tras la declaración de improcedencia del despido, condenar a ambas empresas solidariamente, a las obligaciones derivadas de la misma. STSJ Comunidad Valenciana 10 Jun. 1999.

Hay cesión ilegal de trabajadores cuando una ETT pone a disposición de una empresa usuaria un trabajador que anteriormente ya había prestado servicios en la misma usuaria a través de una falsa contratista, sin solución de continuidad.

El contrato de puesta a disposición entre la usuaria y la ETT es un eslabón más en la cadena de prestación de servicios entre la usuaria y el actor que ya... se había iniciado antes, manteniéndose las mismas circunstancias en su ejecución, por lo que la codemandada ETT sucede a la anterior y la usuaria se mantiene en la infracción, por fraude en la contratación por cesión ilegal, desde el inicio, y la consideración de trabajador fijo desde aquella contratación por el actor respecto de la principal, no puede ser novada por vulnerarse, con ello, lo prevenido en el art. 3.5 y 15 del ET, mediante la contratación al amparo formal de puesta a disposición de la usuaria. El hecho de que la codemandada ETT cumpla con la formalidad exigible a tales empresas, no impide que quede sometida su contratación al régimen general de la contratación temporal. STSJ Cantabria 3 Mar. 2005.

## **6. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL EN EL SUPUESTO DE CESIÓN ILEGAL**

Integra un supuesto de cesión ilegal ex artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, toda prestación de servicios al amparo de un contrato de puesta a disposición que tenga carácter permanente o que se realice para cubrir necesidades permanentes de mano de obra en la empresa usuaria, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se revela como manifiestamente fraudulento y ejecutado en fraude de Ley ex artículo 6.4 del Código Civil.

Las responsabilidades previstas en el artículo 43 ET para los casos de cesión ilegal son:

a) Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado por la ley, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

b) Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

La doctrina unificada del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, viene entendiendo que si bien algunos

supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la Empresa de Trabajo Temporal, lo cierto es que:

a) No se pueden limitar las obligaciones de la Empresa de Trabajo Temporal - en este aspecto- a que el contrato de puesta a disposición obedezca formalmente a causa legal justificativa, pues ello invitaría a reducir la diligencia de la Empresa de Trabajo Temporal en orden al cumplimiento de las previsiones legales establecidas, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador.

b) La defensa de los intereses del trabajador ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 de noviembre de 1990 (Recurso número 645/1990), 30 de junio de 1993 (Recurso número 720/1992), 26 de enero de 1998 (Recurso número 2365/1997), 21 de diciembre de 2000 (Recurso número 4383/1999), 26 de septiembre de 2001 (Recurso número 558/2001), 23 de enero de 2002 (Recurso número 1759/2001) y 4 de abril de 2002 (Recurso número 3045/2001).

c) Aún en los supuestos de ausencia de connivencia entre la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria-cliente en la utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición efectuado para atender necesidades permanentes de mano de obra o supuestos legalmente excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad se circunscribe al ámbito laboral y es una responsabilidad solidaria de la empresa usuaria -e infractora- respecto de las obligaciones de la Empresa de Trabajo Temporal (artículo 12 de la LETT).

d) Alguna otra garantía -también laboral- correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la Empresa de Trabajo Temporal en el caso de que el

contrato de puesta a disposición resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria, como es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión (Entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de septiembre de 1986, 17 de enero de 1991 -Recurso número 2858/1989- y 8 de julio de 2003 -Recurso número 2885/2002-), en manera alguna excluye la reclamación que la Empresa de Trabajo Temporal puede efectuar frente a la empresa usuaria y culpable del incumplimiento, cuyas relaciones se rigen por la legislación civil y mercantil, conforme a la Disposición Adicional Primera de la LETT.

## **7. ASPECTOS PROCESALES DE LA CESIÓN DE TRABAJADORES**

No supone acumulación de acciones plantear la existencia de cesión ilegal en un pleito por despido, pues para resolver sobre el despido es preciso establecer previamente qué empresa o empresas son responsables del mismo.

Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el trabajador 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. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal. Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las

consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio. STS 8 Jul. 2003.

La cuestión relativa a cesión ilegal a efectos de determinar la verdadera empresa empleadora ha de examinarse en el pleito seguido por despido, sin que ello equivalga al ejercicio de una acción acumulada y sin que, por consiguiente, pueda apreciarse cosa juzgada ni litispendencia ante un eventual ejercicio de acción impugnatoria de la cesión ilegal. STSJ Canarias, Las Palmas 10 Nov. 2005.

Siendo el presente un procedimiento seguido por despido, la cuestión relativa a la existencia de cesión ilegal de trabajadores es ajena completamente a las materias que han de ser discutidas en los procedimientos de esta clase, siendo inacumulable dicha acción a la de despido, pues el ejercicio de la acción de cesión ilegal requiere necesariamente que la relación laboral esté viva, por lo cual esta Sala no puede entrar en el conocimiento y fallo de la misma. Cuestión distinta es que la acción de despido se ejercite frente a quienes se estiman como obligados solidarios, lo que en todo caso exige resolver si una eventual situación de cesión ilegal de trabajadores puede llevar a que en el fallo de la sentencia sean condenadas solidariamente las empresas cedente y cesionaria a optar entre readmitir o indemnizar al trabajador y al pago de los salarios de tramitación. Se trata, en definitiva, de una cuestión previa que ni siquiera tiene la condición de cuestión prejudicial atribuida a otro orden jurisdiccional. STSJ Canarias, Las Palmas 7 Mar. 2005.

## **XIX. EL CRITERIO TÉCNICO 95/2015 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

La contratación temporal representa aproximadamente el 90% del total de los contratos que se celebran en España, lo que justifica la intervención de la Inspección de trabajo y Seguridad Social. Veamos un extracto del último criterio técnico que ha emitido en la materia.

En el desarrollo de este Criterio Técnico se abordan los siguientes contenidos:

- Contrato de obra o servicio determinado.
- Contrato eventual por circunstancias de la producción.
- Contrato de interinidad.
- Reglas comunes a los tres contratos citados.
- Transformación de contratos temporales en indefinidos.
- Irregularidades administrativas más frecuentes.
- Contrato de relevo.
- Contrato eventual primer empleo.
- Contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad.
- Medidas derivadas de la actuación inspectora.

Primero: contrato para la realización de una obra o servicio determinados

Normativa aplicable

- Artículo 15.1.a) Estatuto de los Trabajadores.
- Artículo 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

Regulación en los convenios colectivos.

### Concepto y objeto

Es un contrato para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

### Requisitos de validez

Son los siguientes (TS 4-10-2007):

1. Que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.
2. Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.
3. Que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto.
4. Que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de la obra o el servicio, y no en tareas distintas.
5. Que su duración no supere los 3 años (o hasta 12 meses si se ha fijado convencionalmente), en cuyo caso se trasformaría en un contrato indefinido.

Han de concurrir conjuntamente todos esos requisitos para que la contratación se considere ajustada a derecho (TS 21-1-2009).

El ámbito de este contrato es muy extenso y abarca un conjunto ilimitado de actividades, y las obras o servicios no tienen que ser necesariamente independientes de la actividad normal de la empresa; basta que, dentro de ella aparezcan individualizados, concretados, con autonomía y sustantividad propia.

Mientras que por "obra" cabe entender una actividad que se materializa en cualquier tipo de producción, el concepto de "servicio" viene referido a una actividad meramente prestacional (a la acción y efecto de servir, a la función o prestación).

El trabajador debe estar ocupado en la ejecución de la obra o el servicio contratado y sólo excepcionalmente podrá realizar tareas ajenas a esa actividad (TS 11-11-11; TSJ Cataluña 14-1-14; TSJ Galicia 3-11-11 y 11-7-13), y el uso de este contrato para la realización de actividades ordinarias, continuadas y permanentes de la empresa constituye un fraude de ley que conlleva la consideración del contrato como indefinido (TS 7-7-97; TSJ Madrid 14-5-09).

#### Delimitación y concreción de la obra o del servicio

Los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

#### Formalidades

Es preceptiva:

1. Forma escrita.
2. Suficiente identificación de la obra o el servicio, identificables de manera objetiva.

La ausencia de tales requisitos supondrá que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal del trabajo.

#### Duración



Está en función de la duración de la obra o servicio contratados, y es plazo de cumplimiento cierto, aunque de terminación indeterminada, que implicará la extinción del contrato (salvo que no se denuncia su finalización y el trabajador continúe prestando servicios).

Conforme indica la jurisprudencia, la fijación de un término en el contrato no implica necesariamente un fraude, pudiendo entenderse a efectos orientativos.

Los contratos celebrados a partir del 18 de junio de 2010 no podrán tener una duración superior a 3 años (ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior). Este límite máximo no es aplicable a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

#### Contrato fijo de obra en el sector de construcción

El contrato fijo de obra es una adaptación (vía negociación colectiva) del contrato de obra o servicio para el sector de la construcción y debe ser considerado como un único contrato de trabajo.

Permite que el trabajador preste servicios para una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia, siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros. Se trata de un único contrato en el que se va modificando el lugar en el que se prestan los servicios, cuya duración máxima es de

tres años, "... salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término".

### Contratas

Siendo muy frecuente la externalización de actividades en las empresas, la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la validez del contrato de obra o servicio cuando la causa temporal se justifica en la concertación de una contrata de la empresa principal con una empresa contratista.

Lo importante es que exista una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, conocida por las partes en el momento de contratar (TS 2-7-2009; TSJ Principado de Asturias 21-2-2014). Y se estima que tienen sustantividad propia todas las contratas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización o cumplimiento del servicio objeto del contrato, y los contratos de obra o servicio determinado tienen en esos casos la misma duración que la campaña o servicio.

Si durante la vigencia de la contrata se produce un descenso notable de la actividad, sin que la contrata desaparezca totalmente, la extinción de los contratos temporales debe producirse por la vía de despido objetivo por causas productivas (TSJ Madrid 15-4-2011).

### Actividades de campaña o temporada

La jurisprudencia (TS 27-9-2011) llega a la conclusión de que la contratación adecuada para cubrir las necesidades anuales derivadas de las campañas de

prevención y extinción de los incendios forestales es el contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo.

Esta doctrina es extensible a todos aquellos supuestos en que la contratación responde a las necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora y, en consecuencia, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos, como son las de recogidas de cítricos (TS 14-3-2003, 19-1-2010, 22-2-2011, 22-9-2011, 30-4-2012 y 30-5-2007).

Algunos convenios colectivos incurren en ilegalidad cuando identifican como obra o servicio determinado situaciones que realmente no gozan de tal naturaleza, incurriendo en una infracción de la norma de derecho necesario, toda vez que impiden la utilización o aplicación de la correcta modalidad contractual (en el presente caso el contrato de fijo discontinuo).

Por otro lado, la contratación de trabajadores a través de ETTs para ser destinados por las empresas usuarias en actividades de campaña o temporada, constituye fraude de ley, toda vez que se pretende evitar el carácter de fijos discontinuos de los trabajadores afectados.

Finalmente, la necesidad normal y permanente de una entidad no puede cubrirse a través del contrato eventual ni mediante contratos de obra o servicio determinados.

#### Dotación presupuestaria

No implica temporalidad el que la obra o servicio a realizar dependa de una dotación presupuestaria ajena a la empleadora, ni del carácter temporal de un

Proyecto, pues son factores externos a las características del trabajo. En estos casos es preciso atender a la naturaleza permanente o no del servicio, que no puede confundirse con la temporalidad de las subvenciones. Y ello es aplicable tanto a las Administraciones públicas como a las fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro.

### Extinción

El contrato se extinguirá cuando se termine efectivamente la obra o servicio contratados, previa denuncia o comunicación de la empresa, verbal o escrita, siempre que se acredite su recepción por el trabajador. Si el contrato no se denuncia y continúa ejecutándose la prestación de trabajo, se entenderá prorrogado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario sobre la naturaleza temporal del trabajo.

En los contratos de duración superior a 1 año, la denuncia deberá hacerse con 15 días de preaviso, que si se incumple deberá indemnizarse con el salario correspondiente.

Segundo: contrato eventual por circunstancias de la producción

### Normativa aplicable

- Artículo 15.1.b) Estatuto de los Trabajadores.
- Artículo 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.
- Regulación en los convenios colectivos.

### Concepto y objeto

Este contrato procede cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exijan, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

Su validez está en la necesidad de incorporar trabajadores temporales por exceso de actividad productiva en momentos determinados o por déficit transitorio de plantilla. Y tal incremento de actividad ha de reunir unos requisitos:

- Ser imprevisible. Queda fuera de cualquier ciclo regular, y es lo que lo distingue de los trabajos discontinuos, se repitan en fechas ciertas o no.
- El aumento supera la actividad de la plantilla habitual.
- El incremento es temporal, por lo que no procede en casos de crecimientos sostenidos de la empresa.

Lo que caracteriza a la "acumulación de tareas" es la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone. Y ello se produce:

- Cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar.
- Cuando se mantiene dentro de los límites de la normalidad el trabajo, pero por diversas causas se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo.

Por ello, no es preciso que la actividad que vaya a desarrollar el trabajador eventual sea extra-ordinaria o anómala dentro de la que lleva a cabo la empresa. Pero si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida (TS 15-1-2009).

Para marcar la frontera entre la necesidad contingente y la permanente, el legislador acude a un factor objetivo, como es el tiempo en que persisten esas circunstancias. Y el aumento de actividad que justifica esta contratación debe ser circunstancial y no cíclico o repetirse periódicamente, pues en tal caso procedería un contrato para trabajos fijos discontinuos (TS 5-7-1999).

### Duración

El contrato eventual debe sujetarse a dos límites:

- La duración máxima.
- El período de referencia.

### La duración máxima

Es de 6 meses, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial podrá modificarse hasta las tres cuartas partes del período de referencia, con un máximo de 12 meses.

El contrato puede concertarse con un término cierto, vincular su duración a la subsistencia de las circunstancias, o ambos.

### El período de referencia

La duración máxima debe ser dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas, si bien podrá modificarse por convenio colectivo sectorial hasta 18 meses.

No se pueden celebrar sucesivamente contratos eventuales basados en la misma causa, pero sí distinta, abriéndose un nuevo período de referencia.

### Prórrogas

Cabe la prórroga si el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencional, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que su duración total pueda exceder de dicha duración máxima.

### Formalidades

Es preceptiva:

1. Forma escrita (se admite la verbal si no supera las 4 semanas).
2. Precisión y claridad en la concreción de las causas.

Las causas concretas que describe la norma son: las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas y el exceso de pedidos. Pero lo importante no es tanto la mención a ellas como la identificación por escrito, con precisión y claridad, de la causa o circunstancia que justifique el contrato y la determinación de su duración, pudiendo aplicarse en otro caso la teoría del fraude de ley.

Ahora bien, la no consignación de la causa en el contrato con la claridad y precisión suficiente no implica que automáticamente tenga duración indefinida, pues puede tratarse de un incumplimiento formal, sancionable administrativamente.

### Extinción

Este contrato se extinguirá cuando llegue el plazo pactado, previa denuncia o comunicación de la empresa. Si no se denuncia y continúa ejecutándose el trabajo, se

entenderá prorrogado tácitamente hasta su plazo máximo, y si éste ya ha transcurrido, se entenderá prorrogado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal del trabajo.

El anticipo o el retraso respecto a la fecha, constituiría despido (TS 4-2-1999).

Tercero: contrato de interinidad

Normativa aplicable

- Artículo 15.1.c) Estatuto de los Trabajadores.
- Artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.
- Regulación en los convenios colectivos.

Concepto y objeto

Procede cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

El objeto del contrato es la cobertura de vacantes transitorias en una empresa, admitiéndose:

1. Por la ausencia temporal de un trabajador con derecho a reserva de su puesto de trabajo.
2. Durante la selección o promoción de un trabajador para la cobertura ordinaria de un puesto.



## Supuestos

Pueden ser muy variados:

- Suspensiones del contrato de trabajo (incapacidad temporal, maternidad, riesgo por embarazo, privación de libertad, suspensión disciplinaria, etc.), en los que está garantizada legalmente la reserva del puesto. Se puntualiza que, aunque no se denominen expresamente "contratos de interinidad", también lo son los regulados en la D.T. 6ª LGSS, que regula el programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo.

- Excedencias forzosas por cargo público o por funciones sindicales; para cuidado de hijos o familiares necesitados de asistencia; en las excedencias voluntarias cuando la reserva se pacte individual o colectivamente.

Se admite que el trabajador interino no realice las mismas funciones que el sustituido. Y tampoco supone desnaturalización del vínculo que el trabajador interino realice una jornada distinta a la del trabajador sustituido (TSJ País Vasco 8-2-2000).

## Formalidades

Es preceptiva:

1. Forma escrita.

2. Expresar la causa de la sustitución y, si se trata de sustitución de un trabajador ausente con derecho a reserva del puesto, debe identificarse el trabajador sustituido y si las funciones asignadas al sustituto son las mismas o no; si se trata de interinidad para cubrir una vacante durante un proceso de selección de personal, debe identificarse el puesto vacante.

La ausencia de alguno de esos requisitos supondrá que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario sobre la naturaleza temporal del trabajo contratado (La jurisprudencia ha afirmado reiteradamente el valor ad solemnitatem de la especificación del nombre del sustituido y la causa de sustitución, TS 19-9-2000).

### Jornada

Sólo podrá realizarse a tiempo parcial en dos supuestos:

- Cuando el puesto ocupado transitoriamente tenga ese carácter.
- Cuando la sustitución se haga respecto de un trabajador que ha reducido su jornada para atender a hijo prematuro o cuidado de menor o discapacitado, porque disfruta el permiso por maternidad a tiempo parcial, o porque se acoge a lo establecido legal o convencionalmente.

### Duración y extinción

La duración del contrato de interinidad por sustitución será la de la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva de su puesto, y se extinguirá cuando éste se reincorpore, cuando venza el plazo sin que se reincorpore o cuando se extinga la causa de la reserva del puesto.

El contrato de interinidad se convierte en indefinido cuando, agotada la causa de sustitución, reincorporado o no el trabajador sustituido, el trabajador sustituto continuara prestando sus servicios, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

La duración del contrato de interinidad por vacante en procesos de selección de personal será el tiempo que dure ese proceso, con un máximo de 3 meses.

Cuarto: reglas comunes a los contratos temporales

Normativa aplicable

- Artículo 15 Estatuto de los Trabajadores.
- Artículos 5 a 10 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.
- Regulación en los convenios colectivos.

Forma escrita

Todos los contratos de duración determinada deben concertarse por escrito, salvo los eventuales a jornada completa cuya duración sea inferior a 4 semanas. En otro caso, se presumirán concertados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario sobre la naturaleza temporal y el carácter a tiempo parcial del trabajo contratado.

Se considera que a la omisión de la forma escrita se equipara la no especificación expresa de la duración del contrato o la circunstancia que la determine.

Modelo oficial

No se exige su formalización en modelo oficial, pero el SEPE ofrece modelos en su página web.

## Comunicaciones a los Servicios Públicos de Empleo

Las empresas están obligadas a comunicar a la Oficina de Empleo la celebración de los contratos de trabajo, mediante entrega de la copia del contrato, así como las prórrogas que se pacten, en el plazo de 10 días desde su realización (o su remisión telemática, aplicación "Contrat@").

## Notificación a los representantes de los trabajadores

La empresa está obligada a entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica de los contratos que deban celebrarse por escrito en el plazo de 10 días desde su celebración; copia que será firmada por aquéllos y enviada a la Oficina de Empleo.

Del mismo modo, la empresa también está obligada a notificarles los contratos temporales que no hayan de consignarse por escrito, las prórrogas y denuncias de extinción de los contratos, en los 10 días siguientes a su realización.

El incumplimiento de estos requisitos formales no implica la presunción legal de fijeza.

## Período de prueba

En los contratos de trabajo de duración determinada cuya duración no sea superior a 6 meses, el período de prueba no puede exceder de 1 mes, salvo que por convenio colectivo se disponga otra cosa.

## Extinción de los contratos temporales

Llegado el plazo o término pactado el contrato se extinguirá, previa comunicación o denuncia del empresario, que deberá producirse con 15 días de antelación en los contratos de duración superior a 1 año, salvo en el de interinidad, en el que se estará a lo pactado.

El incumplimiento del plazo de preaviso se compensa con una indemnización equivalente a los días de salario correspondientes.

## Prórrogas legales tácitas

Si llegado el momento de terminación de los contratos temporales no se produce denuncia y el trabajador continúa prestando servicios, se entenderán prorrogados tácitamente hasta su duración máxima si la tiene o por tiempo indefinido en otro caso, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal del trabajo.

## Indemnización por fin del contrato

La extinción de los contratos temporales, excepto el de interinidad, genera en favor del trabajador el derecho a una indemnización, que a partir de 2014 es de 11 días de salario por año de servicio (D.T. 13ª ET).

## Quinto: transformación de contratos temporales en indefinidos

Los contratos temporales pueden transformarse en indefinidos, de forma voluntaria o forzosa.

## Transformaciones forzosas

Hay seis supuestos previstos legalmente en que se impone la conversión del contrato temporal en indefinido (en los tres primeros casos se admite prueba en contrario):

1. No dar de alta al trabajador en la Seguridad Social o retrasarla en exceso.
2. No formalizar por escrito del contrato temporal o identificación insuficiente de la causa de temporalidad.
3. Prestar servicios tras el término del contrato sin que medie denuncia previa.
4. Fraude de ley en la contratación temporal.

La jurisprudencia aplica al orden laboral el concepto de fraude del artículo 6.4 del Código Civil, que presupone "una conducta con apariencia de licitud que posibilita, al amparo de una norma vigente, obtener un resultado o beneficio, no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió. No se exige prueba de intencionalidad fraudulenta, siendo suficiente con que los datos objetivos revelen el resultado prohibido o contrario a la norma (TS 22-6-1993, 21-3-2002), y ha de ser acreditado por quien lo alegue.

Los tribunales han rechazado la existencia de fraude de ley en caso de meras irregularidades formales (TS 17-12-1984), elección errónea de la modalidad contractual (TS 19-5-2009) o utilización ocasional del trabajador en tareas diferentes a las propias de la modalidad elegida que no desvirtúan el contrato (TS 16-2-2009).

5. Sucesión de dos más contratos temporales cuando, en un período de 30 meses, el trabajador hubiera estado contratado más de 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo y con la misma empresa o

grupo de empresas mediante dos o más contratos temporales, directamente o a través de su puesta a disposición por ETTs.

Se exceptúan determinados contratos temporales (formativos, de relevo, interinidad, de programas públicos de empleo-formación, de empresas de inserción, etc.).

6. Superar el plazo máximo de duración de los contratos para obra o servicio determinado.

#### Sexto. Irregularidades administrativas más frecuentes

Las irregularidades más frecuentes en la concertación de los contratos de trabajo temporales son:

- a. Falta o defectos en la consignación de la causa justificadora de la temporalidad.
- b. No concurrencia de las causas legitimadoras.
- c. Superación del tiempo máximo de duración.
- d. Incumplimientos formales.
- e. Encadenamiento de contratos.

Es práctica no infrecuente que se sucedan contratos, uno tras otro, y puede suceder que las modalidades empleadas sean distintas. El encadenamiento o sucesión de contratos puede analizarse desde tres perspectivas:

- La persona del trabajador (la misma empresa concierta repetidos contratos temporales con el mismo trabajador).

- El puesto de trabajo (cubierto con contratos temporales, por el mismo o distintos trabajadores).

- Las interrupciones en la sucesión de los contratos.

En el caso de que sea el mismo trabajador el sucesivamente contratado, bajo una misma modalidad, sobre todo si está sujeta a límite temporal, como es el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, es muy demostrable la ilegalidad cometida.

Pero la misma evidencia de ilegalidad se produce cuando la empresa tras una finalización del contrato temporal procede a la contratación de otro trabajador distinto para cubrir el mismo puesto de trabajo.

En supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente (TS 8-3-2007). Pero si entre contrato y contrato hay interrupciones, se suele adoptar el criterio para medir la relevancia del ilícito en si ha transcurrido o no el plazo de caducidad por despido de 20 días hábiles entre contrato y contrato (TS 17-12-2007, TSJ Principado de Asturias 1-6-2012).

Séptimo: contrato de relevo

Normativa aplicable

- Art. 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores.
- RD 1132/2002, de 31 de Octubre (BOE de 27 de Noviembre).
- Ley 43/2006, de 29 de Diciembre (BOE del 30)
- Artículo 166 Ley General de Seguridad Social.



## Concepto y objeto

Es un contrato que se celebra con un trabajador en situación de desempleo inscrito en la oficina de Empleo, o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por otro que se jubila parcialmente antes de haber cumplido la edad de jubilación. El trabajador que accede a la jubilación parcial reconvierte su contrato en un contrato a tiempo parcial.

## Duración

Lo normal es que el contrato de relevo se celebre por tiempo determinado, aun cuando puede concertarse por tiempo indefinido.

Si al cumplir la edad de jubilación, el jubilado parcial continúa en la empresa, el contrato de relevo puede prorrogarse por periodos anuales, y se extinguirá al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

Cuando se reduzca la jornada hasta un 75% y el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, éste deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar 2 años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

Según el criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la jornada del jubilado parcialmente no podrá acumularse por periodos supra anuales (Nota Informativa de esta Dirección General 9-4-2014). Criterio mantenido también

por el TSJ Madrid en sus sentencias 14-1-2014, 24-6-2011 y 28-1-2008, así como por el TSJ Aragón en sentencia 21-11-2007.

### Requisitos

Se han de cumplir unos requisitos que están sujetos a reglas de derecho transitorio, por lo que hay que estar a lo dispuesto para cada año, siendo en 2014:

#### 1) El jubilado parcial debe:

- Haber cumplido la edad de 60 años (mutualista), o 61 años y 2 meses con 33 años y 6 ó más meses cotizados o 61 y 4 meses con 33 años cotizados (no mutualista).

- Acreditar una antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.

- Reducir su jornada de trabajo entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%, o del 75% si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido.

- Acreditar un periodo previo de cotización de 33 años de cotizaciones efectivas, sin tenerse en cuenta la parte proporcional de pagas extras (25 años en el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33%).

2) En los supuestos en que el puesto de trabajo del jubilado parcial no pueda ser el mismo o similar que el del trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos: la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% de la del jubilado parcial.

3) Durante la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa, si bien esto de aplicará gradualmente, de forma que durante 2014, la base de cotización el 55% de la que hubiera correspondido a jornada completa, y por cada año transcurrido a partir de ahí se incrementará un 5% más hasta alcanzar el 100%.

#### Formalidades

El contrato de relevo deberá formalizarse por escrito y en modelo oficial, con constancia específica del nombre, la edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, así como las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista.

#### Obligaciones de la empresa

Son las siguientes:

1) Si durante la vigencia del contrato de relevo se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo, en el plazo de 15 días, por otro trabajador (TSJ Cataluña 27-1-2010), siendo ese un plazo taxativo e imperativo y que no admite interrupción (TSJ País Vasco 15-11-2005). Su incumplimiento únicamente puede justificarse si tras una actuación diligente no es posible la contratación (TSJ Cataluña 14-12-2004).

2) Si se incumple el contrato de relevo, no procede la pensión de jubilación parcial, debiendo reintegrarse lo percibido (TS 10-10-2011).

3) Si el trabajador jubilado parcial fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad de jubilación ordinaria y no se procediera a su readmisión, la empresa

deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo (en 15 días) y si no acepta, deberá contratar a otro trabajador.

4) La sustitución del relevista en caso de reducción de jornada por cuidado de un menor no es exigible a la empresa, al no producirse en ese caso un cese en la relación laboral (TS 23-6-2011).

5) En el caso de incumplimiento de las obligaciones anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe de la prestación de jubilación parcial desde la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial accede a la jubilación ordinaria o anticipada.

Octavo: contrato eventual primer empleo (ley 11/2013, de 26 de julio)

Para incentivar la contratación juvenil, se regula este contrato de primer empleo joven, que se rige por las previsiones de un contrato temporal eventual (artículo 15.1.b ET) con peculiaridades.

Causa

Es la adquisición de una primera experiencia profesional.

Trabajadores

Deben ser:

- Menores 30 años.
- No tener experiencia laboral, o que sea inferior a 3 meses.

#### Duración

- Mínima 3 meses.
- Máxima 6 meses, salvo dispuesto en convenio colectivo (máximo 12 meses).

#### Jornada

- Tiempo completo
- Si a tiempo parcial: mínimo de un 75% de un trabajador a tiempo completo comparable.

#### Prohibición y requisitos para las empresas

No deben haber extinguido improcedentemente en los 6 meses anteriores a la contratación para el mismo grupo profesional y centro de trabajo.

Deben mantener nivel de empleo 12 meses, salvo despido objetivo o disciplinario declarado o reconocido procedente; dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez del trabajador; expiración tiempo convenido o realización obra o servicio objeto del contrato; resolución durante el período de prueba.

Noveno: contrato temporal de fomento de empleo de personas con discapacidad

#### Normativa aplicable

- Disposición Adicional 1a Ley 43/2006, de 29 de Diciembre (BOE del 30).
- Real Decreto 1451/83 de 11 de Mayo (BOE de 4 de Junio).

### Requisitos de los trabajadores

Han de ser desempleados inscritos en el Servicio Público de Empleo o en una agencia de colocación, y:

- Trabajadores con un grado de discapacidad igual o superior al 33%.
- Pensionistas de la SS con una pensión reconocida de Incapacidad Permanente total, absoluta o gran invalidez.
- Pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

### Requisitos de las empresas

- No haber extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo, en los 12 meses anteriores a la contratación.
- Estar al corriente en las obligaciones fiscales y de Seguridad Social.
- No estar excluida del acceso a programas de empleo por infracciones muy graves no prescritas.

### Duración

No inferior a 12 meses, ni superior a 3 años.

### Prórrogas

No inferiores a 12 meses, sin superar el plazo máximo de duración.

### Jornada

Completa o a tiempo parcial.

### Exclusiones del derecho a obtener bonificaciones

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejoría del crecimiento y el empleo, cuando se trate de contrataciones con trabajadores con discapacidad, sólo les serán de aplicación las exclusiones de la letra c), si el contrato previo hubiera sido por tiempo indefinido, y de la letra d) del apartado 1, así como la establecida en el apartado 2.

En todo caso, las exclusiones de las citadas letras c) y d) no se aplicarán si se trata de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral (es decir, personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% o personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%).

### Décimo: medidas derivadas de la actuación inspectora

En buena medida las actuaciones inspectoras son programadas, con lo que en la citación puede ya indicarse el motivo de la inspección y en la comparecencia ante el funcionario actuante la empresa puede ir ya informada y con una propuesta de regularización.

### Requerimiento

- De conversión del contrato temporal irregular en indefinido.
- De novación de la modalidad contractual elegida en la que resulte procedente.

El requerimiento deberá recoger los preceptos infringidos y el plazo de transformación, que deberá ser inmediato.

Acta de infracción

Aspectos formales:

- No formalizar el contrato por escrito.
- No comunicar la contratación al Servicio Público de Empleo.
- No entregar copia del contrato al trabajador.
- No entregar copia básica del contrato a los representantes legales de los trabajadores.
- No entregar al trabajador por el empresario del documento justificativo (fijeza al superarse la duración máxima en los contratos de obra o servicio determinado).
- No informar a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa.

Aspectos de fondo:

- No consignar causa, o falta de concreción precisa.
- Ausencia de causa o justificación temporal.
- Superación del plazo máximo.
- Reiteración de contratos temporales (remisión a la ausencia de causa).

## **XX. LIMITE LEGAL EN LA SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES**

El art. 15.5 ET articula un límite legal en el encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador en una misma empresa. Esta medida implica la



conversión a fijos de trabajadores que sumen 24 meses de contratos temporales en 30 meses en el mismo puesto de trabajo de una misma empresa, una vez cumplidos los requisitos del art. 15.5 ET. La superación de este límite legal temporal supone la conversión automática del trabajador en fijo.

La clave para que opere la conversión en fijo del trabajador temporal es el cumplimiento del supuesto de hecho del art. 15.5 ET con todos sus elementos. En síntesis, estos elementos son:

— Elemento subjetivo: los contratos temporales se suscriben con un mismo trabajador.

— Elemento contractual: una cadena de dos o más contratos temporales directos o de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal, con o sin solución de continuidad, sin contabilizar los contratos formativos, de relevo e interinidad.

— Elemento objetivo: los contratos temporales encadenados son en la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo.

— Elemento temporal: esta cadena de contratos temporales supera un período de 24 meses en 30 meses o, lo que es lo mismo, 2 años en 2 años y medio. El elemento temporal es esencial porque su superación, en las condiciones descritas, implica la conversión a fijo del trabajador precario.

Es imprescindible que concurren todos estos elementos subjetivo, contractual, objetivo y temporal para aplicar el límite legal en el encadenamiento de contratos temporales y que el trabajador se convierta automáticamente en fijo.

## **XXI. LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DEL PERSONAL**

### **1. CONCEPTO**

Se denomina empresa de selección de personal aquella cuya actividad consiste en identificar y seleccionar los mejores candidatos para los procesos de selección abiertos en las empresas clientes.

Con anterioridad a la reforma laboral de 2010, operada primero por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores prohibía la existencia de Agencias de Colocación con fines lucrativos, permitiendo únicamente su autorización por los Servicios Públicos de Empleo en esas condiciones.

Aunque esa nueva redacción permitía la autorización por los Servicios Públicos de Empleo de agencias de colocación, públicas y privadas, con fines lucrativos, la entrada en vigor de este aspecto concreto de la reforma laboral quedaba condicionada a la entrada en vigor de la normativa de desarrollo que a estos efectos debía elaborar el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas (Disposiciones Finales 3ª y 4ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Desarrollo que tuvo lugar mediante el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, con efectos a partir del 1 de enero de 2011.

El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, eliminó con efectos a partir del 5 de julio de 2014 el citado apartado 2 del artículo 16 de la norma laboral común, del que desapareció cualquier referencia a las agencias de colocación, quedando así reguladas mediante su normativa específica.

## **2. LAS AGENCIAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN**

La solicitud de trabajadores para una actividad laboral puede realizarse por las empresas a través de estas Agencias.

### **Características**

Podrán ser creadas por personas físicas o jurídicas, que realicen actividades de intermediación laboral, bien colaborando con el Servicio Público de Empleo Estatal o el Servicio Público Autonómico correspondiente, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, pueden desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal.

### **Declaración responsable**

Las personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas de trabajo temporal, que deseen actuar como agencias de colocación deberán presentar con carácter previo una declaración responsable.

Tal declaración responsable se presentará ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en dos o más Comunidades Autónomas o utilizando

exclusivamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia pretenda desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad.

Las agencias de colocación podrán iniciar su actividad desde el día de la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones competentes.

La inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiera acompañado o incorporado a la declaración responsable, determinarán la imposibilidad de continuar con la actividad como agencia de colocación, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar.

#### Obligaciones de las agencias de colocación

En todo caso, sin perjuicio de las obligaciones específicas que se determinen reglamentariamente, las agencias de colocación deberán:

a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

b) Respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.

c) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de determinados colectivos, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo.

d) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.

e) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.

f) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad.

g) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

### **3. LOS SERVICIOS INTEGRADOS PARA EL EMPLEO**

Son actuaciones de carácter personalizado y sistemático que integran el proceso completo de acompañamiento del demandante de empleo en su búsqueda de trabajo.

Se efectúan por el Servicio Público de Empleo Estatal o por Entidades Asociadas que suscriban con este Organismo el correspondiente Convenio.

Las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos.

El convenio de colaboración deberá regular los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

La comunicación se realizará a los efectos de la adopción por parte de los servicios públicos de empleo de las medidas que, en su caso, procedan.

#### **4. LA SELECCIÓN POR COMPETENCIAS**

Es una técnica que los expertos en Recursos Humanos utilizan para seleccionar personal cuando su objetivo es encontrar profesionales que además de una formación y experiencia adecuadas posean unas competencias concretas predeterminadas por la empresa que ofrece el empleo.

La empresa estudia a sus mejores trabajadores de cada división o departamento, hace un listado de las competencias que poseen y éstas se convierten en estándar. De este modo, a la hora de seleccionar personal buscan perfiles similares a los de los profesionales que mejor funcionan en la compañía. Si el puesto es de nueva creación se toma como referencia el listado base y se añaden las competencias específicas que se requieran en cada caso.

A la hora de llevar a cabo la selección por competencias, el experto en Recursos Humanos utiliza como principal herramienta la "entrevista en profundidad". Hace preguntas basadas en situaciones reales, con el objetivo de saber cómo actuó el candidato en el pasado o cómo lo haría en el futuro. La finalidad de las preguntas es detectar las competencias que posee el candidato.

Cada puesto de trabajo requiere unas competencias diferentes pero, en general, las que más valora la empresa en los candidatos a un primer empleo son las ganas de trabajar, la capacidad de comunicación y de adaptación a la filosofía de la empresa, la capacidad de aprendizaje y de trabajo en equipo, la orientación al cliente, la empatía y la flexibilidad para adaptarse a los cambios.

En puestos que requieran experiencia se valora además la iniciativa, la creatividad, la capacidad de gestión, el liderazgo, la capacidad de negociación, la anticipación a los cambios y el control de las emociones.

## **5. EL OUTPLACEMENT**

Es un servicio prestado por un consultor, dirigido a orientar a las empresas en la gestión de sus planes de reestructuración y a facilitar la reorientación laboral de los profesionales que, como consecuencia de la decisión empresarial de reducir la plantilla, van a quedarse sin empleo.

Estas ayudas a la recolocación, se ha ido implantando, poco a poco, en España, revelándose como una de las fórmulas más eficaces para ofrecer alternativas profesionales al personal afectado.

El «outplacement», puede ser tanto individual como colectivo, y se configura a todos los efectos, como un coste más que ha de asumir la compañía inmersa en un proceso de reestructuración o de negociación de un despido por causas no disciplinarias.

En general, los trabajadores vienen acogiendo muy bien estos programas que les ayudan a descubrirse a sí mismos, como profesionales y como personas y les permiten descubrir sus puntos fuertes, mejorar los débiles y enfrentarse a su nueva situación como un reto y con la actitud adecuada.

En general y gracias a esta técnica empresarial no sólo se reduce el tiempo de búsqueda, sino que mejora la calidad de la oferta a la que se puede acceder en el mercado de trabajo.

No obstante, lo anterior, no todos los profesionales acogen los programas de «outplacement» de la misma forma, aspecto que viene determinado por la capacidad de cada individuo para encajar una situación difícil como es un despido.

Aunque la técnica del «outplacement» supone un desembolso para el empresario, la inversión no tarda en rentabilizarse y gracias a ella, las empresas consiguen reducir de forma significativa el impacto social que representan los despidos, mejoran su imagen, obtienen estabilidad y paz social y mantienen la motivación y la productividad de las personas que permanecen en la organización empresarial.



## **XXII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias se presentó demanda de oficio, sobre impugnación de conflicto colectivo, al considerar que el convenio presentado infringía el artículo 87.1 del ET , de la demanda conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, y tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se: «resuelva la cuestión planteada, y se hiciera pronunciamiento sobre la legalidad del convenio colectivo".»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 2 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos íntegramente la demanda de oficio presentada por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias y, en consecuencia: PRIMERO: Declaramos que el convenio colectivo para la empresa "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada", presentado para registro el día 21 de octubre de 2015, no se ajusta a la legalidad vigente, por haber sido negociado por sujeto no legitimado para ello, no procediendo ni su registro ni su publicación. SEGUNDO: Condenamos a las demandadas "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada" y Dª. Piedad a estar y pasar por la anterior declaración, a los efectos oportunos.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- En un documento fechado el 11 de marzo de 2015 y suscrito por un total de 14 trabajadores de la empresa "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada" (de un total de 21 trabajadores referidos en dicho documento) se recoge que dichos trabajadores manifestaban, en relación con una comunicación notificada el 5 de marzo de 2015, relativa a la negociación de convenio colectivo de empresa que sustituiría al anterior convenio colectivo de aplicación que "haciendo uso de la facultad contemplada al respecto (...) al no existir en la referida Empresa representación legal de los trabajadores para la tramitación del presente procedimiento" atribuían su representación a D<sup>a</sup>. Piedad.

SEGUNDO.- EL 21 de octubre de 2015 tuvo entrada en el aplicativo informático de registro de convenios colectivos de la Comunidad Autónoma de Canarias solicitud de inscripción y depósito del convenio colectivo de empresa de la entidad "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada", indicándose que la comisión negociadora del mismo estaba integrada, por la parte social, por D<sup>a</sup>. Piedad.

TERCERO.- El 3 de noviembre de 2015 la Dirección General de Trabajo comprobó que en el programa de registro de elecciones a representantes de los trabajadores no figuraba ninguna acta electora a nombre de la empresa "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada".

CUARTO.- Solicitado informe a la inspección de trabajo, se emitió el mismo el 6 de noviembre de 2015 (recibido en la Consejería el 12 de noviembre), señalándose en él que, con respecto a las partes que concertaban el convenio, únicamente constaban dos firmas en cada una de las páginas, sin que se hiciera referencia alguna a la identidad de los firmantes, de modo que no estaba acreditada la identidad ni la legitimación para negociar de quienes firmaban. Aparte de lo anterior, hizo varias observaciones sobre el contenido del convenio colectivo que consideraba que infringía la normativa legal aplicable.

QUINTO.- El 4 de diciembre de 2015 la Dirección General de Trabajo acordó requerir al representante que había presentado el convenio colectivo para que en plazo

de 10 días subsanara las deficiencias detectadas en el convenio presentado, entre ellas que aportara acta de elección de delegados de personal si la hubiera, y que en caso contrario podría promover los acuerdos que precisen entre la representación empresarial y la de los trabajadores como acuerdo de empresa a través del mismo aplicativo REGCON.

SEXTO.- Se presentó el 15 de enero de 2016 el convenio colectivo con las correcciones normativas señaladas en el informe de la inspección de trabajo, pero sin presentarse acta alguna de elección de delegados de personal.

SÉPTIMO.- En "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada" no se han celebrado elecciones para delegados de personal o comité de empresa, no existiendo este tipo de representantes legales de los trabajadores.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D<sup>a</sup>. Piedad, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte personada, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm<sup>a</sup>. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias, se presenta comunicación de oficio frente a la entidad EMPLEA SELECCIÓN ETT, SL, y Doña. Piedad, impugnando el Convenio Colectivo presentado para registro, por entender que se ha suscrito por la parte social, por sujeto no legitimado para ser representante legal de los trabajadores, sino elegido "ad hoc", infringiendo lo dispuesto en el art. 87.1 del Estatuto de los Trabajadores .

SEGUNDO.- 1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede Santa Cruz de Tenerife- dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2016 (procedimiento 3/2016), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimamos íntegramente la demanda de oficio presentada por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias y, en consecuencia:

PRIMERO: Declaramos que el convenio colectivo para la empresa "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada", presentado para registro el día 21 de octubre de 2015, no se ajusta a la legalidad vigente, por no haber sido negociado por sujeto legitimado para ello, no procediendo ni su registro ni su publicación.

SEGUNDO: Condenamos a la demandadas "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal Sociedad Limitada y D<sup>a</sup> Piedad a estar y pasar por la anterior declaración, a los efectos oportunos".

La sentencia de instancia se refiere a la literalidad del art. 87.1 ET, y a la extensa doctrina jurisprudencial de esta Sala IV/TS, que minuciosa y extensamente reproduce para llegar a la conclusión de que en las empresas en las que no existen representantes unitarios de los trabajadores no es posible negociar un convenio de empresa o de rango inferior.

TERCERO.- 1.- Contra la referida sentencia, se interpone por la letrada Doña. Paula Luengo Reyes, en nombre y representación de Doña. Piedad, recurso de casación, articulando un motivo único de recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 207 E) de la LRJD, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, denunciando la infracción del art. 87.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 82.1 del mismo texto legal y

su conexión con el art. 37.1 de la Constitución Española y de la jurisprudencia de esta Sala IV/TS que cita en relación a la legitimación de las comisiones "ad hoc".

La cuestión litigiosa se centra y limita en determinar si quien negocia el Convenio Colectivo impugnado, tiene o no legitimación suficiente para negociar de acuerdo con lo dispuesto en el art. 87 ET.

2.- Alega la recurrente que ostenta la legitimación necesaria para negociar el convenio colectivo impugnado, con referencia a la últimas laborales operadas, y en concreto al Real Decreto Ley 10/2010 que no ha modificado el texto del art. 87.1 ET en el que apoya sustancialmente el recurso.

No se cuestiona el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del que en lo que aquí y ahora interesa resulta lo siguiente:

"(...) SEGUNDO.- EL 21 de octubre de 2015 tuvo entrada en el aplicativo informático de registro de convenios colectivos de la Comunidad Autónoma de Canarias solicitud de inscripción y depósito del convenio colectivo de empresa de la entidad "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada", indicándose que la comisión negociadora del mismo estaba integrada, por la parte social, por D<sup>a</sup>. Piedad.

TERCERO.- El 3 de noviembre de 2015 la Dirección General de Trabajo comprobó que en el programa de registro de elecciones a representantes de los trabajadores no figuraba ninguna acta electora a nombre de la empresa "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada".

CUARTO.- Solicitado informe a la inspección de trabajo, se emitió el mismo el 6 de noviembre de 2015 (recibido en la Consejería el 12 de noviembre), señalándose en él que, con respecto a las partes que concertaban el convenio, únicamente constaban dos firmas en cada una de las páginas, sin que se hiciera referencia alguna a la identidad de los firmantes, de modo que no estaba acreditada la identidad ni la legitimación para negociar de quienes firmaban. Aparte de lo anterior, hizo varias observaciones sobre el contenido del convenio colectivo que consideraba que infringía la normativa legal aplicable.

QUINTO.- El 4 de diciembre de 2015 la Dirección General de Trabajo acordó requerir al representante que había presentado el convenio colectivo para que en plazo de 10 días subsanara las deficiencias detectadas en el convenio presentado, entre ellas que aportara acta de elección de delegados de personal si la hubiera, y que en caso contrario podría promover los acuerdos que precisen entre la representación empresarial y la de los trabajadores como acuerdo de empresa a través del mismo aplicativo REGCON.

SEXTO.- Se presentó el 15 de enero de 2016 el convenio colectivo con las correcciones normativas señaladas en el informe de la inspección de trabajo, pero sin presentarse acta alguna de elección de delegados de personal.

SÉPTIMO.- En "Emplea Selección Empresa de Trabajo Temporal, Sociedad Limitada" no se han celebrado elecciones para delegados de personal o comité de empresa, no existiendo este tipo de representantes legales de los trabajadores".

Respecto a la legitimación para negociar convenios colectivos, la sentencia recurrida recoge la doctrina de esta Sala IV/TS, que ampliamente reproduce. No obstante ello, cabe resaltar la STS/IV de 18 de febrero de 2016 (rco. 93/2015) y las que

en ella se citan, recordadas asimismo por la de igual fecha (rco. 282/2014), en la que se señala:

"(...) debemos traer aquí los razonamientos contenidos al respecto en el fundamento jurídico quinto de la reciente sentencia de esta Sala de fecha 21 de diciembre de 2015 (recurso casación 6/2015), dictada también en impugnación de convenios colectivo promovida por la Autoridad Laboral, y en circunstancias similares a las del presente caso. Decíamos en el mencionado fundamento jurídico quinto de la señalada sentencia, que:

"1.- El recurso debe ser desestimado en aplicación de la consolidada jurisprudencia de esta Sala, por una parte, sobre la triple legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios, por otra, en cuanto al momento en que ha de existir y probarse la legitimación y, finalmente, respecto a la ineludible e insubsanable exigencia del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo.

2.- La doctrina científica y la jurisprudencia social (entre otras, SSTs/IV 20-junio-2006 -rco 189/2004 , 3-diciembre-2009 -rco 84/2008 , 1-marzo-2010 -rco 27/2009, 29-noviembre-2010 -rco 244/2009 , 24-junio-2014 -rco 225/2013 , 25-noviembre-2014 -rco 63/2014 , 20-mayo-2015 -rco 6/2014 , 15-junio-2015 -rco 214/2014 ) vienen distinguiendo, -- en base esencialmente en los arts. 6, 7 LOLS, 87, 88.1 y 89.3 ET --, una triple legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios. Así:

a) <<La capacidad para negociar, poder genérico para negociar o legitimación "inicial o simple" para negociar, la que da derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo estatutario a los representantes de los trabajadores o de los empresarios con la concreción derivada esencialmente del ámbito del convenio,

contemplada en el art. 87 ET en relación con los arts. 37.1 CE, 6 y 7.1 LOLS y 82 ET>>;

b) <<La legitimación propiamente dicha o legitimación "plena o interviniente o deliberante o complementaria", o derecho de los sujetos con capacidad convencional a intervenir en una concreta negociación colectiva, determinante en cada supuesto, -- en proporción a la representación real acreditada y proyectada en el ámbito del convenio (entre otras, SSTS/IV 19-noviembre-2010 -rco 63/2010 y 11-abril-2011 -rco 151/2010)-, de que la referida comisión negociadora esté válidamente constituida, establecida en el art. 88.1 y 2 ET ; y puesto que, como destaca la doctrina científica, se puede ser capaz para negociar y no estar legitimado para hacerlo en un supuesto singular, pero no al contrario, y dado que, en definitiva, conforme al art. 88.2 ET , tratándose de convenio colectivo supraempresarial la legitimación plena tan solo se alcanza a partir de la constitución válida de la comisión negociadora, esto es, "cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones ... representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso ..." >>; y

c) <<La legitimación "negociadora" o "decisoria" mediante la que se determina quién puede aprobar finalmente el convenio estatutario partiendo del grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia comisión negociadora, delimitada en el inmodificado en las sucesivas reformas normativas art. 89.3 ET ("Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones"); por lo que solamente alcanzarán eficacia acuerdos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones, interpretado jurisprudencialmente, en su caso, como voto proporcional o "mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa" (entre otras, SSTS/IV 23-noviembre-1993 -rco 1780/1991 , 17-enero- 2006 -rco 11/2005, 3-junio-2008 -rcud 3490/2006, 1-marzo-2010 -rco 27/2009 )>>.



3.- Con carácter general y en cuanto al momento en que ha de existir y probarse la legitimación, la jurisprudencia social ha establecido que <<"es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora (TS 23-11-1993, R 1780/1991, 9-3-1994, R 1535/1991, 25-5-1996, R 2005/1995 , 10-10-2006, R. 126/05 , y 23-11-2009, R. 47/09, entre otras)" ( SSTS/IV 3-diciembre-2009 -rco 84/2008, 21-enero-2010 -rco 21/2008, 1-marzo-2010 -rco 27/2009 , 19-julio-2012 -rco 190/2011, 24-junio-2014 -rco 225/2013) y "hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora" (STS/IV 23-noviembre-1993 -rco 1780/1991 , Pleno, con voto particular). Esta regla que se aplica a los distintos tipos de legitimación anteriormente referidos, pues, como se razonaba en la citada STS/IV 23-noviembre-1993 , <<Si el art. 89.3 ET exige para la aprobación del convenio "el voto favorable del 60% de cada una de las dos representaciones" es evidente que se está remitiendo a la configuración de esas representaciones al constituirse la comisión negociadora (art. 88.1.2º ET), la cual a su vez ha de tener en cuenta los niveles de representatividad existentes en el momento de iniciarse la negociación, pues es en ese momento en el que ha de fijarse la legitimación inicial del art. 87.2 ET , que otorga el derecho a participar en la negociación colectiva formando parte de la comisión negociadora (art. 87.5 ET). Es, por tanto, el nivel de representatividad existente en ese momento el que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de las representaciones previsto en el art. 89.3 ET. La aplicación del criterio contrario no sólo rompe la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria, por otra, sino que resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación. Desde esta perspectiva y no constando la fecha del inicio de las negociaciones hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora ...- En la misma línea interpretativa, y con relación a la específica problemática de si la variación de resultados posterior puede alterar la composición de las mesas negociadoras ya constituidas, la STS/IV 11-

diciembre-2012 (rco 229/2011) reitera que dicha cuestión está <<ya resuelta por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 25-junio-2006 (rec 126/05 ), 21-enero-2010 (rec 21/08 ) y 1-marzo-2010 (rec 27/09 ), en el sentido de que, el momento para determinar la legitimación va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora y no a otra posterior, pues si atendiese al resultado de posteriores elecciones-tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación>> (como recuerdan también, entre otras, las SSTS/IV 25-noviembre-2014 -rco 63/2014 , 20-mayo-2015 -rco 6/2014 y 15-junio-2015 -rco 214/2014 ).

4.- Con respecto al principio de la ineludible e insubsanable exigencia del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo, el mismo se proclama y aplica, entre otras, en las SSTS/IV 7-marzo-2012 (rco 37/2011 ), 20-mayo-2015 (rco 6/2014 ), 9-junio-2015 (rco 149/2014 ) y 10-junio-2015 (rco 175/2014 ). Fijándose, en esencia, como doctrina de esta Sala que:

a) Para que el convenio colectivo tenga la naturaleza estatutaria y el carácter de norma jurídica de afectación general ("obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia") tiene que haber sido negociado cumpliendo las exigencias contenidas sobre la negociación colectiva en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (arg. ex arts. 3.1.c y 82.3 ET; SSTS/IV 6-octubre-2009 -rcud 3012/2008 , 29-marzo-2010 -rco 37/2009 );

b) Ante el empresario los representantes de personal únicamente pueden ejercitar "la representación para la que fueron elegidos" (arg. ex art. 60.2 ET ), y si estaba circunscrita a un concreto centro de trabajo no es extensible, irradiable o ampliable al resto del colectivo de trabajadores de la empresa de distintos centros aunque carecieran de representación unitaria ( STS/IV 7-marzo-2012 -rco 37/2011).

c) El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo, -- y en su aplicación concreta a los comités de empresa y delegados de personal de la empresa --, exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo y que no afecta a la legitimación - que es una cuestión de orden público - el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo. Este principio ha sido aplicado a la negociación colectiva en las sentencias anteriormente citadas; pero también cabe deducirlo, por analogía de lo resuelto sobre legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo, por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en STS/IV 30-septiembre-2008 (rco 90/2007 ), declarando que la <<"regla general se asienta en el principio de correspondencia en virtud del cual, - y en su aplicación concreta a los comités de empresa y delegados de personal de la empresa - el ámbito de actuación del órgano de representación promovente del proceso de conflicto colectivo ha de corresponderse con el de afectación del conflicto mismo y, consecuentemente, con el ámbito de afectación de la sentencia que le ponga término. En el presente caso, el comité de empresa del centro de trabajo que promueve el conflicto carece de legitimación para postular válidamente en el proceso la cuestión que plantea, que afecta a los otros tres centros de trabajo ... Es decir lo que la repetida regla jurídica prohíbe es que la decisión judicial alcance a trabajadores no representados por el comité actuante; que el ámbito del conflicto se fraccione o quede reducido por la sola voluntad del órgano que lo promueve, ya que la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo" y, en definitiva, que "No afecta a la legitimación - que es una cuestión de orden público - el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria, pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el

efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo">>; o con relación a los legitimados para negociar durante el periodo de consultas en un despido colectivo, aplicando también el principio de correspondencia entre el órgano de representación que interviene en la negociación de empresa y el ámbito del personal afectado, afirmando que <<"en supuestos de procedimientos de despido colectivo, debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo">>(entre otras, STS/IV 25-noviembre-2013 -rco 87/2013).

5.- Finalmente, compartimos la conclusión sentada en la sentencia ahora impugnada en el sentido de que las legitimaciones inicial, deliberativa y plena o decisoria, exigidas por los arts. 87 , 88 y 89 ET, constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimiento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes; dado que la negociación colectiva comporta precisamente que todos los sujetos legitimados, por minoritarios e irrelevantes que sean, tienen derecho a participar en la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 CE, sin que quepa alcanzar acuerdos por la mayoría, si se ha impedido el acceso a la negociación a quienes correspondía negociar legalmente, puesto que, si se hiciera así, se vaciaría de contenido el principio de representatividad, anudado al de correspondencia entre representación y unidad negociadora, en la negociación colectiva".

2.- Doctrina que aplicada al supuesto enjuiciado nos lleva a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida, por cuanto, conforme al art. 87.1 ET : "En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen

la mayoría de los miembros del comité" . Inalterado por incombato el relato fáctico de instancia, es claro que no se cumplen las exigencias del referido precepto, pues, según se desprende del mismo, quien negoció y suscribió por la parte social el convenio colectivo cuyo registro se postula, no ostentaba la legitimación prevista en el art. 87.1 ET , no consta que la empresa cuente con representantes unitarios, ni consta que hubiera celebrado elección a representantes de personal, por lo que aceptando el razonamiento de instancia, que en definitiva suscribe la doctrina de esta Sala IV/TS, no procede su registro como convenio colectivo estatutario.

Y sin que a ello obste que, en diversas ocasiones esta Sala IV/ TS haya reconocido legitimación a las comisiones ad hoc , entre otras, en las sentencias citadas por el recurrente (18 de marzo de 2014 -rco.114/2013 -, y 23 de marzo de 2015 -rco. 287/2014-), pues todas ellas están dictadas en el marco de un despido colectivo a efectos del art. 124 LRJS , lo cual no es extensible a supuestos no amparados por la ley como es el caso de la negociación de un convenio colectivo estatutario.

CUARTO.- Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, sin que proceda pronunciamiento sobre costas.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la letrada Dña. Paula Luengo Reyes, en nombre y representación de Dña. Piedad . 2º.- Confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede en Santa Cruz de Tenerife- de 2 de junio de 2016 (procedimiento 3/2016) que anuló el Convenio Colectivo de la Empresa "EMPLEA SELECCIÓN EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL SOCIEDAD LIMITADA", en demanda de oficio presentada por la CONSEJERÍA DE EMPLEO, POLÍTICAS SOCIALES Y VIVIENDA DEL GOBIERNO DE CANARIAS. 3º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

## **2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2017**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor D. Erasmo ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada "Nova Notio SL" con las siguientes circunstancias personales:

Antigüedad: 9-12-2004.

Categoría profesional: Programador de Aplicaciones Informáticas.

Salario mensual: 1.911,06 euros con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

Centro de trabajo: Indra Sistemas en Torrejón de Ardoz (Madrid).

SEGUNDO.- El actor prestó servicios en las instalaciones de Indra Sistemas SA hasta el 22-10-2013.

En fecha 23 de octubre de 2013, la empresa "Nova Notio SL" entrega al trabajador carta de la misma fecha, del siguiente tenor:

"Nuestro cliente nos ha comunicado la finalización de los servicios que venía prestando por finalización de las tareas asignadas. Por tanto a partir de hoy 23 de octubre de 2013, pasa a estar pendiente de un nuevo proyecto al que podamos asignarle. Su nuevo centro de trabajo es el domicilio de la empresa, c/ Ramírez de Arellano, 17 4ª planta de Madrid.

Dado que actualmente no tenemos ningún proyecto al que asignarle ni tarea para que desempeñe, la empresa le ofrece la posibilidad de disfrutar de permiso con sueldo hasta el viernes 25 de octubre de 2013."

Dicho permiso retribuido fue prorrogado hasta la fecha de la comunicación de despido.

TERCERO.- Mediante burofax de fecha 6-11-2013 se comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo, por causas objetivas, al amparo del art. 52 c) del ET, siendo el contenido de la carta remitida el siguiente:

"Muy Sr. Nuestro:

Por la presente le comunicamos que esta Empresa, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 52 letra c) del RO Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su nueva redacción dada por el RO 3/2012 de 10 de Febrero, se ve en la necesidad de amortizar objetivamente el puesto de trabajo que usted tiene asignado. En consecuencia, el contrato que le une a esta empresa, quedará totalmente extinguido con fecha de efectos del día 6 de noviembre de 2013.

La desaparición de su puesto de trabajo obedece a causas de producción y económicas que obligan a la amortización de su puesto de trabajo como consecuencia de la reestructuración que la Dirección de esta Empresa se ha visto obligada a llevar a cabo en su plantilla, por causas ajenas a la misma

Las causas de producción tienen su origen en la situación actual de nuestros clientes, que abandonan o paralizan los proyectos para los que estamos trabajando. Como usted conoce nuestra empresa tiene como actividad principal, el desarrollo de proyectos informáticos de nuestras empresas clientes, desarrollo que realizamos en las propias instalaciones de los clientes, para una mayor efectividad de nuestro trabajo, que, en ocasiones, puede ser parte de un todo, es decir, parte del proyecto, que necesita de su ensamblaje. Pues bien nuestro cliente Indra, nos comunica con fecha 22 de octubre

que el servicio para en el que a usted teníamos asignado no necesita de nuestro concurso y, consecuentemente, usted se queda sin proyecto en el que trabajar.

Nuestra empresa ha invertido en formar un grupo de desarrollo y seguridad informática para ejecutar proyectos para nuevos clientes en el sector PYME a los que se pudiera asignar el personal excedente de nuestros clientes, invirtiendo en el alió pasado y en curso en torno a los 395.000 Euros; La verdad es que no hemos tenido éxito en los proyectos, nos pusimos en contacto con más de 200 empresas y conseguimos una facturación durante el periodo de 51,541 C. Durante el año 2013 no conseguimos ni un solo proyecto teniendo que prescindir del personal destinado a los mismos.

Durante las últimas semanas hemos repasado las solicitudes de personal para los servicios en curso, y no vemos ninguna a la que usted pudiera adaptarse en base a sus conocimientos. Es decir, no tenemos ningún trabajo en el que colocarle, poniéndolo en una disposición de total inactividad, por lo que le hemos ofrecido pasar a la situación de permiso con sueldo que actualmente disfruta.

Como consecuencia de lo anterior que se ha dado de forma repetitiva, la empresa le significa que las causas económicas se concretan en el descenso, que se viene produciendo de forma insistente, de las ventas cuyo importe en los primeros diez meses del presente año respecto al año pasado son:

Año 2012 Año 2013

- Ventas: 4.454.908 € 3.836.357 €

- Resultado antes de impuestos: -51.280 € -199.851€

Todo lo anterior ha conllevado a que los resultados económicos de la empresa en el año pasado hayan sido negativos siendo las pérdidas antes de impuestos de 107.454,43 euros. Y en este año las pérdidas acumuladas al mes de octubre son, de - 199.851 euros, advirtiendo que esta última cifra puede sufrir leves modificaciones.

Adicionalmente a lo anterior, esperamos que las pérdidas se intensifiquen a partir del mes de octubre del presente año. Esto es debido a un proceso de rebaja de costes que ha emprendido nuestro cliente Indra y que ha llamado COST-DOWN. En este proceso, nos ha Impuesto como condición para la continuación de los servicios



unos descuentos entre el 3% y el 4%. En nuestro caso el descuento acordado ha sido de un 3,44% que se está aplicando a partir de este 1 de octubre. Dado que la facturación anual con este cliente es de aproximadamente 3.400.000 € el impacto económico será de unos 115.000 € anuales que estarán en igual medida nuestros resultados.

La presente medida se entiende pues, adecuada para la superación o al menos, para la paliación de la situación indicada, contribuyendo a adaptar la plantilla a través de una mejor reorganización de los recursos, equilibrando de este modo los costes de los recursos humanos de la empresa a los ingresos. Por otro lado, tampoco hay previsión a corto o medio plazo de una mayor actividad o aumento de la facturación que pudiera hacer viable su puesto de trabajo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, procedemos a:

1. Hacerle entrega de esta comunicación escrita cuyos efectos extintivos serán con fecha del día de hoy, 6 de noviembre de 2013.

2. Poner a su disposición, mediante transferencia urgente vía Banco de España a la cuenta en que recibe habitualmente sus haberes, la cantidad correspondiente a la indemnización legal prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el supuesto de extinción contractual por causas objetivas, es decir por el equivalente de veinte días de salario por año de servicio, prorratee por meses de los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades, cuyo importe asciende a 11.364,08 euros.

3. En cuanto a la fecha de efectos de la extinción de su contrato de trabajo y considerando que la misma lo es desde la fecha de recepción de la presente comunicación, de acuerdo con lo prevenido en el Artículo 53.1.c) del RD Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Empresa pone a su disposición la cantidad total de € 819,00 € brutos en concepto de sustitución en metálico de los quince días de preaviso previsto legalmente, así como de su correspondiente liquidación, saldo y finiquito de haberes y partes proporcionales devengadas hasta la fecha de la efectividad de la medida extintiva.

Sin otro particular y agradeciéndole los servicios prestados para esta compañía."

CUARTO.- Constan acreditados documentalmente los siguientes extremos:

A.- Que el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha de 9-10-2013. Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas de 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente.

B.- En fecha de 31-10-2013 se remite burofax por el sindicato CNT a la empresa demandada Nova Notio SL comunicando la constitución de la sección sindical de CNT en dicha empresa y nombrando al actor como Delegado Sindical.

QUINTO.- Nova Notio SL es una empresa que cuenta con estructura propia constituida por un Director General de Operaciones, una Directora de Recursos Humanos, una Directora Financiera, una Directora de selección, dos Coordinadores, dos trabajadores en selección de personal y alrededor de 80 trabajadores que desarrollan los proyectos que esta contrata con sus clientes, entre los que se cuenta Telefónica I+D, Hewlet Packar, GMV, Wincor Nixdorf y Software AG.

Existe un contrato marco entre Indra Sistemas SA y Nova Notio SL de 1 de enero de 2006, cuyo objeto es "Proveer servicios de consultoría, asesoramiento y/o soporte informático tanto técnico como administrativo que Indra pueda solicitarle a través de las correspondientes Peticiones de servicios". En desarrollo de éste contrato, Nova Notio SL tiene en el momento actual 10 trabajadores de su plantilla realizando trabajos en el centro de Indra Sistemas SA de Torrejón de Ardoz, adscritos a 7 servicios que la empresa identifica como:

1.- Servicio NN 575 con objeto: "Control del tráfico aéreo a través del sistema ICAS, pruebas funcionales de coordinación interna".

2.- Servicio NN576 con objeto "Integración de módulos de software para control de tráfico aéreo, parte de métricas.

3.- Servicio NN550 con objeto: desarrollo de módulos concretos del sistema FIDS (pantallas para información de vuelos en aeropuertos).

4.- Servicio TGP-RG 4.1 con objeto: "Redacción de especificaciones"

5.- Servicio TGP-RG 902 con objeto: "Estadísticas del sistema Cometa" como parte del sistema de comunicación por voz.

6.- Servicio SSL MAR con objeto: "Interfaz gráfico de EWE 8.000 (sistema que emite señales radioeléctricas para simulaciones de guerra electrónica) y cableado del EWE 8.000.

7.- Servicio TGP-RG37.3 con objeto: "Pruebas de Certificación de los sistemas de comunicación por voz FAT (pruebas en fábrica) y SAT (pruebas en el centro de control aéreo) y "Optimización de radares en emplazamiento".

SEXTO.- El actor prestaba servicios en base a la petición de Servicios SSL-MAR-12 que se incorpora como anexo al acuerdo marco.

SÉPTIMO.- Mediante la prueba testifical practicada en el acto de juicio oral queda acreditado:

1.- Que en fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Compras de Indra Sistemas, decidió que la petición de servicios SSL-MAR-12 de Novanotio, quedase finalizada a lo largo del mes de octubre de 2013. La prórroga de tal petición de servicios sólo alcanzaba hasta el 31 de octubre de 2013.

2.- Que en fecha 1 de octubre de 2013, Doña Clemencia, del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Torcuato, responsable de Novanotio, que en el día anterior, 30 de septiembre, el departamento de compras le había indicado que a lo largo de octubre se iba a finalizar esta petición de servicios y que seguramente, aunque aún no se sabía la fecha, la finalización se produjese en la segunda quincena del mes.

3.- Que ese mismo día 1 de octubre, el Sr. Torcuato acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Alfonso, en la cual estuvieron hablando de la extinción de la petición de servicios, se marchó a hablar con el actor para informarle que se terminaba el contrato con Indra donde prestaba servicios.

OCTAVO.- El actor estaba asignado a tareas auxiliares del departamento, tales como encargarse de la remisión y recepción de las piezas objeto del servicio. Realizaba los envíos hacia bases aéreas o del Ministerio de Defensa o incluso a bases en el extranjero. Dichos envíos eran confidenciales, restringidos y de alta seguridad por lo que el responsable de Indra comunicaba al actor lo que debía de hacer y este lo llevaba a efecto. Lo mismo ocurría con las recepciones en las que el actor seguía el método específico que le era conocido.

El actor utilizaba un ordenador de Indra, con aplicaciones informáticas específicas de dicha empresa.

NOVENO.- De la prueba documental obrante en autos se acredita:

1.- Que el actor en sus correos simplemente informa de sus vacaciones a Indra. Igualmente de los permisos que disfrutaba.

2.- Que el actor, efectivamente, tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones de Indra, pero consta acreditado que existen dos tipos de tarjetas a tal fin, la del propio personal de Indra y la de personal externo (de color blanco y verde respectivamente).

3.- El actor no tiene el mismo acceso a internet, ni el mismo correo electrónico, ni el mismo acceso a la Indraweb y las aplicaciones que el personal de plantilla de Indra.

DÉCIMO.- Consta en autos informe pericial técnico, ratificado en el acto de juicio oral, junto con las cuentas presentadas en el Registro Mercantil, que acreditan que la empresa "Nova Notio SL" obtuvo pérdidas en los años 2012 y 2013.

En los gastos de la compañía se refleja en la partida de gastos de personal un porcentaje cercano al 100 % de lo facturado, y un descenso de facturación (40% en el año 2010).

UNDÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- En fecha de 13-12-2013 se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de Sin Avenencia».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO la demandada interpuesta por D. Erasmo contra NOVA NOTIO SL, INDRA SISTEMAS SA y FOGASA, siendo parte el Ministerio Fiscal, en materia de despido y cesión ilegal debo absolver y absuelvo a las empresas demandadas de las pretensiones en su contra ejercitadas por el actor en su escrito de demanda, declarándose PROCEDENTE la decisión extintiva empresarial por encontrarse ajustada a derecho».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Erasmo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20 de julio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Erasmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de Madrid con fecha 6 de octubre de 2014 en autos 7/2014, sobre despido, seguidos a instancia de la recurrente contra las empresas NOVA NOTIO SL e INDRA SISTEMAS SA y en su consecuencia confirmamos la citada resolución. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D. Erasmo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de octubre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 9 de septiembre de 2010 (R. 1604/2010).

CUARTO.- Con fecha 9 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si existe acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interposición de la demanda, el actor ya no estaba prestando servicios en la empresa presuntamente cesionaria, ni tampoco en la presuntamente cedente, por haber sido extinguido su contrato de trabajo y, también la contrata de prestación de servicios que vinculaba a las dos empresas, pero si estaban vigentes ambas relaciones -la laboral y la mercantil- cuando el actor presentó papeleta de conciliación reclamando la reseñada cesión ilegal. En definitiva, se plantea el problema de determinar en qué momento debe estar vigente la situación de cesión ilegal para poder efectuar la oportuna declaración judicial en supuestos en los que se produce el despido del trabajador presuntamente sometido a tráfico ilegal.

2.- La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, desestimó la demanda y declaró la procedencia del despido del actor al no haberse combatido las causas alegadas en su despido objetivo y al haber desestimado la existencia de cesión ilegal. Recurrida en suplicación, tal recurso fue desestimado por la sentencia ahora recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 20 de julio de 2015, recaída en el recurso 107/2015. El fundamento de la desestimación lo resume la sala madrileña señalando expresamente que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que cita "debemos entender que efectivamente el actor carece de acción y consecuentemente desestimamos este motivo y con ello el recurso de suplicación".

Las circunstancias relevantes a efectos de efectuar el oportuno juicio de contradicción y que dieron lugar al debate jurídico y a la sentencia recurrida fueron, en síntesis, las siguientes: 1) El actor prestó servicios para la entidad NOVA NOTIO, SL desde el año 2004 en el centro de trabajo de INDRA SISTEMAS, S.A. (en adelante INDRA) sito en Torrejón de Ardoz. 2) Con fecha 9 de octubre de 2013, el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC en materia de cesión ilegal de trabajadores contra las dos referidas empresas que tuvieron conocimiento de la misma los días 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente. 3) El actor prestó servicios en las instalaciones de INDRA hasta el 22 de octubre de 2013. 4) Al día siguiente, el 23 de octubre, NOVA NOTIO le entregó un escrito al actor en el que le decía que INDRA había rescindido la contrata por finalización de las tareas asignadas, por lo que pasaba a estar pendiente de la asignación de un nuevo proyecto y, como de momento no tenían proyecto al que asignarle, le ofrecían la posibilidad de disfrutar permiso sin sueldo hasta el 25 de octubre, permiso que después fue prorrogado hasta el 6 de noviembre. 5) Mediante burofax de 6 de noviembre de 2013, NOVA NOTIO comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del artículo 52.c ET.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la existencia de la imprescindible contradicción doctrinal, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de septiembre de 2010, recaída en el recurso 1604/2010. En ella se aprecian como circunstancias relevantes a efectos del examen de la referida contradicción, las siguientes circunstancias: 1) La actora fue contratada por una Empresa de Trabajo Temporal mediante un contrato para obra o servicio determinado y fue, por tal motivo, puesta a disposición de la empresa INDRA;



habiéndose prorrogado el mencionado contrato hasta el 22 de noviembre de 2008. Dos días más tarde fue suscrito nuevo contrato entre la misma ETT y la actora para obra o servicio determinado y puesta a disposición de INDRA nuevamente. 2) La actora, que estaba embarazada, inició un proceso de incapacidad temporal el 9 de febrero de 2009. 3) Ese mismo día INDRA comunicó a la ETT que los servicios que venía prestando la actora finalizarían por terminación de las tareas asignadas con efectos del día 17 de febrero de 2009. 4) El 23 de febrero la ETT comunicó a la actora la extinción de su relación laboral por finalización del contrato al haberse terminado la obra a la que estaba adscrita la trabajadora en la empresa usuaria INDRA. 5) la actora formalizó demanda por despido y cesión ilegal.

La sentencia de instancia estimó la demanda de la trabajadora declarando al nulidad del despido y condenando a ambas empresas solidariamente tras acreditar la existencia de cesión ilegal. Dicha sentencia fue íntegramente confirmada por la referencial que examinó específicamente el problema de la falta de acción que la codemandada INDRA sostenía argumentando que no podía declararse la existencia de cesión ilegal dado que la misma debería existir en el momento de plantearse y, en el caso, INDRA había comunicado a la ETT que los servicios en los que prestaba servicio la actora finalizaban el 17 de febrero, habiéndose comunicado la extinción a la actora por parte de la ETT el 23 de febrero. La sentencia referencial no estimó tal planteamiento y sostuvo que sí se podía ejercitar la acción de cesión ilegal, pues la previsión jurisprudencial según la que tal acción solo puede ejercitarse si la cesión está viva, en el supuesto contemplado no podía constituir obstáculo para ello el que la empresa INDRA comunicara a ETT el 9 de febrero de 2009 que los servicios que prestaba la actora finalizarían por terminación de la obra el 17 de febrero de 2009 y sin embargo la empresa de trabajo temporal comunicara a la actora la extinción del contrato con efectos de 23 de febrero de 2009, pues en la carta en la que se comunicaba la extinción del contrato se decía expresamente que el motivo era la extinción de la obra para la que se le había contratado en la empresa INDRA, no habiendo prestado la actora una vez realizada la comunicación por esta última empresa servicios para ninguna otra empresa usuaria.

2.- La comparación entre ambas sentencias pone de relieve que entre la sentencia referencial y la recurrida concurren las siguientes identidades: a) En las dos resoluciones comparadas se examinan sendas reclamaciones por despido de trabajadores que estaban formalmente contratados por sus respectivas empresas y que prestaban servicios para la empresa INDRA en virtud de contratos mercantiles suscritos entre ésta última y las respectivas empleadoras. b) Las dos reclamaciones por despido se dirigían contra cada empresa formalmente empleadora y contra INDRA bajo la común alegación de que en ambos casos los actores habían sido sometidos a cesión ilegal. c) También en los dos supuestos comparados, el despido se llevó a cabo días después de que INDRA hubiera rescindido los respectivos contratos mercantiles con cada una de las empresas codemandadas en cada supuesto bajo la alegación de que habían finalizado las obras o servicios objeto de dichas contrataciones. d) Cuando los respectivos trabajadores formulan sus demandas, la cesión ya no existía porque, en ambos casos, días antes del despido, ya no se prestaron servicios laborales porque INDRA había rescindido los respectivos contratos mercantiles por finalización de su objeto.

Con estas coincidencias en los hechos, las pretensiones y los respectivos fundamentos, las sentencias comparadas llegan a conclusiones diferentes en relación a un aspecto clave de las respectivas reclamaciones: la existencia o no de acción para reclamar por cesión ilegal. En efecto, en la sentencia referencial, se admite expresamente la concurrencia de acción para reclamar por la indebida sesión a la que el trabajador alegaba haber estado sometido, a pesar de que ya había dejado de prestar servicios para la empresa presuntamente cesionaria con anterioridad a su despido y a la presentación de la demanda judicial. Por el contrario, en la sentencia recurrida, en idénticas circunstancias, se niega expresamente la existencia de acción porque en ningún caso la cesión podía estar vigente en el momento de la presentación de la demanda. Por ello la Sala, oído el Ministerio Fiscal, entiende que la contradicción resulta evidente pues se cumplen las exigencias contenidas en el artículo 219 LRJS tal como han sido interpretadas por nuestra jurisprudencia, puesto que, respecto de unos

hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias objeto de comparación han llegado a soluciones totalmente contrarias.

3.- No resulta obstáculo para la contradicción que en un caso -el de la sentencia recurrida- la contratación mercantil entre ambas empresas sea una contrata de prestación de servicios; y, en la referencial, se contemplase un supuesto de contrato a disposición a través de una ETT; ya que, con fundamento en las distintas relaciones inter empresariales, las partes en cada supuesto suscribieron un contrato laboral para obra o servicio determinado cuyas ejecuciones se llevaron a cabo en las instalaciones de INDRA. Tales diferentes circunstancias que se refieren, como se ha visto exclusivamente a las relaciones entre las mercantiles codemandadas, en nada influyen sobre la posible existencia de cesión y, lo que a los presentes efectos resulta más decisivo, sobre la acción de los trabajadores para efectuar la reclamación sobre la hipotética existencia de tráfico ilícito de trabajadores.

Tampoco resulta obstáculo para la apreciación de la contradicción el que, en el caso de la sentencia recurrida, conste expresamente que, con anterioridad a las extinciones de las relaciones mercantil y laboral, la actora hubiera planteado la oportuna papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, mientras que tal dato no consta en la referencial. Esta diferencia refuerza la existencia de contradicción dado que el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que ese hecho estuviera presente en la de contraste. Existe, respecto de este dato concreto contradicción a fortiori dado que la sentencia recurrida niega la existencia de acción a pesar de haberse iniciado el itinerario preprocesal de la reclamación, mientras que la referencial la niega aún sin ese dato.

TERCERO.- 1.- La exigencia combinada de que la cesión ilegal esté viva en el momento en el que la acción se ejercita ha sido una constante en nuestra jurisprudencia. En efecto, desde antiguo hemos venido señalando que el tenor del artículo 43.3 ET 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", de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (SSTS de 8 de julio de 2003, Rec. 2885/2002 y de 12 de febrero de 2008, rec. 61/2007, entre otras). Sin embargo, también ha sido una constante jurisprudencial que hayamos afirmado que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues la aplicación del art. 43 ET requiere, como requisito 'sine qua non', que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (además de las citadas, SSTS de 14 de octubre de 2009, rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012, rec. 4409/2011 , entre otras).

2.- Admitida, por tanto, que a las demandas por despido puede acumularse la que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última situación estaba viva en el momento de producirse la unilateral rescisión de la relación laboral, nuestra STS de 7 de mayo de 2010 (rec. 3347/2009 ) se enfrentó -ante una reclamación por cesión ilegal aisladamente considerada- con el problema derivado del hecho de que la cesión estaba vigente en el momento de producirse la demanda, pero ya no en el acto de la celebración del juicio. Ante esa realidad fáctica, con apoyo en diversas sentencias de la Sala Primera establecimos la siguiente doctrina:

a) reiterar la doctrina tradicional de la Sala en el sentido de reafirmar 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. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".

b) 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 ET 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.

Y al respecto razonaba la citada sentencia que «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 sobrevenida 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».

3.- Aplicando la anterior doctrina, nuestra sentencia de 29 de octubre de 2012, rec. 4005/2011 , respecto de la cuestión relativa a la determinación de la fecha en que deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración de cesión de cesión ilegal, planteándose la disyuntiva entre el momento de presentación de la demanda o el de la papeleta de conciliación, entendió que la cuestión había sido resuelta por la sentencia anteriormente citada de 7 de mayo de 2010 y aplicando su doctrina -que transcribe- acabó determinando que el momento en el que la cesión debía estar viva era el de la presentación de la demanda. Obsérvese que, al igual que ocurría en la sentencia de 7 de mayo de 2010, la que ahora se examina contemplaba un supuesto de reclamación de fijeza por cesión ilegal sin que estuviera el despido de la reclamante. En la STS de 28 de junio de 2016 (Rcud. 160/2015) se analizó la misma problemática pero no se pudo entrar por ausencia de necesaria contradicción.

CUARTO.- 1.- De lo expuesto hasta el momento se desprende que la exigencia de que la cesión ilegal esté presente en el momento de la presentación de la demanda es una exigencia jurisprudencial que se proyecta sobre los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la reclamación de su situación de fijeza, tal como prevé el artículo 43.2 ET. Sin embargo, tal doctrina no puede proyectarse, directamente, sobre los supuestos en los que, constante la cesión, se produce el despido del trabajador lo que provoca una demanda judicial en la que se acumula la relación contra el despido y la declaración de existencia de cesión ilegal para que ésta última tenga las consecuencias pertinentes sobre las consecuencias de la unilateral decisión extintiva adoptada por el empresario. En estos casos, dada la efectividad inmediata que tiene el despido sobre la existencia de la relación laboral que queda rota por efecto de aquella decisión extintiva, resultaría materialmente imposible exigir que la cesión estuviese viva en el momento de la presentación de la demanda, pues la cesión habría finalizado con el despido. Por ello hemos mantenido de manera constante -como se anticipó- que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido (SSTS de 8 de julio

de 2003 , Rec. 2885/2002, de 12 de febrero de 2008, rec. 61/2007, de 14 de octubre de 2009, rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012, rec. 4409/2011, entre muchas otras).

2.- La aplicación de cuanto se lleva señalado al supuesto que examinamos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que admitió el examen de la acción de cesión ilegal en el supuesto -coincidente en ambas sentencias comparadas, en el que la extinción del contrato de produce como consecuencia de la extinción de la relación mercantil que la empresa presuntamente cesionaria comunica a la presuntamente cedente y en el que la reclamación por despido se produce, obviamente, cuando ya aquella relación mercantil ha cesado y el trabajador ha dejado de estar sometido al presunto tráfico ilegal que denuncia. Para ello, resulta irrelevante que la extinción del contrato laboral se haya producido en ambos casos días después de la extinción del contrato mercantil que daba soporte a la presunta situación de cesión, pues en el escaso tiempo transcurrido ninguno de los trabajadores estuvo prestando servicios para ninguna otra empresa.

Cabe concluir entonces que la sentencia recurrida infringió los preceptos denunciados en el recurso (artículo 43 ET) al no llevar a cabo un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de cesión ilegal del trabajador demandante desde la empresa NOVA NOTIO a la codemandada INDRA como elemento integrador de la propia decisión de fondo y de las consecuencias que derivarían al respecto de la declaración correspondiente a la calificación del despido. Y ello con independencia de las conclusiones a las que se llegasen tanto sobre la existencia de tal fenómeno de interposición de empleadores, como sobre la calificación que debiera otorgarse a la decisión extintiva; lo decisivo y determinante, en este caso, el actor había interpuesto, con anterioridad a la extinción de su contrato y de la relación mercantil entre las empresas codemandadas la oportuna papeleta de conciliación, previa a la vía judicial, para que se declarase la existencia de cesión ilegal; acto preprocesal que, como es sabido, constituye exigencia insoslayable para la admisión de la demanda judicial.

3.- Procede, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso con los efectos que en el mismo se piden de devolución de los autos a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva el recurso de suplicación formulado por la parte actora resolviendo sobre la pretensión relativa a la cesión ilegal sobre el resto de cuestiones que en el mismo se plantearon. Sin que proceda la imposición de costas.

FALLO:

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

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Erasmo, representado y asistido por el letrado D. Pedro Martí García. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 107/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 22 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2014, recaída en autos número 7/2014, seguidos a instancia de D. Erasmo, contra Nova Notio SL; Indra Sistemas SA; FOGASA y el Ministerio Fiscal, sobre Despido. 3.- Devolver las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva todas las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, teniendo en cuenta que deberá pronunciarse sobre la cesión ilegal invocada por la recurrente. 4.- No efectuar declaración alguna sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

**3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017**

ANTECEDENTES DE HECHO:



PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Wincor Nixdorf, S.L. y Unitono Servicios Externalizados, S.A., suscribieron el 18 de diciembre de 2003 un contrato de servicio de atención al cliente (Call Center) que se incorpora como documento 1 de aquella para atender todas las llamadas entrantes en el Help Desk Técnico de Wincor Nixdorf, S.L.

2º.- Don Romualdo suscribió el 3 de diciembre de 2007 con la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción para prestar servicios como teleoperador en el servicio de atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc., según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf el 18 de diciembre de 2003.

3º.- El 1 de febrero de 2008 suscribieron ambas partes nuevo contrato de trabajo duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinada identificada como atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnic, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc, según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf.

4º.- Durante su vinculación con Unitono Servicios Externalizados, S.A Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica y por correo

electrónico de averías sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, dando la incidencia cuando por el tenor del asunto correspondía.

5°.- Wincor Nixdorf, S.L. dio por concluido el contrato suscrito con Unitono Servicios Externalizados, S.A. con efectos de 18 de diciembre de 2009 ante la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa, a través de otra entidad, comunicándoselo el 23 de octubre de 2009.

6°.- Unitono Servicios Externalizados, S.A. comunicó a Don Romualdo el 23 de noviembre de 2009 la terminación de su contrato de trabajo con efectos de 18 de diciembre de 2009, haciéndose efectiva la terminación del vínculo.

7°.- El 23 de diciembre de 2009 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización del soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos por acumulación de tareas en el área de monitoring por el cambio de call center a Alemania, con duración hasta el 22 de junio de 2010.

8°.- Don Romualdo suscribió el 23 de diciembre de 2009 con la empresa Profesional Staff ETT, S.A. un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción por acumulación de tareas en el área de Monitoring por el cambio de Call Center a Alemania para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de diciembre de 2009 a 22 de junio de 2010.

9°.- Durante su vinculación con Profesional Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica

residual y a través de informática monitorizaba, en relación con incidencias sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, trasladando la incidencia informáticamente cuando por el tenor del asunto correspondía.

10º.- El 23 de junio de 2010 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos para cubrir la obra contratada por Wincor Nixdorf, S.L. para monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contra de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), con duración hasta fin de obra.

11º.- El 23 de junio de 2010 Profesional Staff ETT, S.A. y Don Romualdo suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado identificada como "monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contrato de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de junio de 2010 a fin de obra.

12º.- Durante su vinculación con Profesionalidad Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf, para los clientes de ésta Carrefour, Deutsche Bank y la Caixa, la atención informática de incidencias sobre cajeros automáticos, monitorizando la incidencia, intentado solventarla si era posible desde su puesto y trasladando en caso de no ser posible la incidencia informáticamente para su resolución por el servicio técnico.

13º.- El 21 de junio de 2013 Profesional Staff ETT, S.A. comunicó a Don Romualdo en el curso de su jornada de trabajo la finalización del contrato de trabajo con efectos de 22 de junio de 2013.

14º.- En la misma fecha de 21 de junio de 2013 Don Romualdo remitió burofax a las entidades Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. que ejercía sus derechos de reducción de jornada y la subsiguiente concreción horaria por guarda legal de menores entre los días 6 de julio de 2013 y 26 de agosto de 2014, con horario de 00:00 a 7:00 horas. No consta la recepción por las empresas de los mencionados burofax.

15º.- Don Romualdo venía percibiendo una retribución anual de 15.768 euros.

16º.- El 4 de julio de 2013 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto el 23 de julio de 2013.

17º.- Wincor Nixdorf, S.L. tiene Convenio Colectivo propio que es el se incorpora como documento 5 de su ramo de prueba.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimo la demanda formulada por Don Romualdo, contra la empresa Profesional Staff ETT, S.A. debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 5.265,69 euros; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 43,25 euros; y estimando en parte como estimo a demanda formulada por Don Emilio , contra la empresa Wincor Nixdorf, S.L, debo declarar y declaro la responsabilidad subsidiaria de ésta respecto de la indemnización

por despido. Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Don Romualdo , contra la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A., debo absolver y absuelvo a éstas de los pedimentos de aquella.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Romualdo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos nº 982/2013, seguidos a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A. WINCOR NIXDORF S.L., PROFESIONAL STAFF ETT S.A. y MINSITERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, declaramos la existencia de cesión ilegal pudiendo el actor optar por prestar servicios en WINCOR NIXDORF S.L., o en PROFESIONAL STAFF ETT S.A., y manteniendo la declaración de improcedencia del despido del actor y el salario diario fijado, condenamos solidariamente a las empresas mencionadas a que, en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 18.035,25 euros. En caso de optar por la readmisión deberá abonarse al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y posterior al despido y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 111.1.b) de la LRJS y de que si se hubiese optado por la indemnización y abonado cantidad alguna en concepto de la indemnización fijada por la sentencia de instancia se realicen las compensaciones que procedan legalmente.».

Por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se dictó con fecha 15 de octubre de 2014 auto , en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Que aclaramos el fallo de la

sentencia dictada por esta Sección de Sala el día 21 de julio de 2014, al resolver el recurso de suplicación 343/2014, en el procedimiento seguido a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A., WINCOR NIXDOF SL, PROFESIONAL STAFF SA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, en el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, autos nº 982/2013, en el sentido que donde dice "el abono de una indemnización de 18.035,25 euros" debe decir "el abono de una indemnización de 10.293,50 euros", manteniendo el resto de los pronunciamientos.».

TERCERO.- Por la representación de Wincor Nixdorf SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 28 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

ÚNICO.- 1. En el presente recurso de casación para unificación de doctrina, se cuestiona la existencia de cesión ilegal de mano de obra.

La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que prestó, del 3 de diciembre de 2007 al 18 de diciembre de 2009, sus servicios, como teleoperador, a una empresa del Call Center que prestaba servicios de atención al cliente a otra, Wincor Nixdorf SL, que los había externalizado. Finalizada la contrata que condicionaba la duración del contrato de trabajo el 18 de diciembre de 2009, el siguiente día 23 la empresa principal celebró un contrato de puesta a disposición con profesional Staff ETT SA, para que le facilitara personal a fin de realizar el mismo servicio y la ETT empleó al actor para ese contrato a partir del mismo día 23 con un contrato eventual por circunstancias de la producción que finalizó el 22 de junio de 2010, fecha en la que se suscribió otro hasta fin de obra. El 21 de junio de 2013 la empleadora dio por finalizado el contrato con efecto del siguiente día 22.

Frente a esta decisión, se presentó por el actor demanda que dió lugar a que recayera sentencia en la instancia declarando la improcedencia de su despido con las consecuencias legales inherentes a esa declaración con cargo a la empresa empleadora, así como la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en orden al pago de la indemnización por despido. Contra esta sentencia se presentó por el trabajador recurso de suplicación que fue estimado por la sentencia hoy recurrida que declaró que había existido cesión ilegal, que el actor podía optar por incorporarse a una u otra empresa y que de las consecuencias económicas de esa declaración eran responsables solidarias las dos empresas. Este pronunciamiento se basó en que se entendió que el trabajador, desde el primer día, había realizado las mismas labores para la empresa usuaria en virtud de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley por la ETT para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso que nos ocupa, conforme al art. 219 de la LJS, se trae la dictada por el mismo Tribunal el día 28 de septiembre de 2011 (RS 3192/2011). Se contempla en ella el caso de unas trabajadoras de la recurrente que prestaron sus servicios a la primera empresa con la que esta externalizó el servicio de Call Center

hasta el 18 de diciembre de 2009 en que terminó la contrata que tenía con ella. Las trabajadoras presentaron demandas por despido que fueron desestimadas en la instancia por la sentencia que confirma en suplicación la de contraste. Esta sentencia fundó su decisión en que sólo había existido un contrato de trabajo para obra determinada que se había extinguido normalmente, al finalizar la obra.

3. Por el Ministerio Fiscal y por la parte actora se ha alegado que no concurre el requisito de existencia de resoluciones contradictorias que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, pues se trata de un requisito de orden público procesal sin cuya concurrencia debe inadmitirse el recurso. En tal sentido conviene recordar la doctrina de esta Sala, según ella, la contradicción "requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales" (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96 , 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91 ], 5-6 y 9-12-93 [ recs. 241/92 y 3729/92 ], 14-3-97 [rec. 3415/96 ], 16 y 23-1-02 [ recs. 34/01 y 58/01 ]. 26-3-02 [rec. 1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes



(sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

La aplicación de la anterior doctrina lleva a estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 LJS, ya que contemplan hechos diferentes que dieron lugar a debates distintos. En efecto, en el caso de la sentencia de contraste la contratista era una empresa cuya actividad consistía en prestar los servicios de telemarketing que le contrataran y, además, se celebró un solo contrato para obra determinada. El supuesto de la sentencia recurrida es distinto porque la empleadora era una empresa de trabajo temporal que tenía contratos de puesta a disposición en virtud de los que celebró sucesivos contratos temporales con el actor. Estas diferencias fácticas dieron lugar a un debate diferente: el fraude en la celebración de sucesivos contratos temporales que no se dio en el caso de la sentencia de contraste. Además, como la ETT no era una empresa dedicada a prestar servicios de telemarketing, se produjo otro debate, cual es el de la existencia de cesión ilegal de mano de obra por la ETT que es el que, realmente, interesa a la recurrente, como empresa usuaria y beneficiaria de esa cesión. Consecuentemente, no existe contradicción doctrinal porque las sentencias comparadas contemplan supuestos de hecho distintos en los que se plantearon cuestiones jurídicas diferentes y el debate fue distinto. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 3957/2014), dictada en un supuesto como el de autos.

4. La falta de contradicción doctrinal habría justificado en su día la inadmisión del recurso por no cumplir un requisito de orden público procesal, cual ha informado el Ministerio Fiscal, es causa fundada para desestimar el recurso con imposición a la recurrente de las costas causadas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO:

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

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Wincor Nixdorf SL contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 343/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, en autos núm. 982/2013. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Condenar al recurrente al pago de las costas y decretar la pérdida de los depósitos y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

#### **4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016**

##### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Wincor Nixdorf, S.L. y Unitono Servicios Externalizados, S.A. suscribieron el 18 de diciembre de 2003 un contrato de servicio de atención al cliente (Call Center) que se incorpora como documento 1 de aquella para atender todas las llamadas entrantes en el Help Desk Técnico. Wincor Nixdorf, S.L.

SEGUNDO.- Doña Estibaliz suscribió el 4 de julio de 2005 con la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A.U un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción para prestar servicios como teleoperadora, por sustitución de vacaciones, en el servicio de atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report .. etc., según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf el 18 de diciembre de 2003.

TERCERO.-. El 12 de septiembre de 2005 suscribieron nuevo contrato de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinada identificada como atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report, etc., según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf el 18 de diciembre de 2003.

CUARTO.-. Wincor Nixdorf, S.L. dio por concluido el contrato suscrito con Unitono Servicios Externalizados, S.A. con efectos de 18 de diciembre de 2009 ante la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa, a través de otra entidad, comunicándoselo el 23 de octubre de 2009.

QUINTO.- Unitono Servicios Externalizados, S.A. comunicó a Doña Estibaliz el 23 de noviembre de 2009 la terminación de su contrato de trabajo con efectos de 18 de diciembre de 2009, haciéndose efectiva la terminación del vínculo.

SEXTO.- El 23 de diciembre de 2009 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte

técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos por acumulación de tareas en el área de monitoring por el cambio de call center a Alemania, con duración hasta el 22 de junio de 2010.

SÉPTIMO.- Doña Estibaliz suscribió el 23 de diciembre de 2009 con la empresa Profesional Staff ETT, S.A. un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción por acumulación de tareas en el área de Monitoring por el cambio de Call Center a Alemania, para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, categoría de Oficial 3ª, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 30 de diciembre de 2009 a 29 de junio de 2010.

OCTAVO.- El 23 de junio de 2010 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos para cubrir la obra contratada por Wincor Nixdorf, S.L. para monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contrato de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), con duración hasta fin de obra.

NOVENO.- El 24 de junio de 2010 suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado identificada como "monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contrato de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, categoría de Oficial 3ª, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 30 de junio de 2010 a fin de obra.

DÉCIMO.- El 20 de junio de 2013 Profesional Staff ETT, S.A. comunicó a Doña Estibaliz en el curso de su jornada de trabajo la finalización del contrato de trabajo con efectos de 22 de junio de 2013.

UNDÉCIMO.- Doña Estibaliz venía percibiendo una retribución diaria de 44,44 euros.

DÉCIMOSEGUNDO.- El 4 de julio de 2013 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto el 23 de julio de 2013.

DECIMOTERCERO.- Wincor Nixdorf, S.L. tiene Convenio Colectivo propio que es el que se incorpora como documento 5 de su ramo de prueba».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando como estimo la demanda formulada por Doña Estibaliz contra la empresa Profesional Staff ETT, S.A., debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 5.310,58 euros; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 44,44 euros; y estimando en parte como estimo a demanda formulada por Doña Estibaliz , contra la empresa Wincor Nixdorf, S.L, debo declarar y declaro la responsabilidad subsidiaria de ésta respecto de la indemnización por despido.

Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Doña Estibaliz contra la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A, debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos de aquella».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup> Estibaliz ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2014 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Estibaliz contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos nº 983/2013, seguidos a instancia de la recurrente contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A. WINCOR NIXDORF S.L., PROFESIONAL STAFF ETT S.A., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, en reclamación por DESPIDO, declaramos la existencia de cesión ilegal pudiendo la actora optar por prestar servicios en WINCOR NIXDORF S.L., o en PROFESIONAL STAFF ETT S.A., y manteniendo la declaración de improcedencia del despido de la actora y el salario diario fijado, condenamos solidariamente a las empresas mencionadas a que, en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 15.154,04 euros. En caso de optar por la readmisión deberá abonarse a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y posterior al despido y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 111.1.b) de la LRJS y de que si se hubiese optado por la indemnización y abonado cantidad alguna en concepto de la indemnización fijada por la sentencia de instancia se realicen las compensaciones que procedan legalmente. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de Wincor Nixdorf, SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 23 de diciembre de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 28 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Con fecha 13 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La trabajadora, Sra. Estibaliz, presentó demanda de despido contra Unitono Servicios Externalizados, SA; Wincor Nixdorf, SL y Profesional Staff ETT, SA que fue resuelta mediante sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid de 9 de diciembre de 2013 que estimó totalmente la demanda contra la empresa Profesional Staff ETT, S.A. a quien, previa declaración de improcedencia del despido, condenó a que a su opción readmitiera a la trabajadora o la indemnizase con una determinada cantidad. Igualmente, estimando en parte la pretensión contra Wincor Windorf, S.L. declaró su responsabilidad subsidiaria respecto de la indemnización por despido. Esta sentencia fue recurrida en Suplicación por la Sra. Estibaliz. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante sentencia de 20 de octubre de 2014

(rec. 317-2014) estimó tal recurso y declaró la existencia de cesión ilegal, pudiendo optar la actora por prestar servicios en WINCOR NIXDORF S.L., o en PROFESIONAL STAFF ETT S.A., y manteniendo la declaración de improcedencia del despido, condenó solidariamente a las empresas mencionadas a que optase entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización.

Disconforme con esta sentencia, WINCOR NIXDORF S.L. recurre en casación unificadora, para lo que ofrece como sentencia de comparación la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de septiembre de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 3192/2011.

Los hechos relevantes que, a efectos de acreditar la contradicción, constan en la sentencia recurrida son los siguientes: 1) Wincor Nixdorf, S.L. y Unitono Servicios Externalizados, S.A. suscribieron el 18 de diciembre de 2003 un contrato de servicio de atención al cliente (Call Center) para atender todas las llamadas entrantes en el Help Desk Técnico. 2) Doña Estibaliz suscribió el 4 de julio de 2005 con la empresa Unitono un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción para prestar servicios como teleoperadora, por sustitución de vacaciones, en el servicio de atención de Call Center de en primera línea de help desk. 3) El 12 de septiembre de 2005 suscribieron nuevo contrato de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinada identificada como atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, según contrato firmado entre Unitono el 18 de diciembre de 2003. 4) Wincor dio por concluido el contrato suscrito con Unitono con efectos de 18 de diciembre de 2009 ante la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa, a través de otra entidad, lo que provocó que Unitono comunicase a Doña Estibaliz el 23 de noviembre de 2009 la terminación de su contrato de trabajo. 5) Wincor y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos por acumulación de tareas en el área de monitoring por el cambio de call center a Alemania. 6) Doña Estibaliz suscribió varios contratos temporales sucesivos con la empresa Profesional Staff ETT, S.A. un contrato de trabajo de duración



determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción por acumulación de tareas en el área de Monitoring por el cambio de Call Center a Alemania, para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, categoría de Oficial 3ª para la empresa Wincor en el marco de contratos de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión suscritos entre ambas empresas. 7) El 20 de junio de 2013 Profesional Staff ETT, S.A. comunicó a Doña Estibaliz en el curso de su jornada de trabajo la finalización del contrato de trabajo con efectos de 22 de junio de 2013.

La sentencia recurrida ante el hecho de que la trabajadora había prestado servicios ininterrumpidos para WINCOR NIXDORF desde el 4/07/2005 y hasta el 22/06/2013, realizando siempre las mismas o similares funciones y utilizándose al efecto bien sucesivos contratos para obra o servicio determinado por circunstancias de la producción o bien sucesivos contratos de puesta a disposición, concluye que tal contratación es fraudulenta, por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese como despido improcedente, ha de atribuirse solidariamente a las dos demandadas implicadas en la cesión ilegal, en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del art. 6.4 CC «los actos realizados ... en fraude ... no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

SEGUNDO.- La sentencia referencial, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2011 contempla un supuesto en apariencia similar al de la sentencia recurrida pues se trata de un proceso de despido instado por varias trabajadoras que habían sido contratadas por Unitono con carácter temporal en la modalidad de obra o servicio determinado cuyo objeto era la prestación de servicios como teleoperadoras en el centro de atención de llamadas de Wincor. En concreto los hechos relevantes son los siguientes: 1) Las actrices habían venido prestando servicios para Unitono en virtud de contrato de duración determinada por obra o servicio determinado consistente en "...servicios para la atención del Call Center

de Wincor Nixdorf, en primera línea de help desk. 2) En fecha 23 de noviembre de 2009 le fue notificada a las trabajadoras por la empresa la extinción de su respectiva relación laboral, alegando finalización de la obra o servicio, debido a la finalización del contrato mercantil suscrito entre Unitono y Wincor. 3) Que con fecha 23 de octubre de 2009 la demandada WINCOR NIXDORF remitió un burofax a UNITONO en el que comunicaba su voluntad de resolver el contrato de prestación de servicios justificando dicha resolución en la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa.

Con estos hechos, la sentencia aportada como referencial concluye que no hay despido sino extinción válida del contrato de trabajo porque ha quedado acreditado que el contrato se suscribió para una obra o servicio determinado, detallado en el contrato y vinculado al contrato existente entre las empresas codemandadas, acogándose a la modalidad contractual contemplada en el art. 14 del Convenio, prestándose el servicio en sucesivas prórrogas automáticas hasta que en diciembre de 2009 la empresa Wincor Nixdorf decide centralizar los servicios en Alemania. Todo ello consta debidamente en los hechos probados, conformando así una contratación temporal fundada en causa legal y correcta, como lo es la extinción decidida por la empresa.

TERCERO.- La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, si es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" ( SSTs, entre otras, de 7 de abril de 2004 y de 4 de mayo de 2005, Recs. 430/2004 y 2082/2004; de 25 de julio de 2007, rec. 2704/2006; de 4 y 10 de octubre de 2007, recs. 586/2006 y 312/2007, de 8 de febrero y de 10 de junio de 2008, recs. 2703/2006 y 2506/2007; de 24 de junio de 2011 , Rec. 3460/2010, de 6 de octubre

de 2011, rec. 4307/2010, de 27 de diciembre de 2011, rec. 4328/2010 y de 30 de enero de 2012, rec. 4753/2010).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( SSTs de 28 de mayo de 2008, rec. 814/2007; de 3 de junio de 2008, rec. 2532/2006 ; de 18 de julio de 2008, rec. 437/2007; de 15 y 22 de septiembre de 2008 , recs. 1126/2007 y 2613/2007 ; de 2 de octubre de 2008, recs. 2483/2007 y 4351/2007 ; de 3 de noviembre de 2008, recs. 2637/2007 y 3883/07; de 12 de noviembre de 2008, rec. 2470/2007 ; de 18 de febrero de 2009, rec. 3014/2007; de 4 de octubre de 2011, rec. 3629/2010 ; de 28 de diciembre de 2011, rec. 676/2011; de 18 de enero de 2012, rec. 1622/2011 y de 24 de enero de 2012, rec. 2094/2011).

El examen de las sentencias comparadas pone de relieve que, a pesar de la aparente similitud, existen notorias diferencias que impiden apreciar la contradicción y que justifican las divergentes respuestas contenidas en cada una de las sentencias comparadas. Así en la sentencia recurrida, a diferencia de lo que ocurre en la referencial, en el tramo temporal inicial -el que transcurre durante el período en el que estuvo vigente el contrato de prestación de servicios entre Wincor y Unitono- existen dos contratos temporales entre la trabajadora y Unitono a diferencia de la referencial en que únicamente existe un contrato.

Con todo, la diferencia fundamental reside en que la sentencia referencial contempla una situación de encaje de un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado en el marco de un contrato mercantil de prestación de servicios entre dos empresas. Situación que la sentencia resuelve entendiendo que el contrato laboral es válido y su temporalidad justificada en atención a las circunstancias concretas concurrentes. En cambio, en la sentencia recurrida nos encontramos con que esa primera fase temporal va seguida de otra en la que la prestación de servicios de la actora se

produce a través de una empresa interpuesta -la empresa de trabajo temporal-. Con estos datos, la sentencia recurrida, ante el indubitado hecho de que la trabajadora ha venido prestando servicios idénticos, considera que la contratación temporal se ha efectuado en fraude de ley pues se trataba de cubrir necesidades estables y permanentes de la empresa y que la puesta a disposición a través de la ETT encubría, en realidad, una cesión ilegal de trabajadores.

De todo ello se deduce que los debates en las sentencias comparadas han sido distintos: en la referencial únicamente se discutió si el único contrato temporal suscrito tenía causa de temporalidad; esto es se pronunció sobre la validez de tal contrato. Por el contrario en la sentencia recurrida el debate versó sobre si la sucesión de contratos temporales y de puesta a disposición para el ejercicio de unas funciones similares implicaba una utilización fraudulenta de tales instrumentos contractuales y, de manera especial, si los contratos de puesta a disposición encubrían una cesión ilegal de trabajadores, controversias totalmente ajenas a la sentencia referencial.

Tales diferencias impiden que pueda prosperar el motivo y con él, la totalidad del recurso, por lo que, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe, procede la inadmisión del recurso que, en este trámite, comporta su integra desestimación.

#### FALLO:

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Wincor Nixdorf, SL representado y asistido por el letrado D. Rafael Muñoz de la Espada Palomino. 2) Confirmar la sentencia dictada el 20 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 317/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo

Social número 41 de Madrid, de fecha 9 de diciembre de 2013, recaída en autos número 983/2013, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Estibaliz, contra Unitono Servicios Externalizados, SA; Wincor Nixdorf, SL; Profesional Staff ETT, SA; sobre despido. 3) Decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir, condenando en costas a la entidad recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

### **5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2016**

#### **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 números 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 Adolfina 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. Adolfina).

- 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, Adolfina 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 n°s 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 n° 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 n° 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 n° 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 conclusos 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 aun 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, denunciando 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 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 contemplas 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.

**6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE  
2016**



## ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 22 de julio de 2015 se presentó demanda conjunta, en materia de conflicto colectivo, a instancia del Sindicato Nacional de las CC.OO. de Galicia y de la Cooperativa Farmacéutica Galega de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia «por la que se declare la obligación de la empresa a proceder a la aplicación de las normas en materia de Bolsa y Empleo y Nivel de Desarrollo profesional, en los términos establecidos en el Pacto de Articulación suscrito entre la empresa demandada y la representación legal de los trabajadores en fecha 18 de marzo de 2013, antiguos artículos 9 y 40 del antiguo Convenio Colectivo de COFAGA».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebraron los actos de conciliación y juicio y, no habiendo aportado conclusiones ninguna de las partes, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 28 de octubre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando la demanda de conflicto colectivo formulada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CCOO) y la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la mercantil Cooperativa Farmacéutica Galega, absolvemos a la mercantil demandada de las pretensiones allí contenidas. No se hace expresa imposición de costas».

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

«1º .- La mercantil demandada Cooperativa Farmacéutica Galega (COFAGA) tiene centros de trabajo en A Coruña, Santiago de Compostela y Lugo, con una plantilla de 150 trabajadores, a los que se afirma que afecta el presente conflicto.

2º. - Con fecha 18 de marzo de 2013, y tras la pérdida de vigencia del Convenio colectivo de Cofaga, publicado por Resolución de la Dirección Xeral de Relación laborais de 28 de abril de 2008, el Consejo Rector de Cofaga y el Comité de dicha empresa, suscribieron un Acuerdo Marco para la competitividad de Cofaga integrado por tres Anexos con los contenidos siguientes: El Anexo 1, relativo al Acuerdo de modificación de condiciones laborales. El Anexo 2, relativo al Acuerdo de Anexión al Convenio Colectivo Estatal de distribuidores de productos farmacéuticos. Y el Anexo III, relativo al Acuerdo de Expediente de Regulación Temporal de Empleo.

3º.- En el apartado decimocuarto del Anexo II, atinente a la Bolsa de empleo, se establece lo siguiente: "A la firma de este presente convenio se creará una bolsa de empleo, donde se incorporaran los/ as trabajadores/ as contratados anteriormente y en la actualidad a tiempo parcial o contratados temporales, así como las personas que, tras prestar servicios en la empresa, en el futuro causen baja por terminación del contrato. Igualmente se integrarán en la bolsa de empleo aquellas personas que su valía o por tener conocimientos, experiencia o especialidades laborales que puedan ser útiles en un futuro así lo soliciten. La toma en consideración del currículum vitae de los aspirantes se efectuará por propuesta de los trabajadores o de la empresa. Quedan excluidos de formar parte de la bolsa de empleo los trabajadores cuya baja en la empresa sea por motivos disciplinarios y aquellos que, no causando baja por estos motivos, sean evaluados negativamente en relación a su desempleo. Quedan excluidos de la cobertura de la bolsa de empleo los puestos de trabajo que conlleven dirección o mando. La bolsa de empleo se actualizará anualmente en los dos primeros meses del año, a petición de los interesados. La dirección de la empresa informará semestralmente al comité de empresa de la evolución de la bolsa, tiempos de presencia en la misma, incorporaciones y bajas, contratos firmados y, en general, de cualquier circunstancia que pueda resultar de interés. Cobertura de vacantes. Coberturas definitivas: cuando se produzcan vacantes definitivas, estas se cubrirán preferentemente por el personal de la bolsa de empleo, teniendo en cuenta los siguientes factores: - Características del puesto de trabajo y requerimientos objetivos del mismo (titulación, formación requerida, experiencia

previa, etc.). - Tiempo contratado de modo temporal. - Evaluación por parte de la empresa. - Formación y las funciones desempeñadas durante la contratación temporal. La empresa determinará los puestos de trabajo que hayan de ser cubiertos con carácter indefinido e informará de ellos a los representantes de los trabajadores. Coberturas temporales: las vacantes temporales se cubrirán preferentemente por las personas disponibles en la bolsa, a condición de que se adecuen a los requerimientos del puesto de trabajo. Cualquier discrepancia que surja en la interpretación y aplicación en esta materia, se resolverá en la comisión paritaria." El apartado decimocuarto del Anexo II del Acuerdo es reproducción del artículo 40 del Convenio colectivo de la empresa Cofaga.

4º.- El artículo 9 del anterior Convenio colectivo de Cofaga, relativo a los Niveles de desarrollo profesional, establecía lo siguiente: "Dentro de cada grupo profesional existirán los siguientes niveles de desarrollo profesional: Nivel de entrada: es el nivel que preferentemente se asignará a los trabajadores de nuevo ingreso. Corresponde al límite inferior de capacitación profesional fijado para cada grupo profesional. Nivel básico del grupo: es el nivel de capacitación correspondiente a un normal desempeño de las funciones inherentes a cada grupo profesional. Accederán a él progresivamente desde el nivel de entrada los 3 trabajadores que cumplan el requisito del tiempo de permanencia exigido o de cualificación, experiencia y grado de desempeño fijados para cada grupo profesional".

5º.- En el apartado Tercero 3) del Anexo II relativo al Acuerdo de Adhesión al Convenio Colectivo Estatal de distribuidores de productos farmacéuticos, bajo la rúbrica "complemento de consolidación" ambas partes convinieron que: "Para los trabajadores con antigüedad reconocida anterior a 31 de diciembre de 2012 se mantiene el periodo de cinco años para el paso desde el sistema de entrada al sistema básico de condiciones retributivas, de acuerdo con las siguientes dos fases de promoción profesional: En cada grupo profesional existirán los siguientes niveles de desarrollo profesional: Nivel de entrada: es el nivel que preferentemente se asignará a los

trabajadores de nuevo ingreso. Corresponde al límite inferior de capacitación profesional fijado para cada grupo profesional. Nivel básico del grupo: es el nivel de capacitación correspondiente a un normal desempeño de las funciones inherentes a cada grupo profesional. Accederán a él progresivamente desde el nivel de entrada los trabajadores que cumplan el requisito del tiempo de permanencia exigido o de cualificación, experiencia y grado de desempeño fijados para cada grupo profesional. A este respecto se regulan las siguientes condiciones, a) Adquisición del nivel básico de capacitación inherente a cada grupo profesional. El período máximo de permanencia del trabajador en el nivel de entrada de cada grupo profesional queda establecido en 5 años, Para los efectos de este cómputo se sumará todos los períodos de contratación temporal en la empresa siempre que el trabajador desempeñe funciones similares encuadradas en la misma actividad. b) Desempeño óptimo de la prestación inherente a cada grupo. En este punto se tendrá en cuenta: -Valoración del desempeño (grado de responsabilidad y autonomía con que se desenvuelven las tareas asignadas, así como a eficacia en la ejecución de las referidas tareas). - Grado de capacitación alcanzado (funciones y ámbito de actuación que la cualificación profesional permite realizar y asumir): - Existencia de necesidades, organizativamente contrastadas, de recursos humanos en el grupo profesional a que se aspira. En caso de evaluarse positivamente los elementos anteriores se podrá producir la integración en el correspondiente grupo profesional, de acuerdo a la escala retributiva que se acompaña y que aquí se da por reproducida.

6º .- Con fecha 15/1/2014 la parte demandante había presentado demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, procedimiento nº 5/2014, que finalizó por sentencia de fecha 25/6/2014 en la que la Sala, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, desestimó la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CCOO) y la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra absolviendo en la instancia a la empresa demandada Cooperativa Farmacéutica Galega (COFAGA).

7°.- La representación legal de los trabajadores, una vez sustanciado el anterior procedimiento en la forma antedicha, acudió a la Comisión Paritaria a efectos de la resolución de la controversia y después de varias reuniones, celebradas con fechas 1, 13, 20, y 27/10/2014; 7 y 21/11/2014; 9/12/2014; 29/1/2015, se dieron por finalizadas con fecha 27/2/2015 sin acuerdo expreso, lo que motivó la interposición de la demanda rectora del presente conflicto colectivo.

8°.- La parte demandante asevera que la empresa no aplica lo estipulado en el artículo 40 del Convenio Colectivo, reproducido en su integridad en el apartado decimocuarto del Anexo II del Acuerdo, que denominan Pacto de Articulación y que la empresa procede a contratar personal a través de una empresa de Trabajo Temporal, lo que, consideran perjudicial para los trabajadores incluidos dentro de la Bolsa y que, asimismo, vulnera su derecho preferente de ocupar de un puesto de trabajo vacante, impidiéndoles que puedan consolidar las retribuciones que legalmente les corresponden como Nivel Básico de Grupo.

9°.- La Bolsa de Empleo de los trabajadores de COFAGA relativa al año 2009 contiene la referencia a los trabajadores dados de alta en dicha anualidad con las fechas de inicio de contrato, tipo de contrato y centro de trabajo reseñados en el documento de fecha 15/2/2010, obrante a los folios 112 a 116 que damos por reproducido. En la reunión de las partes social y empresarial celebrada el 6/10/2010 acordaron, en relación con la bolsa de empleo: "Entregar semestralmente al comité de empresa los tiempos de presencia en la misma. Incluir en esta a los trabajadores/as relevistas. Todos los trabajadores contratados actualmente. De manera extraordinaria a todos los trabajadores que fueron contratados a lo largo del 2009 y 2010 a través de las ETTs o directamente y que no formaban parte de la bolsa de empleo. Todos los trabajadores que están en la lista de la bolsa de empleo". Damos por reproducida la relación de trabajadores que consta en la documental de los folios 119 a 126 de autos.

10º.- En la reunión de la comisión paritaria de 1/10/2014, la empresa hizo entrega de la Bolsa de empleo actualizada al 12/9/2014 que, según aseveró, había sido entregada por correo electrónico al presidente del comité de empresa el citado día. Damos por reproducido el contenido de los documentos obrantes a los 4 folios 231 a 249 de autos. En la reunión de la comisión paritaria, celebrada el 13/10/2014, la parte social no reconoció la Bolsa de empleo presentada por la empresa en la reunión de la propia comisión paritaria de fecha 1/10/2014 alegando, la parte social, que no se correspondía con la Bolsa de empleo que les había sido entregada por la empresa en febrero de 2010, relativa al año 2009 y había sido ampliada conforme al acuerdo de la comisión paritaria de 6/10/2010.

11º.- En la reunión de la comisión paritaria de la Bolsa de Empleo, de fecha 29/1/2015, ambas partes, social y empresa, acordaron que la Bolsa de empleo quedase compuesta de acuerdo con lo definido en el acta de 21/11/2014, de la forma reseñada en el documento del folio 273 que damos por reproducido. En el folio 280 se inserta la respuesta dada por la parte empresarial a la social con fecha 27/2/2015 en cuyo punto 2º se establece que "sin embargo, a tenor de su escrito de fecha 29/1/2015 y que reiteran en el escrito referenciado, existe un total desacuerdo sobre los siguientes puntos de la negociación puesto que reiteran la petición/negociación/necesidad de fijar un número de puestos a cubrir (vacantes) y de personas nominales que deben cubrir estos puestos, lo que consideramos que está totalmente fuera de esta mesa de negociación cuyo objeto era regular la bolsa de empleo, aclarando la redacción del punto 14 del Acuerdo Marco", añadiendo que "por lo expuesto y dado que las negociaciones se encuentran en un absoluto punto muerto, y sin que sea posible llegar a punto de encuentro al partir de presupuestos/objetivos totalmente diferentes, damos por cerrada la presente mesa de negociación". A los folios 359 a 374 obra documental relativa a Bolsa de empleo actualizada al día 24/4/2015, que damos por reproducida. A los folios 400 a 405 se reseñan los contratos de trabajadores de 2014 a 31/8/2015.

12º .- Con fecha 29/4/2015 se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación que terminó sin avenencia».

QUINTO .- En el recurso de casación formalizado conjuntamente por el Sindicato Nacional de las CC.OO. de Galicia y la Cooperativa Farmacéutica Galega se consignan los siguientes motivos: A) Al amparo de la letra d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de la prueba; B) Al amparo de la letra e) del artículo 207 de la LRJS, denuncian que la sentencia recurrida incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia. Concretamente, en infracción del Acuerdo Marco para la competitividad de la empresa COFAGA en su Anexo II, apartado 14 º y apartado 3º, así como infracción de los artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil .

El recurso fue impugnado por la representación procesal de COFAGA.

SEXTO .- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que el recurso conjunto de los sindicatos CC.OO. y CIG debe ser desestimado.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida en casación de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2015 , (autos 25/2015), desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CCOO) y la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la empresa Cooperativa Farmacéutica Galega, en la que se solicita que se declare la obligación de la empresa a proceder a la aplicación de las normas en materia de Bolsa y Empleo y Nivel de Desarrollo profesional, en los términos establecidos en el Pacto de Articulación suscrito entre la empresa demandada y la representación legal de los trabajadores en fecha 18 de marzo de 2013, antiguos artículos 9 y 40 del antiguo Convenio Colectivo de COFAGA .

Con base en los hechos probados que hemos transcrito en los antecedentes de esta resolución, la sentencia recurrida sustenta su decisión en la circunstancia de que no ha resultado acreditado que la empresa haya incurrido en contrataciones irregulares de trabajadores que no respetasen lo acordado por las partes en la gestión de la bolsa de trabajo, no apreciando la Sala la existencia de prueba suficiente que acredite tal actuación fraudulenta, como expresamente se dice, tras haber analizado detenidamente la prueba documental aportada por la empresa a requerimiento de los demandantes y una vez cotejada "de manera exhaustiva" esa profusa documentación, añadiendo, que el hecho de que la empresa haya subcontratado para la gestión de su personal temporal y en consecuencia de la bolsa de empleo a una ETT, no es en sí mismo constitutivo de vulneración de lo acordado entre la empresa con la representación del personal.

2.- Interponen recurso de casación los sindicatos demandantes, que articulan en dos motivos diferentes.

El primero, al amparo de la letra d) del art. 207 LRJS interesa la modificación del hecho probado octavo y la adición de un nuevo ordinal undécimo bis.



El segundo por la vía del art. 207, e) LRJS denuncia infracción de los artículos 1281 y 1283 del Código Civil y del Acuerdo Marco para la competitividad firmado por la empresa y la representación de los trabajadores en su Anexo II, apartado 14 y apartado 3°.

3.- Formula escrito de impugnación la empresa que se opone a la estimación del recurso, en coincidencia con lo postulado por el Ministerio Fiscal en su informe.

SEGUNDO. 1.- La resolución del primer motivo del recurso exige partir de la consolidada doctrina en la materia que recuerdan nuestra sentencias de 2 de marzo de 2016 (rec. 153/2015), y las muchas que allí se citan, conforme a la cual, "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

Tras lo que advertimos "El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas".

Para destacar finalmente la reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), que viene exigiendo, para que el motivo prospere: "1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse). 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica. 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa. 4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas (no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada). No cabe apreciarlo si ello comporta repulsa de las facultades valorativas de la prueba, privativas del Tribunal de instancia, cuando estas atribuciones se ejercitan conforme a la sana crítica, porque no es aceptable que la parte haga un juicio de evaluación personal, en sustitución del más objetivo hecho por el Juzgador de instancia. 5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que

contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte".

TERCERO.- 1.- De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la aplicación al caso de tales parámetros obliga a desestimar este primer motivo del recurso conforme pasamos a razonar.

El hecho probado octavo establece "La parte demandante asevera que la empresa no aplica lo estipulado en el artículo 40 del Convenio Colectivo , reproducido en su integridad en el apartado decimocuarto del Anexo II del Acuerdo, que denominan Pacto de Articulación y que la empresa procede a contratar personal a través de una empresa de Trabajo Temporal, lo que, consideran perjudicial para los trabajadores incluidos dentro de la Bolsa y que, asimismo, vulnera su derecho preferente de ocupar de un puesto de trabajo vacante, impidiéndoles que puedan consolidar las retribuciones que legalmente les corresponden como Nivel Básico de Grupo".

La redacción alternativa que proponen los recurrentes es la siguiente "La empresa no aplica lo estipulado en el artículo 40 del Convenio Colectivo, reproducido en su integridad en el apartado decimocuarto del Anexo II del Acuerdo, que denominan Pacto de Articulación y la empresa procede a contratar personal a través de una empresa de Trabajo Temporal, lo que resulta perjudicial para los trabajadores incluidos dentro de la Bolsa y que vulnera su derecho preferente a ocupar de un puesto de trabajo vacante, impidiéndoles que puedan consolidar las retribuciones que legalmente les corresponden como Nivel Básico de Grupo".

Y para el nuevo ordinal undécimo bis, postulan el siguiente redactado: " La empresa procede a la contratación de trabajadores nunca han pertenecido a la Bolsa de Empleo del año 2009 ni del año 2010, y lleva a cabo la contratación de estos nuevos trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal, sin abonar el Nivel Básico de Grupo establecido en el Acuerdo derivado del pacto de Articulación ya mencionado en el hecho probado tercero, con evidente perjuicio para los trabajadores que forman parte de la citada Bolsa".

En ambos casos se sustenta la pretensión revisoria en los mismos argumentos y documentos que se citan genéricamente, de folios 400 a 406, 112 a 227, 686 a 721.

2.- Ninguna de las dos modificaciones puede ser acogida.

Ante todo, porque la redacción alternativa propuesta es en realidad una conclusión jurídica predeterminante del fallo que supone en sí misma la directa resolución del asunto, al establecer que la empresa no aplica el art. 40 del Convenio Colectivo, lo que constituye justamente el objeto del litigio, añadiendo valoraciones jurídicas relativas a la vulneración de los derechos de los trabajadores que no tienen cabida en la resultancia fáctica.

Y en segundo lugar, porque de la cita tan genérica de los mismos documentos que ya han sido analizados por el Tribunal de instancia, de "manera exhaustiva" como dice la sentencia, no se demuestra un error evidente de apreciación que deba ser rectificado.

La sentencia razona, tras un riguroso análisis de los documentos aportados por la empresa, que ha llegado a la motivada conclusión de que la inmensa mayoría de los trabajadores contratados formaban parte de la bolsa de empleo con anterioridad a la

fecha de su contratación, sin que el mero listado presentado por los demandantes pueda conducir a lo contrario, porque no resulta corroborado con los datos de los contratos de trabajo que la propia parte aporta ni con los presentados por la empresa a instancia de los demandantes.

Tan concluyente pronunciamiento no queda en modo alguno desvirtuado por las genéricas alegaciones del recurso a la prueba documental, que en realidad pretenden sustituir la objetiva e imparcial valoración del Tribunal de instancia por la más subjetiva e interesada de parte.

CUARTO. 1.- Al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS se formula el motivo segundo que denuncia infracción del Acuerdo Marco para la competitividad de la empresa demandada en su Anexo II ( acuerdo de anexión al Convenio Colectivo estatal de Distribuidores de Productos Farmacéuticos), apartado 14 ° y apartado 3º del mismo Anexo, antiguos arts. 40 y 9 del Convenio de empresa, así como de los arts. 1281 y 1283 del Código Civil.

Sostienen los recurrentes que la empresa habría incumplido las condiciones previstas en el pacto que regula la bolsa de trabajo, al contratar a trabajadores que no han formado parte de las mismas y ceder su gestión a una Empresa de Trabajo Temporal.

2.- La primera de tales objeciones exigiría como premisa ineludible que se hubiere acreditado que la empresa efectivamente ha contratado a trabajadores no incluidos en la bolsa, o sin seguir lo reglamentado en aquel acuerdo.

Como bien indica la sentencia recurrida, las reglas de distribución de la carga de la prueba del art. 217 LEC imponen a los demandantes la acreditación de las

circunstancias de hecho en las que sustentan sus pretensiones, que pasan en este caso por demostrar que la empresa efectivamente ha realizado contrataciones sin atenerse a las reglas que rigen la bolsa de trabajo. En lo que debe tenerse especialmente en cuenta lo que establece el número 7 de aquel precepto: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

De lo que se desprende que al estar la empresa más cercana a la fuente de la prueba, a ella le corresponde aportar la documentación relativa a la contratación de sus trabajadores para discernir tal extremo. Así se ha hecho en este caso a petición de los demandantes, a los que el Tribunal ha ofrecido además la posibilidad de presentar conclusiones en los términos previstos por el art. 87 LRJS, para valorar esa extensa prueba documental aportada por la empresa.

Con todo ese acervo probatorio el órgano judicial ha llegado razonadamente a la rotunda y motivada conclusión de que no se ha demostrado que la empresa hubiere contratado a trabajadores que no estuvieren incluidos en la bolsa de trabajo, al margen de algún posible caso aislado e insignificante que no sería relevante en los términos mayoritarios en que se plantea el conflicto colectivo.

Inalterado el relato de hechos probados, no concurre la base fáctica que ineludiblemente debería de haberse acreditado para el éxito del recurso, que debe por ello desestimarse en este extremo.

3.- La segunda de las objeciones de los recurrentes, en la que más acento se pone, viene referida a la utilización por la demandada de una empresa de trabajo temporal para gestionar la bolsa de trabajo.

Bien destaca el Ministerio Fiscal en su informe que este alegato supone en realidad alterar los términos de la demanda, en la que la infracción imputada a la empresa demandada era la de haber contratado a trabajadores pertenecientes a empresas de trabajo temporal en lugar de a los inscritos en la bolsa de trabajo. Se modifica ahora ese argumento, en el sentido de que la empresa de trabajo temporal solo habría actuado como mera gestora de la bolsa de empleo.

Con independencia de que esta alteración en la línea argumental de defensa pudiere constituir una modificación sustancial de la demanda, la sentencia le da cumplida y acertada respuesta, al señalar que ese modo de gestión de la bolsa de empleo no está vedado en las normas que la regulan.

Conforme al acuerdo de creación de la bolsa de empleo que se transcribe en los hechos probados, las normas que deben respetar ambas partes se refieren a la inclusión o exclusión de unos determinados trabajadores; la actualización del listado; la necesidad de que la empresa haga un informe semestral al comité de empresa y las reglas en la cobertura de vacantes indefinidas o temporales.

Descartada ya la imputación de que la empresa hubiere contratado a personal que no estaba incluido en la bolsa de empleo, no es dable apreciar ningún otro incumplimiento de las referenciadas reglas, entre las que no hay ninguna prohibición que, directa o indirectamente, impida a la empresa recurrir a la subcontratación de los servicios de una empresa especializada para la gestión de ese personal, siempre que se respeten todas las demás condiciones que contempla el acuerdo.

También en este punto hubiere sido necesaria una prueba concluyente de parte de los demandantes para acreditar que la encomienda de la gestión de la bolsa de empleo a una ETT ha dado lugar a la preterición de los trabajadores incluidos en la misma, o a cualquier otra irregularidad contraria a sus previsiones.

La sentencia recurrida niega rotundamente que las circunstancias de hecho que han quedado probadas permitan llegar a esa conclusión, por lo que la mera y abstracta invocación de la intervención de una ETT en la gestión de la bolsa de empleo no es por sí sola suficiente para estimar una pretensión tan genérica como la articulada en la súplica de la demanda, esto es, "que se declare la obligación de la empresa a proceder a la aplicación de las normas en materia de Bolsa y Empleo y Nivel de Desarrollo profesional, en los términos establecidos en el Pacto de Articulación suscrito entre la empresa demandada y la representación legal de los trabajadores en fecha 18 de marzo de 2013, antiguos artículos 9 y 40 del antiguo Convenio Colectivo de COFAGA ", siendo que la sentencia recurrida no considera probado ningún hecho concreto que pudiese suponer la vulneración por la empresa de los términos del acuerdo.

QUINTO. Lo anteriormente razonado, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, obliga a la íntegra desestimación del recurso. Sin costas.

FALLO:

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por Sindicato Nacional de las CCOO de Galicia, y Sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la sentencia dictada el 28 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en procedimiento de demanda sobre conflicto colectivo núm. 25/2015, seguido a instancia de los ahora recurrentes contra la Cooperativa Farmacéutica Galega (COFAGA). Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.



## **7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2016**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- La demandante Doña Matilde , con DNI NUM000 , viene prestando servicios para la demandada Sociedad Estatal Correos y Telégrafos de forma ininterrumpida desde el 21 de junio de 1999, con la categoría profesional de agente de clasificación 2 y salario mensual de 1.720,06€, con prorrata de pagas extras (media mensual de retribuciones de marzo de 2012 a febrero de 2013: 1.800,97; 1.83874; 1.832,74; 1.726,83; 1.816,36; 1.816,36; 1.857,53; 1.767,01; 1.471,45; 1.622121; 1,743,24 y 1.795,30), en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad por sustitución, para sustituir a D. Miguel Ángel (cláusula quinta), "en situación de comisión de servicios y se extinguirá por la incorporación del trabajador sustituido, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación". Con anterioridad a dicha contratación, la demandante había prestado servicios para la demandada durante 409 días entre el 3 de agosto de 1994 y el 17 de junio de 1999.

2º.- En fecha 13 de marzo de 2013, la demandada comunicó a la demandante su cese en los términos siguientes: "De conformidad con lo estipulado en el art. 49, apartado b) del Estatuto de los Trabajadores , así como en la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito entre Vd. y Correos y Telégrafos con fecha 2110611999 al amparo del art. 40 del Real Decreto 2 720/1998 de 18 de diciembre, le comunico que dicho contrato quedará extinguido el día 1710312013 por finalización de la causa que dio lugar a la sustitución".

3°.- El sustituido D. Miguel Ángel pasó a desempeñar en funciones un puesto de nivel 12 del real Control de Explotación de Pontevedra a partir del 21 de junio de 1999. Fue designado, con efectos del 12 de noviembre de 2007, jefe de Administración Postal y Telegráfica, en la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Pontevedra, en comisión de servicios. En fecha 25 de febrero de 2013, la demandada autorizó el pase a la situación de excedencia voluntaria incentivada del citado funcionario, con efectos del 17 de marzo de 2013. El Sr. Isidoro solicitó la jubilación voluntaria a partir del 18 de septiembre de 2013.

4°.- En fecha 17 de noviembre de 2006, la demandada comunicó a la demandante el cambio de categoría profesional de acuerdo con el nuevo sistema de clasificación profesional previsto en el II Convenio Colectivo, cuya entrada en vigor se había producido el 1 de octubre de 2006. La integración en el nuevo sistema suponía, según la citada comunicación, la homologación de sus condiciones laborales y retributivas, la ampliación de sus posibilidades de promoción y, en todo caso, la garantía de sus retribuciones en cómputo anual. En abril de 2008 se implantó una nueva franja horaria desde las 5:00 a las 12:00 horas dentro del turno de mañana y se ofreció a los trabajadores de dicho turno que voluntariamente lo solicitasen. La demandante solicitó el pase a dicho turno, lo que fue aceptado por la demandada. La implantación de dicho turno de trabajo fue acordada para reorganizar el servicio ante la implantación de determinados procesos de mecanización en Santiago y para cubrir vacantes por jubilaciones del horario nocturno.

5°.- Se intentó sin avenencia la conciliación obligatoria ante la SMAC».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Matilde , contra Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA, declaro improcedente el despido del trabajador demandante y, en su consecuencia,

condeno a la demandada a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, de acuerdo con un salario regulador que se concreta en la cantidad de 57,34 euros diarios, o, a elección del empresario, al abono de la indemnización de 34.816,88 €, calculada de acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera. En el supuesto de opción por la indemnización, se entenderá producida la extinción de la relación laboral en la fecha de cese efectivo en el trabajo. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período de devengo de los salarios de tramitación».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa "SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.", contra la sentencia de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de los de Pontevedra , en proceso promovido por doña Matilde frente a la empresa recurrente, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, y, con desestimación de la demanda rectora del proceso, debemos absolver a la empresa demandada de las pretensiones en su contra deducidas».

TERCERO.- Por la representación de D<sup>a</sup>. Matilde se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el

2 de julio de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria en fecha 25 de junio de 2007.

CUARTO.- Con fecha 5 de febrero de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez García de la Serrana, al anunciar el anterior designado, voto particular.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si un contrato temporal de interinidad por sustitución puede válidamente extinguirse cuando finaliza la comisión de servicio del sustituido cualquiera que fuere la duración de ésta, o si por durar la comisión de servicio más de lo previsto cabe que el contrato temporal se convierta en indefinido.

2. La sentencia ahora recurrida en casación unificadora por la trabajadora demandante (STSJ/Galicia 12-mayo-2014 -rollo 762/2014), entiende que el contrato de interinidad por sustitución fue válidamente extinguido por la empleadora al finalizar la situación de comisión de servicios que disfrutaba el sustituido. Como antecedentes de hecho deben destacarse: Que la demandante ha prestado sus servicios a la demandada

Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA de forma ininterrumpida, desde el 21-06-1999, con la categoría profesional de agente de clasificación 2, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad por sustitución, para sustituir a Don Miguel Ángel. en situación de comisión de servicios y se extinguirá por la incorporación del trabajador sustituido, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación. El sustituido pasó a la situación de excedencia voluntaria, con efectos del 17-03-2013 y el 13-03-2013, la demandada comunicó a la demandante su cese indicándole que: De conformidad con lo estipulado en el art. 49, apartado b) del ET , así como en la cláusula 7ª del contrato de trabajo, suscrito al amparo del art. 40 del RD 2720/1998 de 18 de diciembre , le comunico que dicho contrato quedará extinguido el día 17-03-2013 por finalización de la causa que dio lugar a la sustitución.

Para fundar su decisión la sentencia recurrida argumenta que << este Tribunal en sentencia de fecha 17-07-2006 (rec 2898/2006), ya declaró en su momento que "la prolongación de la comisión de servicios del trabajador sustituido por la demandante más allá del plazo autorizado, no revierte la situación laboral de ésta, de modo que no transforma su relación de trabajo temporal en indefinida ni, por tanto, su cese en despido improcedente, porque aunque aquella comisión de servicios excedió los plazos del art. 59.4 del Reglamento de Personal al Servicio del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos (Real Decreto 6-10-95) estaríamos, en su caso, ante un acto administrativo anulable ( art. 63) y no nulo ( art. 62) de la Ley 30/92 de 26-11 ..., a hacer valer por cauce específico">>; así como que <<Más recientemente, en sentencia de 10-05-2011 (rec 2588/2010), el Tribunal Supremo ha venido a confirmar incluso la doctrina de esta Sala, concluyendo que "la normativa actualmente vigente ... afirma que «la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva» [art. 4.2.b)]. Como es fácilmente observable, la única variación se limita -por lo que se refiere a la duración del contrato- a sustituir la frase «subsista el derecho del trabajador sustituido» por «el tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido»; diversa redacción que ciertamente no justifica cambio de criterio

en la doctrina de la Sala que había interpretado el art. 4 del RD 2546/1994 , pero que sí ofrece un mayor fundamento para obtener una determinada conclusión, favorable a la persistencia temporal de la interinidad, en supuestos -como el de autos- de una innegable generalidad en la expresión de la causa del contrato ... y de sucesión -sin solución de continuidad- de singulares causas de suspensión ..., por eso mismo y porque persiste «la ausencia del trabajador sustituido» [precitado art. 4.2 .b)], no llegó a producirse la extinción del contrato">>.

3. En la sentencia invocada por la trabajadora recurrente como contradictoria (STSJ/Cantabria 25-junio-2007 -rollo 461/2007 ), se confirma la sentencia de instancia en la que se declaró el carácter de trabajadora laboral indefinida de la misma entidad empleadora, <<pese a su contratación formal como personal temporal interino, al menos desde el 22-11-2000, fecha en que suscribió contrato de trabajo temporal para sustituir al trabajador designado ..., ausente de su puesto de trabajo desde entonces, en comisión de servicios para distintas plazas, habiendo superado el plazo reglamentario que se establece como duración máxima de la comisión voluntaria, de un año>>, puesto que la sentencia de instancia sobre la demanda declarativa se dictó en el año 2007. Para llegar a tal conclusión, se razona, en esencia, en la citada sentencia referencial que <<La causa que motiva la contratación temporal de la actora ...es pues, la comisión de servicios también temporal, de personal de la entidad que por ser titular de la plaza, ostenta derecho a reserva del puesto que ocupa, la sustituta>>, que <<La comisión inicial del año 1999, es regulada por el RD 1638/1995, de 6 de octubre, que en su art. 59.4 establecía que la comisión voluntaria, tendrá una duración de seis meses, prorrogables por otros seis, en el supuesto que no hubiese sido cubierta reglamentariamente la plaza. Limite que el art. 29.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, lo rebaja a tres prorrogables por otros tres, y las de interés particular del trabajador (art. 30), mantienen el plazo de seis meses, prorrogable a otros seis. El I Convenio Colectivo para el personal laboral de la entidad, vigente desde 2004 (BOE de 28-5-2004), regula el contrato de interinidad, como el suscrito por la actora, con previsión de su extinción, por reincorporación o cese de la causa de reserva de puesto o el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación>>, que <<La comisión de servicios del trabajador

sustituido ha desbordado el plazo del año, máximo, para la reserva del puesto de trabajo, y aun siendo discrecional la cobertura de puesto de trabajo, sin titular que ocupa el sustituido por la demandante, puesto que la contratación temporal de la demandante es causal, sometida a duración determinada, aunque incierta en el fin de la causa, al exceder el plazo legal y convencionalmente fijado para la causa de la sustitución que lo motiva, se entiende, como en la instancia que la duración abusiva de la temporalidad pactada con la trabajadora constituye fraude de ley, sancionado en el art. 15 del ET con su declaración de laboralidad indefinida, por lo que no incurre en infracción de las normas denunciadas, y no fijo, aun con la modificación operada en la personalidad de la entidad demandada>>, concluyendo que <<Si se incumplen los periodos máximos de contratación temporal, en comisión de servicios voluntaria, con reserva de puesto que se agota en los indicados en la instancia, de forma que de incorporarse el sustituido, no lo será, en atención a las norma reguladora de la citada e invocada comisión voluntaria, sino de la mera decisión de la empleadora, al no estar amparada en la causa legal de la contratación que motivó la sustitución, sí, constituye el fraude ley indicado y convierte la contratación de la sustituta en indefinida, por lo que se desestima el recurso formulado y se confirma la sentencia recurrida>>.

4. De lo expuesto se deriva que, concurre el requisito de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, puesto que, como también destaca el Ministerio Fiscal en su informe, respecto a litigantes en idéntica situación, las sentencias objeto de comparación, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, han llegado a pronunciamientos distintos. Así, mientras que la recurrida concluye que, a pesar de que el contrato tuvo vigencia desde el 21-06-1999 al 17-03-2013, dicho contrato de interinidad por sustitución fue válidamente extinguido por la empleadora al finalizar la situación de comisión de servicios que disfrutaba el sustituido; mientras que la sentencia referencial declaró el carácter de trabajadora laboral indefinida de la misma entidad empleadora, pese a su contratación formal como personal temporal interino, al haberse superado el plazo que se establece como duración máxima de la comisión voluntaria de un año.

SEGUNDO.- 1. Procede, por tanto, entrar a conocer de la cuestión litigiosa, invocando la trabajadora recurrida como infringidos por la sentencia de suplicación impugnada los arts. 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el art. 4.1 y 2.b) del Real Decreto 2720/1998.

2. La normativa básica a tener en cuenta para resolver la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora, está constituida, esencialmente, por el art. 15 ET, en la redacción vigente en la fecha de la extinción contractual, y por los arts. 1, 4 y 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (por el que se desarrolla el art. 15 ET en materia de contratos de duración determinada) norma en vigor al tiempo de ser contratada la actora.

3. Preceptúa el Estatuto de los Trabajadores, en cuanto ahora concierne, que:

"El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada " y que " Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: ... c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución " (art. 15.1.c).

4. Por otra parte, en cuanto ahora más directamente afecta, dispone el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que:

a) De conformidad con lo establecido en el art. 15.1 ET, "se podrán celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: ... c/ Para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo " (art. 1).



b) "El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual " (la denominada interinidad por sustitución) y que " se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva " (la denominada interinidad por vacante) (art. 4.1).

c) " La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo " (relativo a la interinidad por sustitución) y, por otra parte, respecto a la interinidad por vacante, que "... la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima " y " En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica " (art. 2.b).

d) En cuanto a la extinción, que " Los contratos de duración determinada se extinguirán, previa denuncia de cualquiera de las partes, por las siguientes causas: ... c/ El contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas: 1.ª La reincorporación del trabajador sustituido.- 2.ª El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.- 3.ª La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.- 4.ª El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas " (art. 8.1).

5. La doctrina de esta Sala con relación a los contratos de interinidad por sustitución (reflejada, entre otras muchas, en las SSTS/IV 24-enero-2000 -rcud

652/1999, 30-octubre-2000 -rcud 2274/1999 , 26-septiembre-2002 -rcud. 143/2002 , 18-julio-2003 -rcud 4175/20012 , 16-mayo-2005 -rcud 2646/2004 , 25-enero-2007 - rcud 5482/2005), se sintetiza en la STS/IV 10-mayo-2011 (rcud 2588/2010 ), en la que se dice:

«La doctrina de la Sala sobre la materia que tratamos [extinción del contrato de interinidad] ha sido del todo acorde a las fluctuaciones que ha tenido la regulación legal de tal figura jurídica.».

«Así, durante la vigencia del Decreto 2303/1980 [17/Octubre], cuyo art. 3.2 disponía que «El contrato con el sustituto se extinguirá por la reincorporación a su debido tiempo del trabajador sustituido», la Sala entendió -como observa la STS 20/01/97 [rcud 967/96 ]- que «aun cuando el modo más propio y normal de extinción de su contrato era el que tiene lugar mediante la reincorporación del sustituido, ello no suponía que fuese la única forma de extinción del mismo, pues ésta también se producía cuando desaparecía la reserva del puesto de trabajo en favor del sustituido, de ahí que si concluía o quedaba suprimido este derecho a la reserva del puesto, "por razón de muerte, invalidez permanente, jubilación de aquél o por su no reincorporación en plazo", el contrato de interinidad también perdía su vigencia» [así, en las Sentencias de 18/07/86; 21/07/86; y 30/09/86. Todas citadas por la antes referida del año 1997]».

«Posteriormente, el art. 4.2.d) del RD 2104/1984 [21/Noviembre ] normó que los contratos de interinidad «se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido», y en interpretación de esta norma la Sala entendió - con variación doctrinal ajustada a la normativa- que el contrato de interinidad se convertía -conforme a tal disposición legal- en indefinido cuando el trabajador sustituido fallecía, se declaraba en situación de IP extintiva del contrato o no se reincorporaba a la empresa en tiempo debido [valgan de ejemplo las SSTs 21/06/93 - rcud 3532/92 -; 14/02/94 -rcud 1778/93 -; y 24/05/94 -rcud 2709/93 -)».

«Pero el RD 2546/1994 [29/Diciembre] modificó en términos sustanciales la regulación, al disponer en su art. 4 que la duración del interinato «será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva del puesto de trabajo» [apartado b)] y que el contrato se extinguirá -entre otras causas- por «la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo». Y por ello, tras la entrada en vigor de ese Real Decreto, la Sala ha declarado con reiteración que el contrato de interinidad celebrado a su amparo está sometido a término, extinguiéndose cuando desaparece la causa que motivó la sustitución y, por tanto, el derecho a la reserva de puesto del sustituido ( SSTS 20/01/97 -rcud 967/96 -; 22/10/97 -rcud 3765/96-; 24/01/00 -rcud 652/99 ; y 30/10/00 -rcud 2274/99 -. También ATS 09/06/98 -rcud 188/98 - que inadmite por falta de contenido casacional)».

«La normativa actualmente vigente -y en la que el supuesto enjuiciado se ampara- está constituida por el RD 2720/1998 [18/Diciembre], que ofrece alguna divergencia literal respecto de las previsiones de la anterior legislación en lo que a la materia objeto de debate se refiere, pues si bien mantiene como causa expresa causa de finalización del contrato «La extinción de la causa que dio lugar a la reserva» [art. 8.c).3ª], sin embargo afirma que «la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva» [art. 4.2.b)]. Como es fácilmente observable, la única variación se limita -por lo que se refiere a la duración del contrato- a sustituir la frase «subsista el derecho del trabajador sustituido» por «el tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido»; diversa redacción que ciertamente no justifica cambio de criterio en la doctrina de la Sala que había interpretado el art. 4 del RD 2546/1994 , pero que sí ofrece un mayor fundamento para obtener una determinada conclusión, favorable a la persistencia temporal de la interinidad, en supuestos -como el de autos- de una innegable generalidad en la expresión de la causa del contrato [«sustituir a trabajadores/as con derecho a reserva del puesto de trabajo»] y de sucesión -sin solución de continuidad- de singulares causas de suspensión».

6. Sobre la prolongación del contrato de interinidad más allá del periodo máximo previsto en la normativa de Correos y Telégrafos, la doctrina de la Sala se ha adaptado a la evolución de la normativa legal y resumidamente ha declarado que este hecho no da lugar a la conversión en indefinido del contrato de interinidad porque ello no está previsto ni en el art. 4-2-d) del R.D. 2546/1994 que derogó el R.D. 2104/84, ni en el art. 4-2-d) del R.D. 2720/1998 , que derogó el de 1994 y que estaba vigente al tiempo de celebrarse el contrato de interinidad que nos ocupa.

En un supuesto como el presente, contrato de interinidad celebrado por la hoy demandada y que se extinguió pasado más de un año, esta Sala en su sentencia de 29-9-2002 (Rcud. 143/2002) dijo:

«El problema de fondo que se plantea en este recurso se contrae a determinar si el contrato de interinidad válidamente suscrito al amparo de lo que establece el art. 4 del R.D. 2720/98 , se extingue "por la extinción de la causa que dio origen a la reserva del puesto de trabajo", tal y como se dice en la cláusula quinta del contrato».

«Esta Sala ha resuelto el tema en las sentencia de 20 de enero de 1.997 , y 30 de octubre de 2.000, que es precisamente la invocada por el recurrente como contradictoria, y en una situación similar. En esta última sentencia reproduciendo los razonamientos de la sentencia allí citada como contraria de 20 de enero de 1.997 , después de analizar la sentencia de contraste la normativa anterior derogada, se decía literalmente: "Sin embargo, el antedicho Real Decreto 2546/1994 ha derogado expresamente el Real Decreto 2104/1984, tal como prescribe su Disposición Derogatoria Unica. Y además ha reformado de forma manifiesta la regulación de la específica materia que estamos tratando, pues de su texto se ha eliminado la disposición que establecía el art. 4.2 d) del Decreto 2104/1984 , sobre la conversión en indefinidos de los contratos de interinaje cuando no tenía lugar la reincorporación del sustituido en

el plazo fijado al respecto; lo cual hace lucir con nitidez que tal conversión ya no puede tener efectividad en los contratos concertados en el ámbito temporal de vigencia de la nueva normativa. A lo que se añade, para disipar toda clase de dudas, que, como se expuso más arriba, el art. 4.2-c) del nuevo Decreto incluye entre las causas extinción de contrato de interinidad, "la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo", de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido".».

En igual sentido, pueden citarse nuestras sentencias de 27 de febrero de 2013 (R. 736/2012) y 13 de mayo de 2013 (R. 1666/2012) dictadas en supuestos de contratos de interinidad por vacante suscritos por la demandada en los que se sobrepasó el periodo de tres meses para cubrir la vacante. En la segunda de ellas se dice:

«En los supuestos de interinidad por vacante suscritos antes y después de que la empleadora «Correos y Telégrafos» hubiese adquirido la condición de sociedad anónima, el plazo de cobertura para las vacantes no es el de tres meses que establece el art. 4.2.b).2º RD 2720/1998 [18/Diciembre ], sino el propio del proceso de selección (aparte de otras muchas anteriores y que en ellas se citan, SSTS 14/05/08 -rcud 2240/06-; 21/05/08 -rcud 4607/06 -; 29/05/08 -rcud 2979/06 -; 04/06/08 -rcud 4737/06-; y 13/06/08 -rcud 4863/06 -). Y al efecto argumentábamos que «la duración del contrato de interinidad viene regulada en el art. 4.2.b RD 2720/98, distinguiendo entre el ámbito privado [«tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses»] y el de las Administraciones públicas [«la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica»]. Por lo que - en principio- desde el momento en que Correos y Telégrafos dejó de ser entidad pública empresarial [DA 11ª LOFAGE] para convertirse en sociedad anónima estatal [ art. 58 Ley 14/00, de 29/Diciembre], su régimen jurídico a los efectos debatidos había de ser el previsto para el ámbito privado en el art. 4.2.b) RD 2720/1998, con el límite de tres

meses para la interinidad; lo confirmarían el art. 58.17 Ley 14/00 , sobre constitución de la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima» [«a partir de la fecha de inicio de la actividad ... el personal que la sociedad necesite contratar ... lo será en régimen de derecho laboral»], el art. 2 LGP y la DA 12ª LOFAGE , que se remiten al ordenamiento jurídico privado. ... Pero la misma DA 12ª LOFAGE exceptúa las «materias en que les sean de aplicación la normativa de contratación»; materia que en el ámbito laboral se conecta con los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección del personal. Y más en concreto, la sociedad estatal demandada no se ha excluido por completo de los criterios públicos de provisión de puestos de trabajo: así, el art. 58 Ley 14/00 , en sus números 7 y 12, con remisión -transitoria- al RD 1638/1995, de 6/Octubre, cuyos preceptos justifican que se aplique a la sociedad estatal el régimen previsto en el art. 4.2.b RD 2720/98 para las Administraciones públicas; el Convenio Colectivo de 2003/2004 [BOE de 13/02/03] mantiene los sistemas formalizados de provisión de puestos de trabajo; y lo mismo hace el RD 370/2004 [5/Marzo], por el que se aprueba el Estatuto de Personal de la sociedad estatal demandada. Regulación toda ella que no significa privilegio alguno, sino más bien una carga en orden a la competencia en el sector que regula la Directiva 97/67/CE».

«No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la «falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada» (STS 20/03/96 -rcud 2564/95), «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 -rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este

sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05-; y 29/06/07-rcud 3444/05).».

TERCERO.- La aplicación de la anterior normativa y jurisprudencia al caso de autos obliga a desestimar el recurso, como ha dictaminado el Ministerio Fiscal en su informe. En efecto, el artículo 15-1-c del ET en relación con el art. 4-2-b) del RD 2720/1998 , vigente al tiempo de suscribirse el contrato de interinidad, no establecía la conversión del mismo en indefinido por la superación de los teóricos plazos de duración del mismo, por cuanto disponía que el contrato subsistía mientras durase la ausencia del trabajador sustituido, mientras no se reincorporase, razón por la que, al no existir limitación legal o reglamentaria respecto a la duración del contrato de interinidad, hay que entender que el contrato subsiste mientras el sustituido conserva el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, razón por la que los límites que el art. 59-4 del RD 1638/1995 supuestamente establecía no afectan a lo dicho, máxime cuando allí no se dispone ni que la superación de los mismos conlleve la pérdida del derecho a reserva del puesto de trabajo, ni la conversión en indefinido del contrato de interinidad, sino la necesidad de cubrir la plaza convocando el oportuno concurso, lo que casa mal con el derecho del trabajador sustituido a volver al puesto que se le reserva. No controvertido que el sustituido conservaba el derecho a reintegrarse al puesto que se le reservaba, resulta evidente que el contrato de interinidad subsistía como tal y no se novaba en otro mientras tal hecho no acaeciera o mientras no se produjera un hecho que impidiera la reincorporación, como ocurrió cuando el interesado pidió la excedencia voluntaria, hecho que motivó la extinción del contrato de interinidad que acordó la demandada y la sentencia recurrida declara ajustado a derecho, lo que obliga a confirmarla. Sin costas.

#### FALLO:

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

1.- Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Matilde, representada y asistida por el letrado D. Virgilio contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 762/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, en autos nº 250/2013, seguidos a instancias de ido a instancia de D<sup>a</sup>- Matilde contra Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. 2.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina a la sentencia de fecha 8-junio-2016 (rcud 2258/2014).

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en fecha 8-junio-2016 (rcud 2258/2014).

La discrepancia se fundamenta, en esencia, en dos puntos:

1º) En primer lugar, en que la sentencia mayoritaria concluya, de lo que discrepo, que un contrato laboral de interinidad por sustitución pueda permanecer válidamente vigente durante cerca de 13 años y que se extingue correctamente (sin que constituya despido y sin derecho a indemnización) cuando se reincorpora el sustituido o se produce un hecho que impide la reincorporación (en el presente caso, la obtención de excedencia voluntaria del sustituido), y ello, a pesar de haber sido concertado el contrato de interinidad por la Sociedad Estatal empleadora para sustituir a un funcionario al que se designó en comisión de servicio para otra plaza y que superó ampliamente el plazo máximo de un año que para dichas comisiones se establece en el correspondiente Estatuto del Personal de la Sociedad Estatal aprobado por Real Decreto



(por lo que la interinidad pactada quedó sin causa que la justificara) , pasando durante los sucesivos años posteriores a servir distintas plazas, sin que consten ulteriores nombramientos en comisión de servicio. A mi entender, en el presente caso, tanto si se tiene en cuenta Real Decreto 1638/1995, como si se entendiera aplicable Real Decreto 370/2004, resulta que, cualquiera que fuera el tipo de comisión de servicio utilizada para adscribir al sustituido a otro puesto de trabajo vacante y posibilitar la contratación de interinidad por sustitución, cuando se le comunica a la trabajadora demandante el cese había transcurrido en exceso el plazo que habilitaba la existencia de una comisión de servicios en favor del funcionario sustituido, por lo que el contrato laboral temporal ya se había convertido en indefinido (no fijo) desde el momento en que transcurrió el año que habilitaba la situación de comisión de servicios del sustituido y el cese acordado debía haber sido calificado de despido. En los términos que más adelante se detallan.

2º) En segundo lugar, en que en posterior sentencia de esta misma Sala (STS/IV 5-julio-2016 -rcud 84/2015), -- integrada la sección por dos Magistrados distintos de la que dictó la presente sentencia mayoritaria --, se concluyó , -- acertadamente a mi juicio y cuya doctrina podría aplicarse por analogía al presente caso --, en el supuesto de una trabajadora de un Ayuntamiento que llevaba cerca de 9 años contratada como interina para sustituir a una titular en situación de excedencia voluntaria ordinaria (sin derecho, por tanto, a reserva del puesto de trabajo), que el contrato era fraudulento, la trabajadora interina indefinida y el cese un despido improcedente . En dicha STS/IV 5-julio-2016 se razona, entre otros extremos, sobre la interinidad por sustitución que:

a) << sin trabajador cuyo contrato se suspenda y conserve la reserva del puesto de trabajo tampoco es posible la celebración de un contrato de interinidad clásico >>;

b) << Lo cierto es que el contrato de interinidad realmente suscrito entre Interina y el Ayuntamiento expresa en si cláusula sexta que se celebra ,para sustituir a P.G.C., siendo la causa sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo,. En consecuencia, no queda más remedio que considerar sin cobertura normativa ese

negocio jurídico puesto que se basa en una premisa falsa. Desde ese punto de vista, de entrada, bien puede pensarse que estamos ante un contrato en fraude de ley ( art. 15.3 ET ) y que, con arreglo a jurisprudencia, consolidada desemboca en la consideración de la persona afectada como indefinida no fija, dada la condición del empleador >>;

c) << Entre otras, las SSTs 8 julio 2014 (rec. 2693/2013), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013), 11 febrero 2015 (rec. 840/2014), 9 marzo 2015 (rec. 1747/2015) o 22 octubre 2015 (rec. 3054/2014) han abordado las peculiaridades de la extinción del contrato de los indefinidos no fijos. Su doctrina es la siguiente: El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore, causas, que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET. Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente >> y que << Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE ) y a minorar los derechos de los trabajadores afectados >>.

d) Concluyendo que << A la catalogación como indefinido no fijo se accede como consecuencia de las anomalías detectadas en el contrato suscrito con Interina, tanto en su génesis cuanto en su desarrollo ulterior. Principios constitucionales, de Derecho de la UE y de legislación interna impiden que ahora se ignore la estabilidad en el empleo de quien ni estaba vinculada de manera temporal a su empresario, ni siquiera

es desplazada como consecuencia de que la plaza ocupada durante nueve años haya sido ocupada tras un procedimiento activado al efecto >> y que << La voluntad de reincorporarse al trabajo por parte de quien está en excedencia voluntaria merece también tutela, pero su expectativa no basta para justificar lícitamente la extinción automática de un contrato estable como es el de Interina, que lleva nueve años como indefinida no fija. No nos corresponde ahora clarificar si estamos ante una justa causa de extinción objetiva, si la Corporación debía haber rechazado la reincorporación, o si venía obligada a activar el procedimiento de cobertura del puesto de trabajo en cuestión>>.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se planteaba en el presente recurso de casación unificadora consistía en determinar sí un contrato laboral temporal de interinidad por sustitución, -- en el caso enjuiciado, para sustituir a un concreto funcionario que al que se le había concedido comisión de servicio --, puede válidamente extinguirse cuando finaliza la comisión de servicio del sustituido cualquiera que fuere la duración de ésta incluso sobrepasando la reglamentariamente establecida o si, por el contrario, de haberse mantenido la referida situación de comisión de servicio durante un periodo superior al contemplado en la normativa aplicable para tal situación, el contrato temporal debe convertirse en indefinido (no fijo) desde que desapareció la causa que justificaba la temporalidad y el cese acordado por la empresa pública es dable calificarlo de despido.

2.- La sentencia ahora recurrida en casación unificadora por la trabajadora demandante (STSJ/Galicia 12-mayo-2014 -rollo 762/2014), -- revocatoria de la sentencia de instancia (SJS/Pontevedra nº 1 de fecha 21-noviembre-2013 -autos 250/2013)--, entiende que el contrato de interinidad por sustitución fue válidamente extinguido por la empleadora al finalizar la situación de comisión de servicios que disfrutaba el sustituido. Figuraba, en esencia, en los HPs de la sentencia de instancia,

inalterados en suplicación, que: a) La demandante viene prestando servicios para la demandada , Sociedad Estatal Correos y Telégrafos , de forma ininterrumpida desde el 21-06-1999, con la categoría profesional de agente de clasificación 2, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad por sustitución, para sustituir a Don J.T.V., en situación de comisión de servicios y se extinguirá por la incorporación del trabajador sustituido, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación , (HP 1º); b) El sustituido pasó a desempeñar en funciones un puesto de nivel 12 del Área Control de Explotación de Pontevedra a partir del 21-06-1999, luego fue designado, con efectos 12-11-2007, jefe de Administración Postal y Telegráfica, en la Jefatura Provincial de Pontevedra, en comisión de servicios y en fecha 25- 02-2013 la demandada autorizó el pase a la situación de excedencia voluntaria incentivada del citado funcionario, con efectos del 17-03-2013 (HP 3º); y c) En fecha 13-03-2013, la demandada comunicó a la demandante su cese indicándole que „De conformidad con lo estipulado en el art. 49, apartado b) del ET , así como en la cláusula 7ª del contrato de trabajo suscrito entre Vd. y Correos y Telégrafos con fecha 21-06-1999 al amparo del art. 40 del RD 2720/1998 de 18 de diciembre , le comunico que dicho contrato quedará extinguido el día 17-03-2013 por finalización de la causa que dio lugar a la sustitución, (HP 2ª).

3.- En la sentencia invocada por la trabajadora recurrente como contradictoria (STSJ/Cantabria 25-junio-2007 -rollo 461/2007), se confirma la sentencia de instancia en la que se declaró el carácter de trabajadora laboral indefinida de la misma entidad empleadora, argumentando, en esencia, que << La causa que motiva la contratación temporal de la actora ...es pues, la comisión de servicios también temporal, de personal de la entidad que por ser titular de la plaza, ostenta derecho a reserva del puesto que ocupa, la sustituta >>, que << La comisión inicial del año 1999, es regulada por el RD 1638/1995, de 6 de octubre, que en su art. 59.4 establecía que la comisión voluntaria, tendrá una duración de seis meses, prorrogables por otros seis, en el supuesto que no hubiese sido cubierta reglamentariamente la plaza. Limite que el art. 29.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, lo rebaja a tres prorrogables por otros tres, y las de interés

particular del trabajador (art. 30), mantienen el plazo de seis meses, prorrogable a otros seis. El I Convenio Colectivo para el personal laboral de la entidad, vigente desde 2004 (BOE de 28-5-2004), regula el contrato de interinidad, como el suscrito por la actora, con previsión de su extinción, por reincorporación o cese de la causa de reserva de puesto o el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación >>, que << La comisión de servicios del trabajador sustituido ha desbordado el plazo del año, máximo, para la reserva del puesto de trabajo, y aun siendo discrecional la cobertura de puesto de trabajo, sin titular que ocupa el sustituido por la demandante, puesto que la contratación temporal de la demandante es causal, sometida a duración determinada, aunque incierta en el fin de la causa, al exceder el plazo legal y convencionalmente fijado para la causa de la sustitución que lo motiva, se entiende, como en la instancia que la duración abusiva de la temporalidad pactada con la trabajadora constituye fraude de ley, sancionado en el art. 15 del ET con su declaración de laboralidad indefinida, por lo que no incurre en infracción de las normas denunciadas, y no fijo, aun con la modificación operada en la personalidad de la entidad demandada>>, concluyendo que <<Si se incumplen los periodos máximos de contratación temporal, en comisión de servicios voluntaria, con reserva de puesto que se agota en los indicados en la instancia, de forma que de incorporarse el sustituido, no lo será, en atención a las norma reguladora de la citada e invocada comisión voluntaria, sino de la mera decisión de la empleadora, al no estar amparada en la causa legal de la contratación que motivó la sustitución, sí, constituye el fraude ley indicado y convierte la contratación de la sustituta en indefinida, por lo que se desestima el recurso formulado y se confirma la sentencia recurrida>>.

SEGUNDO.- 1.- La normativa básica a tener en cuenta para resolver la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora, está constituida, esencialmente, por el art. 15 ET, en la redacción vigente en la fecha de la extinción contractual, y por los arts. 1, 4 y 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (por el que se desarrolla el art. 15 ET en materia de contratos de duración determinada).

2.- Preceptúa el Estatuto de los Trabajadores, en cuanto ahora concierne, que:

a) El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, y que , Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: ... c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución , (art. 15.1.c);

b) Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley, (art. 15.3); y

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos, y que, Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, (art. 15.5).

3.- Por otra parte, en cuanto ahora más directamente afecta, se dispone en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que:

a) De conformidad con lo establecido en el art. 15.1 ET, se podrán celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: ... c/ Para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo, (art. 1);

b) El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, (la denominada interinidad por sustitución) y que , se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva , (la denominada interinidad por vacante) (art. 4.1);

c) La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo , (relativo a la interinidad por sustitución) y, por otra parte, respecto a la interinidad por vacante, que la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima, y ,En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica, (art. 2.b).

d) En cuanto a la extinción, que ,Los contratos de duración determinada se extinguirán, previa denuncia de cualquiera de las partes, por las siguientes causas: ... c/ El contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas: 1.<sup>a</sup> La reincorporación del trabajador sustituido.- 2.<sup>a</sup> El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.- 3.<sup>a</sup> La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.- 4.<sup>a</sup> El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas, (art. 8.1).

TERCERO.- La doctrina de esta Sala con relación a los contratos de interinidad por sustitución (reflejada, entre otras muchas, en las SSTs/IV 24-enero-2000 - rcud 652/1999, 30-octubre-2000 -rcud 2274/1999 , 18-julio-2003 -rcud 4175/20012 , 16-

mayo-2005 -rcud 2646/2004 , 25-enero-2007 -rcud 5482/2005 ), se sintetiza en la STS/IV 10-mayo-2011 (rcud 2588/2010 ), en la que se argumenta que << La doctrina de la Sala sobre la materia que tratamos [extinción del contrato de interinidad] ha sido del todo acorde a las fluctuaciones que ha tenido la regulación legal de tal figura jurídica >>, que << Así, durante la vigencia del Decreto 2303/1980 [17/Octubre], cuyo art. 3.2 disponía que «El contrato con el sustituto se extinguirá por la reincorporación a su debido tiempo del trabajador sustituido», la Sala entendió -como observa la STS 20/01/97 [rcud 967/96 ]- que «aun cuando el modo más propio y normal de extinción de su contrato era el que tiene lugar mediante la reincorporación del sustituido, ello no suponía que fuese la única forma de extinción del mismo, pues ésta también se producía cuando desaparecía la reserva del puesto de trabajo en favor del sustituido, de ahí que si concluía o quedaba suprimido este derecho a la reserva del puesto, ,por razón de muerte, invalidez permanente, jubilación de aquél o por su no reincorporación en plazo,, el contrato de interinidad también perdía su vigencia» [así, en las Sentencias de 18/07/86 ; 21/07/86; y 30/09/86. Todas citadas por la antes referida del año 1997] >>, que << Posteriormente, el art. 4.2.d) del RD 2104/1984 [21/Noviembre ] normó que los contratos de interinidad «se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido», y en interpretación de esta norma la Sala entendió -con variación doctrinal ajustada a la normativa- que el contrato de interinidad se convertía -conforme a tal disposición legal- en indefinido cuando el trabajador sustituido fallecía, se declaraba en situación de IP extintiva del contrato o no se reincorporaba a la empresa en tiempo debido [valgan de ejemplo las SSTS 21/06/93 -rcud 3532/92 -; 14/02/94 -rcud 1778/93-; y 24/05/94 -rcud 2709/93 - )>>, que << Pero el RD 2546/1994 [29/Diciembre] modificó en términos sustanciales la regulación, al disponer en su art. 4 que la duración del interinato «será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva del puesto de trabajo» [apartado b )] y que el contrato se extinguirá -entre otras causas- por «la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo». Y por ello, tras la entrada en vigor de ese Real Decreto, la Sala ha declarado con reiteración que el contrato de interinidad celebrado a su amparo está sometido a término, extinguiéndose cuando desaparece la causa que motivó la sustitución y, por tanto, el derecho a la reserva de puesto del sustituido (SSTS 20/01/97 -rcud 967/96;



22/10/97 -rcud 3765/96 ; 24/01/00 -rcud 652/99 ; y 30/10/00 -rcud 2274/99 . También ATS 09/06/98 -rcud 188/98 que inadmite por falta de contenido casacional) >>, finalmente que << La normativa actualmente vigente -y en la que el supuesto enjuiciado se ampara- está constituida por el RD 2720/1998 [18/Diciembre], que ofrece alguna divergencia literal respecto de las previsiones de la anterior legislación en lo que a la materia objeto de debate se refiere, pues si bien mantiene como causa expresa causa de finalización del contrato «La extinción de la causa que dio lugar a la reserva» [art. 8.c).3ª], sin embargo afirma que «la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva» [art. 4.2.b)]. Como es fácilmente observable, la única variación se limita -por lo que se refiere a la duración del contrato- a sustituir la frase «subsista el derecho del trabajador sustituido» por «el tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido»; diversa redacción que ciertamente no justifica cambio de criterio en la doctrina de la Sala que había interpretado el art. 4 del RD 2546/1994 , pero que sí ofrece un mayor fundamento para obtener una determinada conclusión, favorable a la persistencia temporal de la interinidad, en supuestos -como el de autos- de una innegable generalidad en la expresión de la causa del contrato [«sustituir a trabajadores/as con derecho a reserva del puesto de trabajo»] y de sucesión -sin solución de continuidad- de singulares causas de suspensión [IT sufrida durante el embarazo y descanso por maternidad] que generalmente suelen estar estrechamente vinculadas, en tanto que una y otra tienen su origen en el estado de gestación >>, concluyendo con relación al concreto supuesto enjuiciado que << En efecto, si el contrato suscrito no hace mención alguna a la IT de la sustituida como causa de la interinidad, sino más ampliamente a su «derecho a reserva» y ésta se mantiene sin solución de continuidad primero por la IT surgida durante el embarazo [y con más que probable causa en el mismo, dada su duración de cinco meses] y posteriormente por el descanso por maternidad, para la Sala es claro que no cabe aplicar el art. 8.c).3ª RD 2720/1998 [que extingue el contrato cuando cese la causa que dio derecho a la reserva], porque el contrato no contemplaba como causa generatriz la «causa de la reserva» [hipotéticamente la IT], sino la de la propia «reserva» y mientras la misma se mantuviese, y como efectivamente se mantuvo -sin solución de continuidad, repetimos- con la segunda causa [descanso por maternidad], por eso mismo y porque persiste «la ausencia del trabajador sustituido» [precitado art. 4.2.b)], no llegó

a producirse la extinción del contrato con el alta médica y la consiguiente finalización de la IT >>.

CUARTO.- 1.-En el presente caso tenemos que determinar , dada la concreta causa de sustitución pactada en el contrato de interinidad, -- como se ha indicado, consistente en sustituir al funcionario Don J.T.V. , en situación de comisión de servicios y se extinguirá por la incorporación del trabajador sustituido, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación, (HP 1º) --, si la ausencia del sustituido de su puesto de trabajo por la invocada situación de, comisión de servicios , desde el 21-06-1999 al 17-03-2013 estaba justificada o si con anterioridad a la configurable como incorporación del trabajador sustituido se había producido la, extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, (arg. ex art. 8.1.c.3º Real Decreto 2720/1998 ), por lo que, en definitiva, la sustitución aunque en la práctica se mantuvo en él , tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido , resulta que el sustituido no tenía derecho a la reserva (, con derecho a la reserva , -arg. ex art. 4.2.b RD 2720/1998 o , con derecho a reserva del puesto de trabajo , -arg. ex art. 15.1.c ET ) durante todo ese largo periodo temporal, por lo que la relación jurídica de la demandante se había convertido en indefinida no fija desde que desapareció la causa que justificaba la temporalidad y calificable como despido el cese acordado por la entidad empleadora.

2.- En la fecha del contrato cuestionando (21-06-1999), coincidente con la comisión de servicios del sustituido, como destaca la sentencia referencial, estaba vigente el Real Decreto 1638/1995, de 6 de octubre (por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio del Organismo autónomo Correos y Telégrafos - BOE 26-10-1995), -- cuya vigencia se mantuvo para los empleados de la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima", que conserven la condición de funcionarios hasta que por el Gobierno dictará la normativa específica que, desarrollara dicho régimen jurídico, atendiendo a la especial singularidad de los empleados de la "

Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima", y en particular, desarrollando el régimen general de retribuciones complementarias y definiendo el régimen de ordenación y asignación de puestos de trabajo (art. 58-siete.3 -, Constitución de la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima» , Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social) --, en el que, en cualquier caso, el plazo máximo de las comisiones de servicio en sus distintas modalidades era de seis meses prorrogables por otros seis. Así se preceptuaba:

a) Sobre las, comisiones de servicio, que, 1. Cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo, que, 3. Cuando no exista personal voluntario para atender un puesto de trabajo no cubierto por concurso, y de urgente provisión, podrá acordarse por el Organismo autónomo una comisión de servicio de carácter forzoso y que, 4. La duración máxima de las comisiones de servicio voluntarias será de seis meses prorrogable por otros seis en el caso de que el puesto no haya sido provisto definitivamente. La duración máxima de comisiones de servicio forzosas será de tres meses prorrogables por otros tres, (art. 59); y

b) Respecto de las, Comisiones de servicio sin dietas , que , Para atender los casos de ineludible necesidad, se constituirá una comisión paritaria de comisiones de servicio sin dietas que propondrá la concesión de estas comisiones a puestos que se encuentren vacantes, por un período máximo de seis meses, prorrogables por otros seis, (art. 60).

3.- Por su parte, el posterior y ahora vigente Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo (por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima - BOE 08-03-2004, en vigor desde el 09-03-2004 --, que, tiene por objeto dar cumplimiento al mandato parlamentario contenido en el artículo 58. siete.3 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre , aprobando el Estatuto de

personal de los funcionarios al servicio de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, que tienen sus derechos adquiridos, desarrollándose las particularidades previstas para dichos funcionarios, especialmente las relativas al régimen general de ordenación de puestos de trabajo y de retribuciones complementarias tal y como se recoge en el citado artículo de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, --, rebaja el límite de duración de las comisiones de servicio, salvo en la de interés particular del trabajador que mantiene en seis meses prorrogables por otros seis. Así se establece:

a) Sobre las, comisiones de servicio, que, 1. Sin perjuicio de las previsiones recogidas en este estatuto sobre movilidad, cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto temporalmente, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, por un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño ,, que , 2. Cuando no exista personal voluntario para atender un puesto de trabajo de los grupos de mandos intermedios o superiores, de urgente provisión, la Sociedad Estatal podrá acordar una comisión de servicio de carácter forzoso, y que, 3. La duración máxima de las comisiones de servicio será de tres meses prorrogables por otros tres en el caso de que el puesto no haya sido provisto definitivamente, (art. 29); y

b) Respecto a las, comisiones de servicio por interés particular, que, 1. A petición del funcionario, para atender los casos de ineludible necesidad del funcionario, la comisión de acción social podrá proponer la concesión de estas comisiones a puestos base que se encuentren vacantes, por un período máximo de seis meses, prorrogables, excepcionalmente, por otros seis, que, 2. Dicha comisión podrá determinar períodos inferiores cuando lo considere adecuado a la naturaleza del caso tratado, y que, 3. Estas comisiones no generarán derecho a dietas, indemnizaciones, ni a plazo de incorporación, (art. 30).

4.- En consecuencia, en el presente caso, como se deduce de los inalterados HPs de la sentencia de instancia - consta probado que el sustituido pasó a desempeñar en funciones un puesto de nivel 12 del Área Control de Explotación de Pontevedra a partir del 21-06-1999, luego fue designado, con efectos 12-11- 2007, jefe de Administración Postal y Telegráfica, en la Jefatura Provincial de Pontevedra, en comisión de servicios y en fecha 25-02-2013 la demandada autorizó el pase a la situación de excedencia voluntaria incentivada del citado funcionario, con efectos del 17-03-2013 (HP 3º) --, en relación con la normativa reglamentaria sobre el personal funcional de la entidad demandada, tanto si se tiene en cuenta el precedente Real Decreto 1638/1995, de 6 de octubre, como si hipotéticamente se entendiera aplicable en parte el posterior Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo , resulta que, cualquiera que fuera el tipo de comisión de servicio utilizada para adscribir al sustituido a otro puesto de trabajo vacante y posibilitar la contratación de interinidad por sustitución de la ahora demandante, cuando se le comunica a la demandante el cese ahora impugnado había transcurrido en exceso el plazo que habilitaba la existencia de una comisión de servicios en favor del sustituido, por lo que el contrato temporal de interinidad por sustitución quedó sin causa una vez finalizado el plazo máximo legalmente procedente de duración de la comisión de servicios, que como máximo sería la de un año, y desde entonces el contrato se convirtió en indefinido (no fijo) (arg. ex art. 15.1 c y 3 ET en relación con arts. 4.2.b y 8.1.c.3º Real Decreto 2720/1998 ), por lo que el cese acordado por la demandada debería haber sido calificado de despido, lo que obligaba, a mi juicio, a estimar el recurso por entender que la doctrina jurídicamente correcta era la sustentada en la sentencia referencial.

## **8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2016**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo

desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Diego contra la empresa Renfe Operadora y Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: "1º) Diego , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, que ya había prestado servicios para la empresa FEVE en el periodo comprendido entre el 27 de diciembre de 2005 y el 26 de diciembre de 2006, ostentando la categoría profesional de oficial oficio de entrada, suscribió en fecha 12 de febrero de 2007 con la empresa Ferrocarriles de Vía Estrecha FEVE contrato de trabajo de relevo, para sustituir al trabajador Hipólito, nacido el NUM000 de 19 que presta servicios en el centro de trabajo ubicado en El Berrón, con la profesión de oficial principal de taller, incluido en la categoría profesional de personal de talleres, y que reduce su jornada ordinaria de trabajo y de salario en un 85% por acceder a la jubilación parcial. En ese contrato se fijó que el centro de trabajo del demandante era El Berrón, (residencia laboral provisional), y su categoría profesional la de oficial de oficio de entrada incluido en personal de talleres. Se pactó una jornada a tiempo completo y una duración desde el día 12 de febrero de 2007 hasta el día 26 de noviembre de 2013, sujetando la relación laboral al Convenio colectivo de la empresa FEVE. En el momento actual el actor ostenta la categoría profesional de oficial principal de taller, nivel 5, desde el 13 de febrero de 2013, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 73,7 euros.

2º) En fecha no determinada recibe un escrito, redactado en un folio con el logotipo de FEVE y firmado por D. Rubén como Director General y de Infraestructuras y con el Vº Bº de Luis Andrés como Presidente en los siguientes términos:

"Estimado trabajador: En referencia al contrato que tiene suscrito con FEVE, en la modalidad de relevo por anticipación de la edad de jubilación de su titular y al amparo del Real Decreto 1.131/2002, dado que la vacante que ocupa es considerada como un puesto de trabajo de carácter permanente de la empresa y necesario para el normal funcionamiento de la actividad de la misma; teniendo en cuenta que el objetivo fundamental del contrato de relevo es la transmisión de conocimientos profesionales del trabajador relevado al relevante, la importante inversión en tiempo y medios que para su formación en ese puesto de trabajo se ha tenido que realizar por FEVE y, al amparo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sobre el fomento de la contratación indefinida, la Dirección de esta empresa ha tenido a bien al amparo de las normas citadas, el considerar su contrato como indefinido al objeto de aprovechar los conocimientos profesionales transmitidos por el trabajador relevado garantizando la continuidad y funcionamiento de dicho puesto de trabajo. Decisión por la que, por otra parte, FEVE podría solicitar las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social que establece la citada Ley. Un cordial saludo".

3º) En el Boletín oficial del Estado de 24 de enero de 2012 se publica el RD de 23-01-12 por el que se cesa a Luis Andrés como Presidente de la entidad pública empresarial Ferrocarriles de Vía Estrecha que había sido nombrado por Real Decreto 1.006/2008 de 13 de junio.

4º) El día 11 de octubre del año 2013 el responsable de recursos humanos entrega al actor comunicación en los siguientes términos:

"ASUNTO: Finalización de contrato.

En cumplimiento de la normativa vigente, mediante la presente pongo en su conocimiento que a la finalización de la jornada laboral del próximo día 26 de noviembre de 2013 finaliza, por expiración del tiempo concertado, el contrato de trabajo de relevo, de fecha de inicio 12/02/2007, que tiene Vd. suscrito con la hoy extinta Ferrocarriles de Vía Estrecha por virtud del Real Decreto- Ley 22/2012, de 20 de julio, y cuya relación contractual continué en la entidad pública empresarial RENFE-

OPERADORA, conforme al artículo 2 de la citada ley y a la Orden FOM/2.814/2012, de 28 de diciembre (artículo 1 y anexo 1).

Por lo tanto, quedará extinguida su relación laboral con RENFE-OPERADORA a la finalización de la jornada laboral del día veintiséis noviembre de 2013 lo que se le comunica en plazo, a los efectos oportunos.

En caso de proceder liquidación de haberes pendientes, se le comunicará oportunamente su puesta a disposición.

Asimismo, le informo que una vez finalizada la jornada laboral del día 26 de noviembre deberá hacer entrega, a su jefe inmediato, de los títulos de transporte (1) (carnets ferroviarios) que obran en su poder. Le rogamos devuelva un ejemplar firmado a efectos de acreditar su notificación. Atentamente".

5º) El día 26 de noviembre de 2013 el demandante suscribe con la empresa Manpower Team Empresa de trabajo temporal un contrato de trabajo por obra o servicio, en virtud del cual el demandante sería puesto a disposición de la empresa usuaria Bartz SA, siendo el lugar de prestación de servicios el Taller de Renfe Ancho métrico en El Berrón, para prestar servicios como tornero con la categoría profesional de oficial de tercera. La obra a realizar consistía en la adaptación de 24 vagones, siendo autorizado por la Gerencia de fabricación y mantenimiento ancho métrico el día 28 de noviembre de 2013 Para el uso de maquinaria y equipos, en concreto las Carretillas elevadoras, los puentes grúas, los tornos y prensas de calado y de calado de rodadura.

6º) El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores.



7º) Se celebró acto de conciliación el día 7 de enero de 2014 finalizando con el resultado de intentado sin efecto.

8º) Desde el 1 de enero de 2014 el ente público empresarial Renfe Operadora ha quedado constituido como grupo empresarial RENFE, integrado por la Entidad pública empresarial Renfe operadora y sus cuatro sociedades: Renfe viajeros SA, Renfe mercancías SA; Renfe fabricación y mantenimiento SA y Renfe Alquileres material Ferroviario SA.".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Diego , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias sentencia con fecha 20 de junio de 2014 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Diego contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra las empresas RENFE OPERADORA Y RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., sobre Extinción de contrato, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada".

CUARTO.- La letrada Dª Lorena Díaz Álvarez, en nombre y representación de D. Diego , mediante escrito presentado el 3 de septiembre de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 14 de junio de 2013 (recurso nº 1286/2013 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 49 del ET en relación con lo establecido en el art. 55 del mismo texto legal y art. 108 de la LRJS.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruido el

Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de febrero de 2016, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se trata de determinar si la carta que recibió el actor de la empresa (FEVE) novó su contrato de relevo en un contrato por tiempo indefinido, por lo que la comunicación posterior de la extinción de su contrato al concluir el relevo constituye un despido.

El trabajador celebró contrato de relevo con la demandada FEVE el 12 de febrero de 2007, con una duración prevista hasta el 26 de noviembre de 2013.

En fecha no determinada recibió notificación de la empresa comunicándole: ".....Dado que la vacante que ocupa es considerada como un puesto de trabajo de carácter permanente de la empresa y necesario para el normal funcionamiento de la actividad de la misma.....; la Dirección de esta empresa ha tenido a bien al amparo de las normas citadas, el considerar su contrato como indefinido al objeto de aprovechar los conocimientos profesionales transmitidos por el trabajador relevado garantizando la continuidad y funcionamiento de dicho puesto de trabajo".

El 11/10/2013 la empresa preavisó al trabajador de la terminación del contrato de relevo, cuya extinción se produciría el 26/11/2013. El trabajador impugnó por despido y la sentencia de instancia desestimó la demanda.

La sentencia de suplicación ahora impugnada - de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de junio de 2014 (R. 1291/2014 )- confirma dicha resolución por considerar, en lo que ahora interesa, que la comunicación empresarial unilateral de conversión del contrato temporal en indefinido no puede tener

validez novatoria del mismo, al tratarse de una mera declaración de intenciones porque, de otro modo, se contravendrían las normas convencionales sobre acceso al empleo en la empresa, así como el RDL 20/2011, de 30 de diciembre y las Leyes de Presupuestos Generales para los años 2012 y 2013 que impiden a las entidades públicas empresariales y demás entes del sector público contratar personal, salvo para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

SEGUNDO.- Recurre en casación unificadora el actor, alegando infracción de los arts. 49 y 59 del ET, en relación con el art. 108 de la LRJS e invocando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de junio de 2013 (R. 1286/2013 ), firme al tiempo de interposición del recurso.

La sentencia invocada de contraste recae en un proceso de impugnación de despido instado por una trabajadora que venía prestando servicios para FEVE en virtud de contrato de relevo, que recibió el 13 de diciembre de 2011 carta de la empresa en la que se le comunicaba la conversión de su contrato en indefinido y a la que, sin embargo, el 12 de marzo de 2012 se le comunica la terminación del contrato de relevo con efectos del siguiente día 14.

En este caso la sentencia de suplicación confirma la improcedencia del despido declarada en la instancia por entender que el contrato de trabajo había devenido en indefinido por voluntad de la empresa expresada en la carta que remitió a la trabajadora y que fue aceptada por ésta, sin que conste que se haya planteado en ningún momento la falsedad del documento, y sin que a ello obste que la empresa siguiera cotizando por el contrato de relevo. Por otra parte, la Sala entendió que esta solución tampoco choca contra ninguna de las normas que se citan en el recurso porque no se declara la fijeza de la relación sino su indefinición, y por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, no se trata de una adscripción definitiva de la trabajadora al puesto de trabajo, sino que la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión

regular del mismo, y producida dicha provisión, existirá causa lícita para extinguir el contrato.

Al igual que se decidió en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2678/14, deliberado en esta misma fecha, se entiende que concurre la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ), ya que: En ambas sentencias se abordan supuestos de trabajadores en situaciones prácticamente idénticas y sus pronunciamientos son totalmente opuestos, sin que la cita de distintas normas y preceptos jurídicos a las que se hace referencia en los fundamentos jurídicos de las dos resoluciones, y a las que alude el Ministerio Fiscal, tengan virtualidad suficiente para enervar la contradicción, implícitamente admitida por la demandada en su escrito de impugnación al recurso.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- Para decidir este litigio cebemos traer a colación nuestra sentencia de 11 de junio de 2014 (rcud. 2132/13), que confirmó la sentencia aquí invocada de contraste, en la que, al resolver sobre el alcance de la comunicación de FEVE manifestando su voluntad de considerar el contrato como indefinido, razonaba lo siguiente:

"1.- Al amparo del art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, formula la recurrente dos motivos de censura jurídica, denunciando:

A.- En el primer motivo, la infracción de los arts. 3, 8, 12.7, 15.1, 15.5, 15.9, 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1261, 1262 y 1282 del Código Civil.

B.- En el segundo, la infracción de los artículos 55.2 de la LOFAGE , de los artículos 55 y 61.7 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto del Empleado Público, del art. 16 de la Normativa Laboral de FEVE, aprobada por Resolución de 26 de junio de 1996, de la Dirección General de Trabajo y Migraciones como anexo XIII al Convenio Colectivo y publicada en el BOE nº 204 de 23 de agosto de 1996, del art. 38 de la Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, y del artículo 3.1, 3.3 y 3.4 del RD-L 20/2011 de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

2.- El recurso ha de rechazarse. Ciertamente, como señala la STS de 19-diciembre-2006 (rcud. 2659/2005), " la doctrina civilista admite sin restricciones el consentimiento tácito [en este caso la aceptación de la oferta], siempre que ello pueda inferirse con claridad de la conducta de la correspondiente parte contratante, de tal suerte que esta inferencia sea lógica y se ajuste a las prevenciones de los arts. 1249 y 1253 CC . Así, por ejemplo, la STS-1ª 17/02/05, para la que el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita, pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar determinante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino por el contrario reveladoras del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho [ SSTS 11/06/91 ; y 22/12/92 ]; y que el consentimiento tácito ha de emanar de actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido [SSTS 24/01/57; y 19/12/90 ]. Y también la STS-1ª 10/06/05, para la que si bien los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos -«falta concludentia»-, es decir, que con toda evidencia los signifiquen [STS 07/06/86 ], sin posibilidad de dudosas interpretaciones [SSTS 05/07/60; 14/06/63; y 13/02/78] y aunque generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia [STS 13/02/78], sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar [SSTS 04/03/72; y 13/02/78], y se deba hablar conforme a principios generales del Derecho [SSTS 24/11/43; 24/01/57; 14/06/63; y 13/02/78], existiendo tal deber de

hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan [SSTS 14/06/63; 13/02/78; 18/10/82; y 17/11/95], o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disenso [ SSTS 23/11/43 ; 13/02/78 ; 18/10/82 ; 18/03/94 ; 22/11/94 ; 30/06/95 ; 17/11/95 ; 29/02/00 ; y 09/06/04]" ; ahora bien, en el presente caso, en modo alguno puede ponerse en duda la voluntad de la demandada de novar el contrato en cuestión y la aceptación por parte de la trabajadora.

De tales hechos en modo alguno puede extraerse la conclusión del recurrente basada ahora en la sentencia aportada de contraste, de que nos encontramos "ante una mera declaración de intenciones sujeta a ulterior formalización", cuando expresamente la propia demandada comunica expresamente la decisión , señalando expresamente que "la Dirección de esta empresa ha tenido a bien al amparo de las normas citadas, el considerar su contrato como indefinido al objeto de aprovechar los conocimientos profesionales transmitidos por el trabajador relevado garantizando la continuidad y funcionamiento de dicho puesto de trabajo".

Es más, como señala la referida sentencia "En segundo término [causa íntimamente ligada a la anterior, aunque incidiendo más en la exigible buena fe], porque así lo impone la doctrina de los propios actos [el apotegma venire contra factum proprium], construida precisamente sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC ( SSTS - Sala de lo Civil- 10/05/89 y 20/02/90 ; SSTC 67/1984, de 7/Junio , 73/1988, de 21/Abril, y 198/1988, de 24/Octubre ) y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que causen estado". De modo que, dentro de las exigencias de la buena fe, es inaceptable que la empresa no actúe de acuerdo con la decisión acordada por la Dirección, en escrito, que por su claridad no merece interpretación alguna.

Por otro lado, cabe aquí recordar la STS/IV de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09) -entre otras muchas- en la que argumentábamos que : "[.....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000 ), es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera ) " que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual ". A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96 ), matiza " que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes".].". La sentencia recurrida resuelve la cuestión planteada con total respeto a la doctrina de esta Sala IV, interpretando de forma racional la voluntad clara e indubitada expresada por la demandada en la carta remitida a la trabajadora".

CUARTO.- Las anteriores consideraciones imponen la estimación del recurso, oído el Ministerio Fiscal, y resolver el debate de suplicación en términos acordes con la doctrina unificada expuesta.

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

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Diego, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 20 de junio de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 1291/2014. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de

suplicación, estimamos el recurso de tal clase formulado por el trabajador demandante, revocando la sentencia desestimatoria dictada en la instancia y, estimando la demanda del actor, declaramos la improcedencia de su despido y condenamos a la demandada Renfe Operadora, S.A. a las consecuencias legales derivadas de tal declaración. No se hace especial imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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.

### **9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de despido interpuesta por D<sup>a</sup>. Sacramento , debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la misma con fecha 4 de junio de este año por parte de la empresa Guadatelefon, S.L. y, debiendo ser readmitida la trabajadora pero estimando como estimo su demanda acumulada de rescisión, debo declarar y declaro rescindida en la fecha de la presente resolución la relación laboral que la une con dicha sociedad, a la que condeno, y solidariamente con ella a D. Maximiliano , Canal Telemarketing, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., a que de 9.265'09 tramitación S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, le abonen a la referida actora una indemnización euros, así como 7.606'15 euros de salarios de desde el día 4 de junio hasta el día de hoy y 248'11 euros de plus de



transporte y 5.197'08 euros de salarios adeudados del 1 de febrero al 4 de junio de este año, cantidad ésta última que devengará un interés anual del 10%, a cuyo pago condeno a dichas sociedades, respondiendo del pago de la última cantidad, 5.197'08 euros las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A. de forma solidaria, en cuyo sentido las condeno, desestimando las demandas de la actora frente a Eurona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U., a las que absuelvo."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "Primero.- La demandante D<sup>a</sup> Sacramento , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Guadatelefon, S.L. con la categoría profesional de formadora y un salario mensual de 1.257'36 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- La actora inició su relación laboral con Comunicaciones Eurotrónica, S.L. a través de una empresa de trabajo temporal el día 19 de junio de 2008 prestando servicios para dicha sociedad hasta el 21 de agosto, de nuevo y ya directamente para dicha sociedad del 25 de agosto al 31 de octubre, del 1 al 24 de noviembre y del 25 de noviembre de 2008 al 11 de diciembre de 2009, para Guadatelefon, S.L. del 1 de abril de 2009 al 21 de junio de 2011, para D. Maximiliano del 23 de junio de 2011 al 25 de noviembre de 2012 y de nuevo para Guadatelefon, S.L. desde el día 26 de noviembre de 2012. Tercero.- Solicita la actora la rescisión de su contrato de trabajo alegando que la empresa le viene abonando el salario con retraso y que en la fecha de presentación de la demanda de rescisión le adeudaba las mensualidades de febrero a mayo de este año por un total de 5.268'01 euros: 1.257'36 cada mes más 238'57 de plus de transporte, cantidades que asimismo reclama en dicha demanda, además de 167'64 y 9'54 respectivamente que por los 4 días de junio (hasta su despido) reclama en la demanda de despido. Cuarto.- Desde hace meses la empresa vino abonándoles las retribuciones con retraso a todos los trabajadores. A la demandante le abonó las mensualidades diciembre de 2012 entre el 22 y el 23 de enero y la de enero de este año entre el 11 y el 22 de marzo, habiendo efectuado los últimos 3 pagos reseñados "Aula Marketing", nombre comercial del negocio que como autónomo gestiona D. Maximiliano , aportaciones que se hicieron constar en el libro mayor de Guadatelefon, S.L. como aportaciones de socios. No se le abonaron las mensualidades desde febrero

de este año. Quinto.- El día 3 de mayo la empresa le comunicó a la comisión designada por los trabajadores la apertura del período de consultas, consultas que tuvieron lugar los días 8, 15 y 20 de mayo y en las que la empresa solamente planteó como opción su cierre y la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla y, requerida por la comisión negociadora, aportó en la segunda y tercera reuniones documentación de todas las demandadas en esta litis salvo de Canal Telemarketing, S.L. y de Mobile Message Systems, S.A., negándose a valorar cualquier opción de recolocación del personal. Concluido el período de consultas sin avenencia, Guadatelefon, S.L. le notificó a la actora el día 21 de mayo carta de igual fecha comunicándole la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas con efectos del día 4 de junio y con base en que "De la documentación aportada en la fase de consultas se infiere que la situación empresarial es crítica desde el punto de vista económico-financiero y, además, no existe posibilidad alguna de reflotar la actividad económica debido, esencialmente, a las deudas salariales y de Seguridad Social y a la imposibilidad acreditada de continuar la gestión comercial para el principal cliente de la Empresa (Telefónica de España SA) por su permanente y persistente actitud negativa en la fijación de los criterios de evaluación de calidad, régimen de penalizaciones, obligaciones de inversión, etc. Por otra parte, no es posible ofrecer, como así ha sido solicitado por sus representantes, un Plan alternativo de Empleo para la recolocación de los trabajadores si quiera de forma parcial". Fijaba la indemnización en 1.698'80 euros que decía no poder abonar por las causas económicas invocadas para la extinción contractual. Sexto.- La empresa Guadatelefon, S.L. tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 354.242'75 euros antes de impuestos. Dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 24 de agosto de 2006 por D. Jesús Luis y su esposa Da. Gloria con un capital de 2.006 euros suscrito a partes iguales. El domicilio se fijó en Guadarrama, Madrid, calle General Estaban Infantes, número 1-1º izquierda; su objeto era el comercio y reparación de telefonía móvil y fija, servicios informáticos y de sonido e imagen y se designó administrador único al demandado D. Maximiliano. Por medio de escrituras públicas de fechas 12 de junio de 2007 y 22 de diciembre de 2011 el citado D. Maximiliano adquirió el total del capital social. Séptimo.- El citado D. Maximiliano es desde fecha que no consta socio único de Silicon Val, S.L., entidad domiciliada en Nigrán, A Ramallosa, centro comercial La Romana, local 22. Su objeto es el mismo que el de

Guadatelefon, S.L. y además el comercio de muebles, máquinas y equipos de oficina. Esta sociedad tuvo en el 2012 unas pérdidas de 82.194'06 euros. Octavo.- La sociedad Telemarketing Galicia, S.L. tiene desde el 10 de junio de 2011 como único socio y administrador al demandado D. Maximiliano, que fijó el domicilio social en la calle Eidos, 20-22 bajo, en Redondela. Dicha sociedad tiene como objeto la telefonía y otros como organizar eventos deportivos, construcción de edificios, etc. y tuvo en el ejercicio 2012 unos beneficios de 459'24 euros. Noveno.- El citado D. Maximiliano es socio único y administrador de Telefonía Termatel, S.L., sociedad dedicada a telecomunicaciones y cuyo domicilio está en Vigo, calle Sanjurjo Badía, 109, bajo. Dicha sociedad tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 60.394'79 euros. Décimo.- Comunicaciones Eurotrónica, S.L. tiene como socio único y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Maximiliano. Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio social en el número 148, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 5.215'96 euros. Decimoprimer.- Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene como único socio y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Maximiliano. Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio social en el número 109 bis, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 263.091'20 euros. Decimosegundo.- Canal Telemarketing, S.L. fue constituida inicialmente como Telemarketing Redondela, S.L., sociedad de la que llegó a ser socio único mediante escrituras de compraventa de participaciones de fechas 30 de noviembre de 2010 y 2 de febrero de 2011 el demandado D. Maximiliano que en febrero de 2011 fue designado administrador único, fijando el domicilio social en el número 20-22 de la calle Eidos, en Redondela. Su objeto social es la comercialización de productos relacionados con la telefonía móvil. Dicha sociedad declaró en el ejercicio de 2012 unas pérdidas de 89.644'23 euros. El citado D. Maximiliano vendió las participaciones de dicha sociedad a sus hijas Da. Filomena y Da. Patricia mediante escritura pública de fecha 31 de octubre de 2012, escritura a través de la cual se fijó el domicilio social en Vigo, calle Sanjurjo Badía, número 109, bajo, y se nombró administradora única a la demandada D<sup>a</sup> Belén, esposa de D. Maximiliano, con el que pactó régimen de separación de bienes, sustituyendo al de gananciales, en fecha 11 de junio de 2010. Decimotercero.- D. Maximiliano era titular de un negocio dedicado a formación de

trabajadores y mantenimiento informático que prestaba servicios a las sociedades demandadas de las que era socio y alguna sociedad ajena, servicios que les facturaba, habiendo causado baja en el censo de empresarios el día 26 de noviembre de 2012. En el ejercicio 2012 el citado D. Maximiliano como autónomo facturó a Guadatelefon, S.L., Canal Telemarketing de Redondela, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telemarketing Galicia, S.L., Silicom Val, S.L., Francisco Aranda, S.L. y Medinense de Telecomunicaciones, S.L. un total de 434.698'66 euros de los que 60.681'50 corresponden a las dos últimas sociedades.

Decimocuarto.- Eurona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. son operadoras de telecomunicaciones cuya relación con las demás sociedades y con D. Maximiliano se limitó a la que se indicará en el hecho siguiente, contratos los reseñados a continuación que, a espaldas de dichas operadoras eran ejecutados por personal de Guadatelefon, S.L., personal al que el citado D. Maximiliano le ordenaba no comunicar tal circunstancia a las referidas operadoras.

Decimoquinto.- Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos: "Contrato de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. y Guadatelefon, S.L. el día 1 de julio de 2010 por el que la segunda se obligaba, mediante precio, a "mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME" en todo el territorio nacional, sin exclusiva. E igual contrato suscrito entre la primera y Telemarketing Galicia, S.L. el día 1 de febrero de 2011. "Contrato de Agencia Comercial" suscrito el día 24 de de enero de 2003 entre Telefónica de España, S.A.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. por el que ésta debía mediar en la contratación entre la primera y sus clientes de los servicios y equipos de telecomunicaciones y la promoción y fomento del uso y consumo por parte del agente de los mismos equipos y servicios. Igual contrato suscrito entre las mismas partes el día 1 de enero de 2005 para que la segunda empresa promoviese y mediase en la contratación entre los clientes de la primera y ésta los productos de ésta. E igual contrato que los dos anteriores suscrito el día 18 de diciembre de 2012 entre Silicon Val, S.L.U. como comercializador de servicios de conectividad a internet del operador Eurona Wireles Telecom, S.A. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. Y similares contratos suscrito los días 22 de noviembre y 14 de diciembre de 2012 entre Canal .Telemarketing S.L. como comercializador de servicios de 111, conectividad a internet,

ADSL y otros del operador The Phone House Spain, S.L.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. Las operadoras daban a conocer al personal que creían de las citadas sociedades (Silicon Val, S.L.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.) los productos que debían vender en virtud de los referidos contratos. "Contratos de colaboración" suscritos el día 2 de enero de 2009 entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y entre aquella y Guadatelefon, S.L., representada la primera por D. Maximiliano y la segunda por la Responsable de Area de las otras sociedades contratantes, contratos que tenían por objeto colaborar en la prestación de servicios a que la primera se había obligado con Telefónica de España, S.A.U., cediéndole la primera a Guadatelefon, S.L. el local para desarrollar la actividad y asumiendo las segundas los gastos de mobiliario e instrumentos de trabajo así como del personal. E igual contrato suscrito entre la primera y Telefonía Termatel, S.L. para la tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil que la primera había contratado de Telefónica Móviles España, S.A. Contratos de arrendamiento de local suscritos entre Blucom Rdes y Comunicaciones, S.L. y Guadatelefon, S.L. y Telefonía Termatel, S.L., el segundo arrendando a aquella a ésta el bajo sito ene 1 número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo. Todos los servicios y arrendamientos eran facturados.

Decimosexto.- Guadaletefon, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y Silicom Val, S.L. tienen o tuvieron el mismo centro de trabajo sito en el bajo del número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo. Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene y tuvo una sola trabajadora. Varios trabajadores prestaron servicios sucesivamente para una o más de las sociedades citadas en este hecho declarado probado. El personal de las empresas Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L., comerciales, vendían productos y servicios de Telefónica Móviles de España, S.A.U. y el de Guadaletefon, S.L. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., gestores como la demandante, tramitaba con Telefónica los contratos con los clientes conseguidos por dichos comerciales, a cuyo efecto accedía a la base y programa operativo de Telefónica mediante claves facilitadas por ésta. El personal informático gestionaba el software de todas las empresas que se acaban de citar, empresas cuyas oficinas estuvieron al principio en Telefonía Termatel, S.L. y

luego en Guadatelefon,S.L. Todas las empresas salvo Telemarketing Galicia, S.L. tienen la misma asesoría laboral y contable. Personal de estas empresas estuvo enseñando el trabajo a las hijas de D. Maximiliano, actuales titulares de la sociedad Canal Telemarketing, S.L. Decimoséptimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por rescisión y cantidades el día 14 de mayo, la misma tuvo lugar el día 31 con el resultado de sin avenencia excepto respecto a Eurlona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. que lo fue sin efecto. Presentada por despido el día 17 de junio, se celebró con igual resultado el día 4 de julio salvo respecto a Eurlona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. frente a las que no se intentó conciliación previa. Decimoctavo.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores. Decimonoveno.- Este juzgado dictó sentencia el día 15 de octubre pasado en el procedimiento número 548/2013 condenando de forma solidaria a las empresas Guadatelefon, S.L., Canal Telemarketing, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L. al considerar que formaban un grupo empresarial y absolviendo al Sr. Maximiliano . Vigésimo.- En el intento de conciliación previo al acto de juicio la actora desistió de su demanda frente a Mobile Message Systems, S.A. y a D<sup>a</sup>. Belén."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Telefónica España S.A.U. y de Telefónica Móviles España S.A.U., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos los recursos de suplicación formulados por la letrada Dña. María Marcela Pérez Crespo, en nombre y representación e Telefónica España S.A.U. y de Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia de fecha seis de junio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social Uno de Vigo , en el procedimiento 595/13, acumulados, seguidos a instancia de Dña. Sacramento , sobre despido, contra las empresas recurrentes y otras, confirmando la expresa resolución. Dése a los depósitos y consignaciones el destino legal. Se condena a las empresas recurrentes al abono de 600

euros, a cada una de ella, en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.".

CUARTO.- Por la representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid con fecha 3 de junio de 1998 en el Recurso núm. 1243/98.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 9 de diciembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para Guadalefón S.A. desde el 1 de noviembre de 2008 al 11 de diciembre de 2009 y de nuevo desde el 26 de noviembre de 2012 hasta la fecha de su despido por dicha empleadora el 4 de junio de 2013. El 1 de julio de 2010 Guadalefón S.L y Telefónica Móviles España S.A.U. suscribieron contrato denominado "de colaboración" por el que Guadalefón S.L. se obligaba a mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME, en todo el territorio nacional, sin exclusividad. La trabajadora presentó demanda de resolución de contrato por incumplimiento empresarial fundado en el reiterado retraso en el pago de salarios y así mismo por despido efectuado el 4 de junio de 2013. El Juzgado de lo Social estimó ambas demandas, declarando nulo el despido si bien al estimar la pretensión resolutoria declara la rescisión de la relación laboral condenando solidariamente a las empresas que cita a

abonar una indemnización de 9.265,09 €, así como 7.606,15 € de salarios de tramitación desde el día 4 de junio de 2013 hasta la fecha de la sentencia, 5 de diciembre 2013 , otros 248,11 € de plus de transporte y 5.197,08 €, cantidad esta última que devengará el 10% de interés, respondiendo del pago de la cantidad de 5.197,08 € Telefónica de España S.A.U Y Telefónica Móviles de España S.A solidariamente.

La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación interpuesto Telefónica de España S.A.U y Telefónica Móviles de España S.A.U. razonando que la venta de los productos de las compañías recurrentes es una operación que forma parte del ciclo productivo de la empresa principal lo que permite incardinar la actividad en la contrata o subcontrata del Artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Recurren en casación para unificación de doctrina Telefónica Móviles de España S.A.U. y Telefónica de España S.A.U ofreciendo como sentencia de contraste la dictada el 3 de junio de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En la sentencia de comparación la controversia plantea también la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores a las relaciones entre la codemandada Telefónica Servicios Móviles, S.A., la empresa Diarphone, S.A. y la trabajadora demandante y es resuelta razonando que la existencia de un contrato de Agencia entre ambas empresas, regido por la L. 12/1992 de 27 de mayo, impide apreciar vínculo alguno entre la demandante y Telefónica.

En esencia lo que se define en la sentencia de contraste es la no realización de trabajos calificables de "productividad", en la relación entre ambas empresas ni ésta es incardinable entre las subcontratas.



En la sentencia de contradicción Telefónica Servicios Móviles S.A. figura como titular de concesiones administrativas para la explotación del servicio de telefonía Móvil Automática en la modalidad G.G.M. (bajo la marca Moviline y en la analógica (marca Movistar).

Diarphone, S.A. suscribió el 3-11-1995 dos contratos para la distribución de los servicios Movistar y Moviline, en ningún caso el distribuidor cobra el precio del servicio a los usuarios finales. Las funciones de distribución consisten en formalizar los contratos de servicio y remitirlos a Telefónica servicios Móviles S.A., también informa al público, atiende observaciones, reclamaciones y dudas y atiende gratuitamente las solicitudes de los abonados y altas, cambios de modalidad de abono, bajas, cambio de número, etc.

En la sentencia recurrida, se parte de la coincidencia del elemento "propia actividad" respecto de ambas empresas y descarta que el contrato de Agencia y la autonomía de una empresa respecto de otra, excluya la aplicación del artículo 42 del estatuto de los Trabajadores a Guadaltefón, S.L.

A la vista de los hechos comparados y de la valoración de los mismos por las sentencias enfrentadas debe declararse la existencia de contradicción entre ambas resoluciones, inclusive a fortiori habida cuenta de que DIARPHONE, S.A. incluía en las tareas de mediación las que se acaba de describir, lo que no consta en la recurrida.

SEGUNDO.- La demandada, al amparo del artículo 207 de la L.J .S., sin cita de apartado concreto alega mediante tres motivos separados, la infracción de los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 1 y 2.2 de la Ley del contrato de la Agencia .

El precepto estatutario contempla la celebración de contratas y subcontratas para la realización de obras o servicios correspondientes "a la propia actividad". No rechaza la licitud de tales contratas, ni, las remite, al concepto de cesión ilegal sino que, reconociendo su validez establece una cautela de protección, con dos excepciones, por la que se impone a la empresa principal la solidaridad en las obligaciones salariales durante el año siguiente a la finalización del contrato. De las dos excepciones a las que ha hecho mención tan solo interesa en este procedimiento la segunda de las descritas, que la contratación no se realice por razón de "una actividad empresarial", se trata por lo tanto en primer lugar, así lo plantea el recurso, de descartar la aplicabilidad del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

La demandada realiza un esfuerzo argumental de notable interés al comparar el producto de un servicio de telefonía con el de fabricante que produce elementos materiales, los almacena y luego los vende. De ahí extrae la conclusión de que tan absurdo es almacenar para luego no vender lo almacenado como tener el servicio de telefonía para después no tener a quien suministrarlo. Lo cierto es que la existencia de comerciales no es una novedad introducida por mor de la telefonía y sus específicas proyecciones en el mercado, internet, etc., si bien al final todo revierte en conceptos tradicionales, originar el producto hasta que se halle en condiciones de ser disfrutado por un usuario tan solo a falta de que éste acepte adquirirlo. En un mercado tan característico como es el del aseguramiento, por citar un ejemplo, la única controversia a propósito del carácter de los comerciales se produce entre el contrato de Agencia y el de relación laboral en función del modo en que las funciones son desempeñadas pero sin que se cuestione que una vez realizadas con plena autonomía, el contrato es de Agencia.

Establecida como base la separación entre el contrato de Agencia y la contrata o subcontrata resta por determinar si la actividad llevada a cabo por Guadaltelefon, S.L. y Telemartel, S.L., sucesivamente son incardinables en una u otra figura jurídica.

El artículo 1º de la Ley 12/1992 de 27 de Mayo califica como contrato de agencia obligarse a "promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlas y concluir las por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

Deberá examinarse el contenido del ordinal primero de los hechos declarados probados en busca de la descripción del contrato existente entre Telefónica Móviles de España S.A. y las empresas Guadaltelefon, S.L. y Telefonía Telemartel S.L., y así consta como objeto el contrato celebrado el 1-7-2010 "mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación, de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME en todo el territorio nacional, sin exclusiva."

Dado el contenido de las obligaciones contraídas por Guadaltelefon S.L. y no constando que a los mismos se le añadan otros, el contrato sin duda debe ser calificado de Agencia. Una vez establecida esta conclusión el siguiente punto a definir es el de sus límites con la contrata o subcontrata. La sentencia recurrida pone el acento en un aspecto relevante del artículo 42 del E.T., la realización de la "propia actividad" de la empresa principal para definir en que casos la relación con otros sujetos es de contrata o subcontrata. Partiendo de que considera al contrato de Agencia como actividad susceptible de ser embebida en la contrata, hasta el punto de identificarse entre sí, llega a la conclusión de que este es un ejemplo de esa incardinación de la Agencia en la contrata y definiendo la vinculación por la propia actividad como la necesidad de quien produce un bien de suministrarlo.

Como premisa esencial, sin embargo, hay que partir de que Agencia y contrata son dos figuras plenamente diferenciadas de forma que la contrata no puede absorber a la Agencia. La esencia del contrato de Agencia es la mediación en la colocación del producto. En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo el es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En

el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar "la propia actividad" y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación "de la mediación".

En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas, a una actividad de mediación que les es propia y característica.

A la inversa, cabe traer a colación la S.T.S. de 20-7-2005 (R. 2160/2004 ) citada por la recurrente en la que se razona, al diferenciar las actividades de promoción y construcción y calificarlas de insertas en el mismo sector, lo que ni siquiera ocurre en las presentes actuaciones, distingue entre ambas actividades y concluye que aunque pueda existir una conexión o dependencia funcional la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria, conclusión a la que se accede como resultado de aplicar la doctrina que refleja el segundo de sus fundamentos de Derecho: "SEGUNDO.- La noción de "propia actividad" ha sido ya precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 , 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002 en el sentido de que lo que determina que una actividad sea «propia» de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la "actividad indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán «propia actividad» de ella. En el

primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero 1995, «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente".

De su aplicación resulta que la comercialización del producto o bien se gestiona a través del contrato de Agencia o bien se asume como propia aun sin corresponder al ciclo productivo a través de la relación laboral de carácter especial en cuyo caso la disyuntiva se plantearía entre esas dos figuras jurídicas y en ningún caso entre el contrato de Agencia del artículo 1º de la L. 12/1992 de 27 de mayo y la contrata o subcontrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación revocamos la sentencia con desestimación de la demanda. Sin costas y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., contra de la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1292/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , en autos núm. 595/2013, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Sacramento frente a FOGASA, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEMARKETING GALICIA S.L., TELEFONIA TERMATEL S.L., SILICON VAL, S.L., COMUNICACIONES EUROTERONICA S.A., BLUCOM REDES y COMUNICACIONES, S.L., EURONA WIRELESS TELECOM S.A. y THE PHONE HOUSE SPAIN SLU. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación revocamos la sentencia con desestimación de la demanda. Sin costas y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.

## **10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2015**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 25 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social número 3 de Granollers, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Salome frente a las empresas COMERCIAL

SALGAR, S.A.U, SALGAR, MAMPARAS, S.L. y FIVENT, S.A. a las que absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra por la parte actora. Declaro procedente el despido acordado por la empresa demandada COMERCIAL SALGAR S.A.U en 21-11-2012, declarando convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, con la indemnización abonada por ésta demandada".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.- La parte demandante Dª Salome con DNI nº NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U dedicada a la actividad de carpintería metálica, con antigüedad de 12-07- 2004, categoría profesional de oficial de 3ª, y salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.602,06.

2º.- Que la parte actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. en el centro de trabajo sito en 08450 LLINARS DEL VALLÈS C/ Porvenir, 94, Pol. Ind. Sur, Nave 14.

3º.- Que la actora ha prestado sus servicios para la demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U, con contrato indefinido a tiempo completo y jornada de trabajo de 40 horas semanales, de lunes a viernes.

4º.- Que las relaciones laborales en la demandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. se rigen por el Convenio Colectivo de trabajo de la Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2007-2012.

5º.- Que la codemandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U. acordó en diciembre de 2011 un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) de suspensión de contratos de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores , en el expediente número NUM001 .

6º.- Que la demandante inició relación laboral con la codemandada FIVENT, S.A. en fecha 21-11-2003 a través de la empresa UNIQUE INTERIM ETT, S.A.U. al suscribir un contrato eventual por circunstancias de la producción, para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, al amparo del art. 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

Posteriormente a dicho contrato, se suscribieron 4 contratos más de mismas característica a través de la empresa UNIQUE INTERIM ETT, S.A.U, finalizando el último contrato en fecha 9-7-2004.

En fecha 12-7-2004 la actora fue contratada directamente por FIVENT, S.A. suscribiendo un contrato eventual por circunstancias de la producción.

En fecha 11-5-2007 se acordó la conversión del contrato temporal en contrato indefinido a partir de la misma fecha con la empresa FIVENT, S.A.

Con posterioridad, en fecha 3-9-2008 la actora pasó a prestar sus servicios por cuenta de la empresa codemandada SALGAR, MAMPARAS, S.L, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , al haberse comunicado una subrogación empresarial, produciéndose así un proceso de sucesión empresarial entre las empresas codemandadas.



Finalmente, en fecha 1-12-2011 la actora pasó a prestar sus servicios para la empresa codemandada COMERCIAL SALGAR, S.A.U, habiéndosele comunicado en fecha 30-11-2011 la sucesión de empresas producida entre la empresa cedente SALGAR, MAMPARAS, S.L. y la empresa cesionaria fruto de la fusión acordada entre ambas empresas en fecha 23-9-2011.

7º.- Que COMERCIAL SALGAR, S.A.U. se constituyó el 27 de diciembre de 1978. Esta Sociedad está participada al 100% por SALGAR INVESTMENTS, S.L, que es una sociedad de mera tenencia de acciones que no realiza actividad alguna y su activo está formado únicamente por las acciones de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

8º.- Que la mercantil SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. se constituyó el 3 de septiembre de 2008, contando con un centro de trabajo en la localidad de Llinars del Vallés. En este centro de trabajo se situaba la fábrica, cuya actividad era de producción y venta de mamparas de ducha y baño.

9º.- Que la sociedad SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. adquirió la rama de actividad y fabricación y venta de mamparas a la mercantil FIVENT, S.A.

10º.- Que la empresa demandada COMERCIAL SALGAR S.A.U despidió a la demandante mediante comunicación escrita de fecha 21-11-2012 con efectos de dicha fecha, conforme a lo dispuesto en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores por causas económicas. Aquí damos íntegramente por reproducido el contenido de la misma, que obra unida a los folios 17 a 20 de autos.

11º.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

12°.- Que la empleadora le ha puesto a disposición de la actora el importe de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, así como de la correspondiente al preaviso.

13°.- Que en la fábrica de Llinars la producción ha disminuido en 2012 con respecto al año anterior en un 48%. En septiembre de 2012, la caída era del 51%, para cerrar el ejercicio con un 48% de descenso de producción. Esta situación ha derivado en pérdidas acumuladas en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 de la planta de Llinars de 1.972.761€ y en los tres meses de 2013 se acumulan nuevas pérdidas por importe de 192.009€.

14°.- Que en 2011 COMERCIAL SALGAR, S.A.U. absorbió a SALGAR, MAMPARAS, S.L.U. y por tanto estas pérdidas se han incorporado al Balance de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

15°.- Que la evolución de las ventas de la empresa COMERCIAL SALGAR S.A.U de los años 2007 a 2012, ha sido la siguiente:

#### EVOLUCIÓN INTERANUAL EVOLUCIÓN ACUMULADA

CONCEPTO	2008 S/ 2007	2009 S/ 2008	2010 S/ 2009	2011 S/ 2010	2012 S/ 2011	2012 S/ 2007
----------	--------------	--------------	--------------	--------------	--------------	--------------

VENTAS NETAS	-17%	-24%	14%	-11%	-16%	-46%
--------------	------	------	-----	------	------	------

RESULTADO	-22%	-69%	43%	-79%	-44%	-96%
-----------	------	------	-----	------	------	------

16°.- Que la mercantil demandada, despidió a ocho trabajadores de la planta de Llinars en noviembre de 2012, por causas económicas y productivas y por la degradación de situación generalizada de COMERCIAL SALGAR, S.A.U.

17º.- No existen indicios de que el despido fuese discriminatorio.

18º.- Que la parte actora presentó papeleta de conciliación impugnando el despido el 10-12-2012 celebrándose el preceptivo acto de conciliación en 05-03-2013 que finalizó con el resultado de intentado sin efecto (Acta obrante al folio 36 de autos)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 14 de abril de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando, en parte, el recurso de suplicación interpuesto por Dª Salome contra la sentencia de 25 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Granollers en los autos 16/2013, seguidos a su instancia contra las empresas COMERCIAL SALGAR S.A.U., SALGAR MAMPARAS S.L., FIVENT S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL.; debemos revocar y, en parte, revocamos la citada resolución a los limitados efectos de condenar a la primera de las citadas mercantiles al pago (en su caso) de la cantidad de 702 euros por la diferencia en el abono de la indemnización a satisfacer".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Martínez Delicado, en representación de Dª Salome, mediante escrito de 26 de junio de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2007. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 223.3 de la LRJS y del art. 53.4 del ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de marzo de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El debate casacional suscitado.

La cuestión suscitada en el presente recurso consiste en determinar si el deficiente cálculo de la indemnización abonada por despido objetivo debe calificarse como error excusable. La diferencia entre la cantidad debida deriva de que la empresa no tuvo en cuenta una previa prestación de servicios a través de una ETT. Antes de abordarla interesa recordar las características del marco procesal en que nos movemos y las consecuencias que de ello derivan para la referida materia, en especial la existencia de contradicción entre las sentencias contrastadas, que es cuestionada por la impugnación del recurso,

##### 1. Los hechos litigiosos.

Sin necesidad ahora de reproducir el relato de hechos probados (inalterado en fase de suplicación) que se contiene en los antecedentes, a los efectos del presente recurso interesa resaltar lo siguiente:

- El 21 de noviembre de 2003 la demandante fue contratada por Unique Interim ETT (en la modalidad eventual) y cedida a la empresa Fivent.
- Esa inicial contratación eventual fue seguida por otras cuatro similares, a través de la misma ETT y hasta el 9 de julio de 2004.
- El 12 de julio de 2004 la recurrente fue contratada por Fivent.
- El 11 de mayo de 2007 el contrato con Fivent se transformó en uno de duración indefinida.
- El 3 de septiembre de 2008 se produce una transmisión de empresas y el nuevo empleador (subrogado) pasa a ser Salgar Mamparas SL.
- El 23 de septiembre de 2001, tras una fusión empresarial, el empleador de la Sra. Salome acaba siendo Comercial Salgar.
- El 21 de noviembre de 2012 se le notifica el despido objetivo por causas económicas.

El cálculo efectuado para el abono de la indemnización se hizo sobre una antigüedad desde el primer contrato indefinido con Fivent.

## 2. La sentencia recurrida.

La STSJ Cataluña 2898/2014, de 14 de abril, confirma la procedencia del despido objetivo que había decretado el Juzgado de lo Social. Al margen de otras cuestiones que han quedado al margen del recurso casacional, ante la Sala de suplicación se debatió sobre la insuficiencia de la indemnización puesta a disposición de la trabajadora.

La resolución, ahora recurrida ante nosotros, se apoya en numerosas sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y, por lo que ahora interesa, construye los siguientes núcleos argumentales,:

- La antigüedad que debe computarse para el cálculo de la indemnización por despido no debe ser la fecha de la contratación directa por la empresa Fivent sino aquella anterior en la que se produce la primera contratación de puesta a disposición para dicha empresa usuaria a través de la ETT.

- La diferencia asciende a 702 euros.

- La complejidad de las operaciones empresariales de subrogación y la escasa entidad de la diferencia abocan a la calificación del error padecido como excusable.

### 3. La sentencia referencial.

Al igual que se ha hecho en los asuntos similares que penden ante esta Sala y que se han deliberado en la misma fecha que el presente (rec.2219/2014 y 2366/2014) se invoca como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cataluña 2068/2007, de 15 de marzo . El supuesto es el siguiente:

- Dos trabajadores fueron contratados por una empresa de trabajo temporal, ADECCO ETT que los puso a disposición de la contratista URBASER, S.A., para prestar servicios como limpiador en SEAT.

- Posteriormente Urbaser los siguió contratando directamente para la realización de las mismas funciones, en la misma actividad y en idéntico puesto de trabajo, hasta que perdió la contrata que pasó a la empresa RAMEL

- Ramel se subrogó en los derechos y obligaciones de la anterior y acabó despidiéndolos por causas objetivas.

La sentencia tras confirmar el fraude en la contratación por la falta de justificación de la causalidad en la suscripción de los contratos temporales, considera que la sucesión contractual debe configurarse como una única relación y que debe computarse la antigüedad inicial de ambos trabajadores.

Se cuestiona si la diferencia en la indemnización resultante de haber obviado el cómputo de los trabajos temporales anteriores a la fijeza en la empresa, debe calificarse de error excusable. La sentencia estima que se trata de un error inexcusable puesto que la demandada al asumir la contrata tenía conocimientos más que suficientes de la situación laboral de los trabajadores, así como conocimientos jurídicos suficientes a través de sus asesores.

#### 4. La contradicción del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R.

2058/2012 ), 23/05/2013 (R. 2406/2012 ), 13/06/2013 (R. 2456/2012 ), 15/07/2013 (R. 2440/2012 ), 16/09/2013 (R. 2366/2012 ), 03/10/2013 (R. 1308/2012 ), 04/02/2014 (R. 677/2013 ) y 01/07/2014 (R. 1486/2013 ).

Por otra parte, la Sala ha señalado reiteradamente que la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina y ello no sucede sólo en materia de calificación de incapacidades, sino también en las apreciaciones sobre la existencia de fraude que se fundan en una valoración de intenciones - SSTS 20/12/2007 (R. 3656/2006 ), 22/01/2009 (R. 4610/2007 ), 10/02/2009 (R. 600/2008 ), 24/02/2009 (R. 1995/2008 ), 02/03/2009 (R. 994/2008 ), 25/03/2009 (R. 1201/2008 ), 01/04/2009 (R. 4198/2007 ), 08/05/2009 (R. 1733/2008 ), 04/05/2010 (R. 2407/2008 ), y AATS 08/09/2011 (R. 2977/2010 ), 29/03/2012 (R. 1678/2011 ), y 11/09/2014 (R. 613/2014 )--.

## 5. Examen de la contradicción.

De manera extensa y razonada, el escrito de impugnación cuestiona que estemos ante sentencias contradictorias en los términos que, según acabamos de recordar, exige la legislación procesal.

A) Ciertamente, la cadena contractual no es enteramente coincidente pero se estima que en lo relevante si hay identidad.

En ambos casos los demandantes fueron inicialmente contratados y cedidos por una ETT; posteriormente la empresa usuaria incorpora a esos trabajadores; en una tercera fase se produce una transmisión de empresas; finalmente el cuarto empleador (años después de la primera contratación) procede a los despidos objetivos.



B) La calificación de los despidos y el Derecho aplicado son diversos.

El tiempo transcurrido entre los hechos de la sentencia referencial y la recurrida ha comportado que la regulación del despido objetivo aplicada a cada supuesto sea diversa. Así, de la nulidad se pasó a la improcedencia por cuanto respecta a la calificación del despido objetivo con deficiencias formales.

Como regla general, la contradicción del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no podrá apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado [ SSTs 25/02/2013 (R. 3309/2012 ), 25/10/2013 (R. 198/2013 ), 12/12/2013 (R. 167/2013 ), 17/06/2014 (R. 2098/2013 )].

Justamente, lo que sucede en este caso es que el debate planteado se ciñe a una cuestión en la que nada ha cambiado entre la LPL y la LRJS: la determinación de cuándo se está ante un cálculo indemnizatorio.

C) Insiste la empleadora impugnante en que la sentencia de contraste se centra en la comparación entre los dos trabajadores despedidos y en este caso solo hay uno.

Sin embargo, lo cierto es que la cuestión debatida no se ve directamente afectada por ella. La sentencia referencial entiende que el deficiente cálculo de la indemnización, al margen de su cuantía, comporta un error jurídico inexcusable; la recurrida da entrada directa a la ponderación de la cuantía (mayor o menor) en que se traduce el erróneo cómputo del tiempo de servicios.

D) No estamos ante doctrinas abstractas contradictorias, sino ante resoluciones que cumplen los requisitos del art. 219.1 LRJS:

- Se trata de trabajadores que fueron inicialmente contratados por una ETT para prestar servicios para la usuaria y posteriormente fueron directamente contratados por la empresa usuaria.

- Posteriormente, y en virtud de subrogación o sucesión empresarial, pasaron a prestar servicios para otras empresas.

- A lo largo de toda la relación laboral han prestado sus servicios desarrollando siempre la misma actividad. Asimismo, fueron despedidos por causas objetivas

- Se debate si el error en la indemnización, consecuencia de no haberse computado como antigüedad la inicial con la ETT, debe considerarse error excusable o no.

- Las empresas han calculado el tiempo de servicios a partir del momento en que hubo contratación directa, dato que es el que en los recibos de salarios viene constando como fecha a efectos de antigüedad.

Por todo ello, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, debe entenderse que concurre la preceptiva contradicción.

SEGUNDO.- El error en el cálculo de la indemnización por despido objetivo.

El recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto considera que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea respecto de la de contraste, e incurre en interpretación errónea de los dispuesto en el artículo 122.3 de la LRJS y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores.

#### 1. Las normas aplicables.

Con arreglo al artículo 53.1.b) ET vigente en el momento de producirse la adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas, la empresa debe " poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Por su lado, el artículo 122.3 LRJS prescribe que la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . " No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan".

#### 2. Criterios generales para la determinación del carácter excusable del error.

Son muchas las ocasiones en que esta Sala ha debido ocuparse de identificar si las circunstancias que inducen a calcular erróneamente la indemnización por despido objetivo propician que el error se considere excusable. Mientras estuvo vigente la regulación del despido improcedente que permitía detener (o abortar) el devengo de

salarios de tramitación depositando la indemnización correcta también se generó una jurisprudencia que, por clara analogía, resulta aplicable a los casos de despidos objetivos, como ya dijera la STS 11 octubre 2006 (rec. 2858/2005).

Compendiando los criterios contenidos en resoluciones, además de la mencionada, como las de 19 junio 2005 (rec.), 16 abril 2013 (rec. Rec. 2437/2012), 17 de diciembre de 2009 (rec. 64/10), 27 noviembre 2013 (rec. 75/2013) puede recordarse lo siguiente:

- Poca ayuda puede obtenerse del DRAE, para el que es «excusable» lo que «admite excusa o es digno de ella», y es «excusa» el «motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión». En la práctica, una tautología que evidencia el acierto de la doctrina de la Sala mantenida hasta la fecha, pivotando la razonabilidad -excusabilidad- del error en factores tan significativos como la entidad cuantitativa del mismo [por mero error de cálculo o por divergencia en los parámetros indemnizatorios, singularmente salario y antigüedad] y la complejidad jurídica del supuesto, que en todo caso han de contemplarse desde la prevalente perspectiva de la buena fe.

- Apurando más el concepto se ha de indicar -en su delimitación negativa- que el «error excusable» no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al art. 1266 CC.

- Es inexcusable cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia.

- El «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia. Pero más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego». El error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo. De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen

decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar.

- Los datos que permiten calificar un error como excusable o no, pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso

### 3. Elenco de supuestos.

Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. Si bien la mayoría de las sentencias se han dictado examinando el importe de la consignación de la indemnización en despidos reconocidos como improcedentes por el empresario, dada la identidad de razón, la doctrina establecida es aplicable a los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas.

Como han recordado las SSTs 17 diciembre 2009 (rec. 957/2009), 16 abril 2013 (rec. 1437/2012), 27 noviembre 2013 (rec. 75/2013) o 25 mayo 2015 (rec. 1936/2014), las sentencias dictadas por la Sala reconociendo el carácter excusable del error son las siguientes:

- STS de 24-04-00, CUD 308/99 , a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad.

- STS de 26-12-05, CUD 239/05 , entendió que la escasa cuantía de la diferencia -157,90 euros - unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable.

· STS de 26-01-06, CUD 3813/04 , entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuido a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio del ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción". Concluye que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.

· STS de 7-02-06, CUD 3850/04, entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.

· STS de 28-02-06. CUD 121/05, entendió que era "error excusable" no incluir el "bonus" en el cálculo de la indemnización. La sentencia justificó su decisión en que existía cierta dificultad jurídica en la fijación del "bonus teniendo en cuenta el período de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.

· STS de 13-11-06, rec. 3110/2005, entendió que era error excusable el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación - la empresa la reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior " a todos los efectos"- a efectos de calcular la indemnización.

· STS 27-06-07, CUD 1008/06, entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.

· STS de 19-10-07, CUD 4128/06, entendió que era error excusable la insuficiente consignación pues la misma obedecía al salario que venía percibiendo el trabajador en el momento del despido, conforme a la categoría profesional fijada en el contrato, sin que proceda privar de efectos a dicha consignación porque en el propio juicio de despido se haya fijado una categoría superior, por realizar las funciones de dicha categoría, a la que corresponde un salario superior.

· STS de 16-05-08, CUD 523/07, entendió que era error excusable al no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes, ya que la orden de venta se produjo por el actor el sábado 18 de febrero de 2006, cuando conocía desde el miércoles 15 la decisión empresarial de despedirle, aunque no se le entregó carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la venta -por estar cerrado el lunes el mercado de valores en EEUU - el 21 de febrero, martes, habiéndose efectuado la consignación por la empresa el día 22, miércoles.

· STS de 17-12-09, CUD 957/09, entendió que era error excusable la diferente consignación, dado que fue en el proceso por despido donde la actora planteó por primera vez que su categoría no era la que tenía reconocida en el contrato.

· STS de 20-12-11, CUD 1882/11, calificó como excusable el error en la consignación, dada la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, y que además la trabajadora había venido prestando servicios a tiempo parcial y no a tiempo completo hasta menos de dos semanas antes del acto de despido.

· STS de 26-11-12, CUD 4355/11 entendió que se trataban de un error excusable al no ser la diferencia relevante, 145'91 euros en lugar de 43 euros.

· STS de 28-11-11, CUD 4348/11, calificó de excusable el error, dada la escasa diferencia de la cuantía en términos absolutos, en total 102'91 euros.

· STS 11-12-12, CUD 3538/11, calificó el error de excusable, por tratarse de una discrepancia razonable en el cálculo efectuado por el empresario, dado su convencimiento de que el concepto de dietas y locomoción tenía carácter extra salarial y por ello no fueron reconocidas a efectos indemnizatorios.

- STS de 18-06-2013, RUD 1302/12, califica de error excusable el no reconocer al trabajador antigüedad desde el 19 de enero de 1994, por haberse producido subrogación, consignando la empresa cedente en el anexo entregado a la nueva empresa que la antigüedad del trabajador era de 1 de mayo de 2004, comunicándole posteriormente que la antigüedad era de 16 de septiembre de 1997.

- STS de 13-03-2013, RUD 2002/11, califica de error excusable el no tener en cuenta el incremento salarial del Convenio Colectivo del Sector, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta la escasa diferencia de la cuantía y que la empresa a los pocos días completó la indemnización.

- STS 27-11-2013 (rec. 75/2013) considera excusable el error padecido por la empresa que despidió y aplica la antigüedad que le había comunicado la empresa transmitente.

- STS de 16-02-2015, RUD 3056/13 , entendió que era error excusable el no incluir las dietas por manutención y alojamiento en el cálculo de la indemnización ya que, aunque en realidad eran salario, dada la dificultad jurídica en su calificación como tal, el error había de calificarse de excusable.

Por otro lado, en diversas ocasiones hemos relacionado también los supuestos en que la Sala ha considerado el error como inexcusable:

- STS 4-10-06, CUD 2858/05, entendió que era un error inexcusable que la empresa calculara la indemnización sin tener en cuenta la real antigüedad del trabajador, en la que había que completar el periodo de trabajo en prácticas.

- STS de 11-10-2006, RUD 2858/05, calificó de error inexcusable el no incluir en el cálculo de la indemnización el periodo en el que el trabajador había prestado servicios en prácticas.

- STS de 1-10-07, RUD 3794/06, entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.



- STS de 15-11-2007 RUD calificó de error inexcusable el no tener en cuenta, para el cálculo de la indemnización, los periodos en los que el trabajador había estado prestando servicios a la empresa en virtud de sucesivos contratos temporales, celebrados con la empresa de trabajo temporal, habiendo pasado posteriormente a prestar servicios contratado por la empresa usuaria.

· STS 14-9-10, CUD 3199/09 en un supuesto en el que se había realizado la consignación transcurridas más de 48 horas desde el despido, entendió que era error inexcusable no haber consignado el importe correspondiente a salarios de tramitación.

- STS de 15-04-2011, RUD 3726/10, calificó de error inexcusable el que la empresa no tuviera en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización, la antigüedad real de la trabajadora ya que, al haberse subrogado en el contrato de una empresa anterior, debió de computar el periodo de servicios prestado a dicha empresa.

· STS 16-5-11, CUD 3526/10 entendió que era error inexcusable el no calcular la indemnización conforme al salario de la categoría reconocida a la actora y no conforme al salario que le correspondía por las funciones de superior categoría que efectivamente realizaba.

- STS de 23-12-2011 RUD 1334/11, calificó de error inexcusable el que la empresa no tuviera en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización, la antigüedad real de la trabajadora ya que, al haberse subrogado en el contrato de una empresa anterior, hubo de tener presente el periodo de servicios prestado a dicha empresa.

- STS de 20-06-2012, RUD 2931/13, calificó de error inexcusable el calcular la indemnización no computando como un mes completo los días del último mes trabajado.

- STS 9 de abril de 2013 (rec.1437/2012), entiende que si bien la cuestión acerca del alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de indemnización por despido de empresas que tengan menos de 25 trabajadores reviste cierta complejidad, un examen pormenorizado de su regulación permite determinar con exactitud la misma y no excusa la errónea actuación desarrollada.

- STS de 5 de febrero de 2014, RUD 1136/13, calificó de error inexcusable el no incluir en el cálculo de la indemnización el importe de la vivienda que, como retribución reflejada en la nómina, venía abonando la empresa.

- STS de 06-06-2014, RUD 562/2013, calificó de error inexcusable el calcular la indemnización no computando como un mes completo los días del último mes trabajado.

- STS 25 mayo 2015 (rec. 1936/2014), entiende que no hay ninguna especial complejidad jurídica o complejidad de cálculo que permita entender que el inferior importe abonado de indemnización obedece a un error excusable cuando se ha omitido computar el tiempo de servicios desarrollados al amparo de contrato temporal inmediatamente anterior al indefinido.

### TERCERO.- Resolución del recurso.

Conviene recordar que no está en cuestión la solución al interrogante de fondo. Los servicios prestados en virtud de un contrato de puesta a disposición de la empresa usuaria con una Empresa de Trabajo Temporal, a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido son computables. La antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido debe comprender todo el tiempo de servicios prestados para la empresa, y no sólo el último contrato, cuando a éste le han precedido uno o varios contratos de puesta a disposición consecutivos con el mismo objeto. En estos términos puede verse, por ejemplo, las SSTS de 17 octubre 2006, 15 noviembre 2007 (rec. 2426/2005); 17 enero 2008 (rec. 1176/2007), 15 enero 2009 (rec. 2302/2007), 11 mayo 2009 (rec. 3632/2007) o 25 julio 2014 (rec. 1405/2013).

Ahora se trata de determinar si, aplicando los criterios que venimos invocando, estamos ante una indemnización mal calculada de manera excusable o inexcusable.

#### 1. Examen de las circunstancias relevantes.

Como se ha visto, las dos sentencias enfrentadas polarizan sus decisiones (opuestas) sobre la base de aplicar la inexcusabilidad del error jurídico (la referencial) o lo contrario respecto de los errores de escasa cuantía (la recurrida).

Por más que pueda resultar paradójico, hemos de comenzar advirtiendo que ambas opciones están algo alejadas del sentido que hemos querido conferir a nuestras sentencias. Lo que se desprende de su doctrina es lo siguiente:

- La escasa entidad del importe diferencial constituye un indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable. Pero ese criterio solo puede invocarse como único cuando estamos ante unas operaciones aritméticas sin especial dificultad jurídica.

- La indiferencia del importe y la fatal consideración como inexcusable del error jurídico padecido es aplicable pero cuando, atendidas las circunstancias, la empresa no posee justificación para haberlo cometido.

- En suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable.

Entre los casos enumerados, recordados a modo de pista pero también de precedente, hay algunos que abordan supuestos en que han mediado fenómenos interempresariales anteriores al despido. Así, cuando se ha considerado excusable el error padecido por la empresa que despide y calcula la indemnización sin tener en cuenta la antigüedad real del trabajador sino la reconocida en la anterior empresa (SSTS 15-4-11, rec. 3726/10 Ž; 18-06-2013, RCUD 1302/12; 27-11-2013, rec. 75/2013).

Igualmente merece destacarse el supuesto en que solo es en el proceso por despido cuando la trabajadora manifiesta su discrepancia con la categoría profesional que le viene reconocida en nómina (STS 27-11-2013, rec. 75/2013).

Adicionalmente, la sentencia recurrida subraya que está en juego una cantidad moderada de 702 euros (resultado de adicionar a la indemnización final la superior

antigüedad correspondiente a los ocho meses que discurren entre noviembre de 2003 y julio de 2004).

No parece (desde luego, en modo alguno se ha demostrado) que la empleadora haya querido ignorar derechos de la trabajadora sino calcular la indemnización con arreglo a los datos que ha venido manejando durante todo el tiempo que discurrió la prestación de servicios entre ambas. Durante más de ocho años la trabajadora ha comprobado que la antigüedad reconocida por su empleadora arrancaba en julio de 2004, sin que manifestase oposición a ello. Los ocho meses durante los cuales, con carácter inmediatamente anterior, prestó servicios a través de una ETT debieran haber sido incorporados a su carrera profesional en el seno de la empresa y, desde luego, como la propia sentencia recurrida reconoce, la pasividad no comporta imposibilidad alguna de reclamar que así sea en el momento de calcular la indemnización por despido.

Ahora bien, todo eso sí que abona la justificación que posee el que la empresa actúa, a la hora de despedir, aplicando los datos que, de forma pacífica, ha venido manejando precedentemente. Máxime si se repara en que quien despide es el tercer empleador que accede a esa condición desde que finalizara la etapa de cesión a cargo de la ETT.

## 2. Carácter subsanable del error.

La trabajadora tiene derecho al cálculo de la indemnización por despido incluyendo como periodo de prestación de servicios los ocho meses durante los que estuvo cedida por una ETT a su primera empleadora directa.

Pero el erróneo cálculo de la indemnización, por las circunstancias expresadas, ha de considerarse como un error excusable, en línea con cuanto hemos mantenido en supuestos análogos.

En el presente caso, en suma, nos encontramos ante un caso de error excusable. No tanto porque la diferencia de la cuantía entre la indemnización entregada por la empresa y la que corresponde sea de escasa cuantía, sino por la complejidad de los fenómenos inter empresariales habidos y la actuación empresarial con arreglo a lo que durante años se vino considerando correcto (tomar como fecha inicial de antigüedad la de contratación directa).

### 3. Desestimación.

Con los importantes matices expuestos en el Fundamento precedente, la solución correcta se encuentra en la sentencia recurrida. Recordemos que, dando cumplimiento al mandato del art. 122.3 LRJS, se consideró excusable el error padecido por la empresa y también se la condenó al abono de la cuantía diferencial.

El recurso debe desestimarse, siendo confirmada la resolución combatida y sin que proceda la imposición de costas, habida cuenta de la condición personal de la trabajadora (art. 235.1 LRJS).

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

### FALLO:

1) Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Salome, representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez

Delicado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de abril de 2014.

2) Confirmamos la sentencia 2898/2014, de 14 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el recurso de suplicación nº 547/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 25 de julio de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granollers, en los autos nº 16/2013, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Salome contra las empresas COMERCIAL SALGAR, S.A.U., SALGAR, MAMPARAS, S.L. y FIVENT, S.A., sobre despido.

3) No ha lugar a la imposición de costas, ni a la adopción de medidas especiales en materia de depósitos, avales o consignaciones.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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.

## **11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2014**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- La empresa recurrente, Transportes Buytrago Andalucía S. A., SA, dedicada al transporte de mercancías, despidió al trabajador, D. Silvio, que prestaba servicios para ella desde el 30/10/1991, con la categoría de mozo especialista, alegando causas económicas, organizativas y de producción, con efectos del día 8/3/2011. Dicho despido fue impugnado por el trabajador y la sentencia de instancia declaró su improcedencia con las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 15 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, contenía los siguientes hechos probados:

"1º.- El demandante, D. Silvio ha venido prestando sus servicios retribuidos para la demandada TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A. desde el 30-10-91, con categoría profesional de mozo especialista, percibiendo por ello un salario diario a efectos de despido de 85,55 euros. Dicha prestación de servicios se venía realizando en la sucursal que tiene la empresa demandada en la localidad de Dos Hermanas (Sevilla).

----2º.- Con fecha 8-03-11 la demandada TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A. notificó al actor la carta de despido objetivo por causas económicas, organizativas y de producción, con efectos desde ese mismo día, que ha sido aportada como documental en el ramo probatorio (tanto por la parte demandante, como por la demandada) y se da por reproducida en aras a la brevedad. ----3º.- En esa misma fecha, 08-03-11, se puso a disposición del trabajador la indemnización legalmente establecida para este tipo de extinción por causas objetivas (30.797,14 Euros), así como la correspondiente a la falta de preaviso (1.283,21 Euros). Igualmente, se puso en conocimiento de la representación legal de los trabajadores dicha extinción por causas objetivas. ----4º.- La empresa TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A. ha tenido los resultados económicos que se indican a continuación y para los ejercicios 2008, 2009, 2010:

----5º.- En el ámbito de la sucursal de la empresa demandada ubicada en la localidad de Dos Hermanas (Sevilla), por el conjunto del personal que presta servicios en la misma, se han venido realizando las siguientes horas extras (computadas a partir de la realización de 9 horas diarias de trabajo):

----6º.- Los trabajadores de la empresa demandada, Ángel, Celestino y Ezequiel, que también prestan servicios en la sucursal de la empresa demandada ubicada en la localidad de Dos Hermanas (Sevilla), venían percibiendo por cuenta de la empresa demandada una serie de cantidades, en efectivo y fuera de nómina (Ángel y Celestino a razón de 100,00 euros mensuales; Ezequiel a razón de 270/300 euros mensuales). ----7º.- Durante el período 01-01-11 a 30-06-11 la empresa demandada ha contratado con ADECCO SATT EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL los contratos de puesta a

disposición relacionados en el certificado incorporado a las actuaciones y que acompañaba al escrito de fecha 07-10-11 remitido por la citada E.T.T., cuyo contenido se da íntegramente por reproducido. Dichas contrataciones se formalizan, la primera de ellas, el 08-02-11 y la última el 21-03-11. ----8º.- La empresa demandada ha suscrito contratos mercantiles de prestación de servicios de transporte en plaza con las entidades y/o personas que se relacionan a continuación y en las fechas que, igualmente, se indican:

-Con Lorenzo el 09-03-10.

-Con Clara el 01-01-11.

-Con GRUPATRANS SUR, S.C.A., sendos contratos de fecha 01-02-11.

----10º.- Según informe remitido por el Servicio Andaluz de Empleo y referido a la empresa demandada, no consta que dicha empresa haya comunicado a dicho organismo ningún contrato de trabajo en el período 01-01-11/30-06-11. ----11º.- El demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido. ----12º.- Se presentó la papeleta de conciliación el día 30-03-11, que se celebró el día 25-04-11 con resultado de celebrada sin avenencia, habiéndose presentado el 15-04-11 la demanda de despido."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "1. Estimo la demanda presentada por Silvio frente a TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A., en reclamación por despido. 2. Declaro el despido improcedente. 3. Condeno a la demandada TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A. a que, a su elección, que deberá manifestar en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, bien readmita al demandante den su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, en cuyo caso deberá el trabajador demandante reintegrar a la empresa demandada la indemnización de 30.797,14 euros percibida; bien le pague como indemnización la cantidad de 74.749,31 euros, pudiendo en este caso la empresa deducir de dicha suma el importe de la indemnización ya abonada en el momento del despido (30.797,14 euros). 4. Condeno a la demandada TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A. a que pague al demandante Silvio los salarios dejados de percibir,



desde la fecha del despido (inclusive) hasta la de notificación de la sentencia (exclusive)".

TERCERO.- El 14 de febrero de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, en los autos nº 426/2011, seguidos a instancia de D. Silvio contra dicha recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) es del tenor literal siguiente: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 426/11, en los que el recurrente fue demandado por D. Silvio, en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia. Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de las consignaciones que en su día fueron efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta sentencia, se les dará su destino legal. Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de mil doscientos euros (1.200€) que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS".

Esta sentencia de suplicación razona que aunque se alegan las causas mencionadas, la causa real del despido es únicamente económica, porque en la carta de despido no se argumenta ni se indican hecho alguno referido a las organizativas o productivas, y llega a la conclusión de que la causa económica no concurre porque si bien se acredita la existencia de pérdidas, eso no es suficiente para justificar el despido sino que de acuerdo con el art. 52.c) en relación con el art. 51 ET en su redacción dada por la L 35/2010 que es la aplicable al caso, es necesario acreditar que dichas pérdidas afectan real o potencialmente a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para

mantener el empleo, cosa que la empresa no ha demostrado en este caso, existiendo además indicios contrarios a la justificación del despido, como es la realización de horas extraordinarias de manera continuada por los trabajadores de la empresa, desde al menos enero de 2010.

CUARTO.- El Letrado Sr. Molina Carmona, en representación de la mercantil TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCÍA S. A., mediante escrito de 7 de mayo de 2013, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de 22 de noviembre de 2005 , de Galicia, de 26 de diciembre de 2011 y de Andalucía (sede en Granada), de 15 de febrero de 2012 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 87.1, 78.2, 95.5 y 93 de la LRJS, así como los arts. 293 a 297, apartado 1 del art. 298 de la LEC, en relación con el art. 24.1 y 2 de la CE y art. 339 de la LEC.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2013 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEPTIMO.- Instruido el Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Síntesis del debate casacional.

A) Tras veinte años prestando sus servicios como mozo de almacén, el Sr. Silvio fue despedido por causas objetivas, con efectos de 8 de marzo de 2011. Su despido fue calificado como improcedente tanto en instancia cuanto en suplicación, habiendo entendido la sentencia ahora recurrida que no bastaba la acreditada existencia de pérdidas para justificar esa extinción contractual.

Aunque el escrito de preparación del recurso de casación se organizaba en cuatro motivos de recurso, son finalmente tres los que se han articulado al formalizarlo; respecto de todos ellos cuestionan la Fiscalía y el trabajador que concurra el presupuesto de la contradicción (art. 219 LRJS). Habrá, por tanto, que examinarlos de forma detenida y sucesiva, bien que alterando levemente el orden en que nos son propuestos.

B) Con carácter previo y común a los motivos debemos recordar, una vez más cómo, al igual que hiciera el precedente artículo 217 LPL, el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R . 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y

2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 ).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008 ), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

) En particular, respecto de la contradicción desde la perspectiva de la concurrencia de causas de despido por circunstancias objetivas, nuestra doctrina viene evidenciando que la contradicción resulta particularmente compleja y escurridiza. En esta materia, vinculada a la apreciación de conductas, lo relevante suele ser la fijación de los hechos y su valoración, más que el establecimiento de reglas de carácter general sobre el sentido de la norma, por lo que la unificación doctrinal es difícil. Así lo hemos venido advirtiendo desde las tempranas SSTS 24 marzo 1992 (R. 717/1991 ); 28 julio 1992 (R. 791/1991 ); 25 octubre 1999 (R. 1061/1999 ); 7 octubre 2004 (R. 4523/2003 ); 2 diciembre 2004 (R. 3999/2003 ), etc. hasta las más recientes de 3 diciembre 2013 (R. 3049/2012) y 9 de julio de 2014 (R. 2141/2013).

Adicionalmente, si la norma aplicada ha experimentado alguna variación y no es la misma en las sentencias enfrentadas, ello impide contrastar los casos, como también hemos tenido ocasión de advertir desde tiempo atrás; así, por ejemplo, en las SSTS 29 septiembre 2003 (R. 4126/2002 ) y 10 diciembre 2004 (R. 5252/2003 ), referidas a la imposibilidad de comparar lo dicho respecto de extinciones por causas económicas

anteriores o posteriores a la redacción del ET derivada de RDL 8/1997 y a la Ley 63/1997.

SEGUNDO.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de prueba (Motivo 1º del recurso).

A) El motivo de recurso.

El primer motivo del recurso va dirigido a hacer constar que en el recurso de suplicación se solicitó mediante (un segundo) otrosí digo la aportación al proceso de dos sentencias (del TSJ de Andalucía de 15/2/2012 y del TSJ Galicia de 26/12/2012) al amparo del art. 231 LPL. Se trata de sentencias de fecha posterior a la celebración del juicio (finalizado por SJS de 15/11/2011) y que, a criterio de la empresa ahora recurrente, resultan decisivas porque reconocen la procedencia del despido de otros trabajadores de la misma empresa.

El recurso entiende que la sentencia de suplicación, ahora impugnada, no se pronunció en absoluto sobre su petición, alegando por ello la vulneración de su tutela judicial efectiva, y de los demás preceptos que cita, e interesando que declaremos la nulidad de aquélla.

B) La sentencia de contraste.

La recurrente invoca, a efectos referenciales, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de noviembre de 2005 (R. 4262/2005). En ella se anula la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid por apreciar en el caso infracción de derecho a la tutela judicial efectiva.

La razón de que se estimara la denuncia formulada por el trabajador recurrente se centra en que el Juez no se pronunció expresamente sobre la admisibilidad de una prueba testifical debidamente propuesta para su práctica anticipada; consta que el trabajador protestó formalmente frente a la denegación de tal prueba.

La sentencia señala que dicha prueba (propuesta y no practicada) iba dirigida a constatar extremos que podían resultar fundamentales respecto de la cuestión litigiosa, y que podía alterar el fallo de la sentencia dictada. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional (en particular la SSTC 47/1987; 158/1989; etc.) se considera vulnerado el derecho a la prueba y, por ende, a la tutela judicial efectiva "dado que el juzgador de instancia no se ha pronunciado expresamente sobre la admisibilidad de la prueba testifical propuesta", considerada como potencialmente decisiva.

El fallo de la sentencia, en concordancia, lleva a la declaración de nulidad de todas las actuaciones posteriores al momento en que se desconoció el derecho vulnerado.

#### C) Examen de la indefensión denunciada y de la contradicción.

En el presente caso, se trata de determinar si también se produce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el Tribunal, ante la aportación de prueba documental no se pronuncia sobre la misma.

Como queda apuntado, la empresa recurrente aportó, junto con su recurso de suplicación y al amparo del art. 231 LPL, dos sentencias de suplicación (ahora utilizadas a efectos de contraste en los dos motivos siguientes); tales resoluciones ponen fin a sendos procedimientos por despido en los que Transportes Buytrago Andalucía S.

A. había sido parte y reconocen la procedencia de las extinciones de contrato realizadas con respecto a otros dos empleados suyos.

La atenta lectura de la STSJ 496/2013 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) muestra que el órgano de suplicación ha tenido en cuenta esos pronunciamientos, pues alude a que la recurrente "concluye que en dos Salas se les da la razón" (FJ Primero, in fine). Asimismo, al final del FJ Tercero citado concluye "En fin, desestimamos los motivos del recurso, sin que quepa alegar el precedente como fuente del derecho ni la doctrina judicial como motivo de infracción".

Por su lado, el artículo 231 LPL (igual que el actual Art. 233 LRJS) recogía la imposibilidad de aportar a "documento alguno" en vía de recurso, con la excepción de que se tratase de "sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables". No corresponde en este momento el análisis sobre el alcance que posea la excepcional posibilidad que la norma en cuestión abre, pues el problema que debatimos es otro y previo: el de si existe contradicción entre este supuesto y el referencial. Como ha de verse seguidamente, la respuesta a tal interrogante es negativa.

La falta de contradicción en este primer motivo parece notoria pues en el caso de la sentencia de contraste se declaró nula una sentencia que había sido dictada sin haberse practicado previamente una prueba propuesta para acreditar un hecho fundamental de la demanda y con trascendencia en el fallo. Por el contrario, en la sentencia recurrida simplemente no fue oída la parte recurrida al aportar la parte recurrente dos sentencias al amparo del art. 231 LPL, pero que sí fueron valoradas por el Tribunal de suplicación, aunque no en el sentido pretendido por la empresa que las había acompañado a su recurso. De este modo, no concurre la preceptiva contradicción porque los supuestos son distintos:

En la recurrida el órgano judicial no se pronuncia expresamente sobre la solicitud anticipada de la práctica de una prueba de interrogatorio de testigos. En la de contraste no se pronuncia de forma expresa sobre la petición de admisión de documentos (dos sentencias) por el cauce excepcional del antiguo art. 231 LPL (actual art. 233 LRJS).

Las instituciones sobre las que se debate afectan a momentos procesales diferentes (prueba anticipada; documentos aportados por cauce excepcional), versan sobre sujetos diversos (trabajador y empresa contendiente; solo empresa contendiente), versan sobre medios de prueba heterogéneos (testifical; aparente documental) y se regulan por preceptos diversos.

En el caso de la sentencia de contraste, la denegación no fue acompañada de consideraciones expresas por parte de la sentencia (del Juzgado), mientras que en el presente caso la sentencia (del TSJ) sí tiene en cuenta lo solicitado por la recurrente aunque no responda a ello expresa y tampoco asuma el criterio pretendido.

Las expuestas reflexiones de los Fundamentos Primero y Tercero de la sentencia ahora recurrida comportan una toma en consideración que en modo alguno existe en la de contraste (cosa, por lo demás, imposible, dada la naturaleza de la prueba testifical).

En suma, podrá haber habido un procedimiento algo anómalo (por no haberse seguido las exigencias del art. 231 LPL), pero las circunstancias de los casos comparados no permiten salvar las exigencias de sustancial identidad que el art. 219 LRJS alberga y la constante jurisprudencia exige. El primer motivo, por tanto, debe desestimarse.



TERCERO.- La existencia de pérdidas y el exceso de plantilla como causa de despido objetivo (Motivo 3º del recurso).

A) El motivo de recurso.

El tercero de los motivos articulados posee una formulación algo confusa. Como certeramente apunta la representante del Ministerio Fiscal, no aparece con claridad recogido el núcleo de la contradicción que plantea la recurrente pero parece que se trata de determinar si la existencia de pérdidas es causa suficiente para la extinción del contrato, con independencia de que se produzca una acumulación de trabajo.

En efecto, la empresa recurrente parece querer centrar este tercer punto en las razones organizativas alegadas para despedir, cuya concurrencia defiende por la bajada de las ventas que resulta acreditada.

B) La sentencia referencial.

La sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada), con fecha de 15 de febrero de 2012 (R. 41/2012). En ella se desestima el recurso de suplicación del trabajador despedido por la empresa Transportes Buytrago Andalucía S. A. y confirma la procedencia del despido declarada en la instancia.

En la carta de despido se motivaban las causas organizativas y de producción por una disminución de contratos y de clientes del centro de trabajo, que supone un cambio en la demanda de la clientela con un correlativo aumento de productividad del personal residual que hace innecesaria la plaza amortizada.

La sentencia considera que el despido justificado por las causas económicas alegadas. Asimismo entiende que concurren las causas organizativas y de producción; en el centro de trabajo donde prestaba servicios el trabajador (como uno de los trece conductores repartidores) se aprecia ese exceso de empleados, aunque el trabajador recurrente lo negaba porque la empresa contrataba a trabajadores autónomos para las mismas tareas de conductor.

La sentencia razona que los autónomos venían siendo contratados con habitualidad, y que no se ha probado que las rutas o tareas a ellos encomendadas se realizaran en las mismas condiciones que el actor, así como tampoco que en la fecha del despido se aumentaran dichas contrataciones.

#### C) Análisis de la vulneración denunciada y de la contradicción.

El recurso denuncia la vulneración de los artículos 53 y 52.c ET, en relación con el artículo 51 del mismo texto legal, reprochando a la sentencia recurrida que descarte la causa de despido atendiendo al escaso ahorro que supone prescindir de un empleado. También se le reprocha que no haya admitido la revisión de hechos relativos a lo que sucedía en el centro de trabajo donde venía destinado el Sr. Silvio cuando, precisamente, descarta las causas económicas con motivo de que allí se prestan horas extraordinarias.

Nuevamente hemos de descartar la existencia de contradicción en los términos establecidos por el art. 219 LRJS. La sentencia recurrida rechaza la existencia de causa económica aunque haya pérdidas, mientras que en la de contraste confirma la sentencia que declaró procedente el despido del actor por causas económicas, organizativas y productivas. Los hechos acreditados en uno y otro caso son diferentes así como las causas que motivaron el despido: en la sentencia recurrida solo causas económicas y en la de contraste también causas organizativas y de producción.

Tampoco hay, pues, en este punto contradicción porque en la sentencia recurrida la carta de despido no hace ninguna referencia a los hechos que motivan la causa organizativa, sino que simplemente enuncia su concurrencia, mientras que en la sentencia de contraste se alega la causa organizativa y resulta motivada.

Por otra parte, en la sentencia de contraste se cuestiona la concurrencia de la causa por la contratación de conductores autónomos, lo que no sucede en la recurrida, donde el debate estuvo respecto de la incidencia de que se prestase actividad bajo el régimen de horas extraordinarias.

En fin, alguna incidencia debe tener asimismo, cuando se trata de causas organizativas puras, o asociadas a las económicas, que los despedidos presten servicios en centros de trabajo diversos y que desempeñen tareas heterogéneas (mozo en la recurrida, conductor en la de contraste).

Por todo ello, este motivo de recurso debe asimismo ser desestimado.

CUARTO.- Sobre la insuficiencia de las pérdidas económicas para justificar el despido objetivo (Motivo 2º del recurso).

Queda, por último, el examen del segundo de los motivos de casación, respecto del cual también se ha cuestionado la concurrencia del presupuesto procesal de la contradicción. La empresa recurrente defiende aquí la concurrencia de las causas económicas que justifican el despido, aportando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 26 de diciembre de 2011 (R. 439/2011).

#### A) El motivo de recurso.

Realmente esta es la alegación central del recurso de casación interpuesto, como se desprende claramente de su extensión cuanto de la atención prestado a él por el impugnante. Se trata de determinar si resulta procedente la extinción del contrato del actor por causas económicas, teniendo en cuenta la redacción del art. 51.1 ET dada por la Ley 35/2010, vigente a la fecha del despido.

Según queda dicho, la sentencia recurrida desestima el recurso de suplicación de la empresa y confirma la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido objetivo del actor. Su argumentación central es clara: para que la extinción sea procedente no basta la mera acreditación de pérdidas sino que es necesario que el resultado negativo afecte real o potencialmente a la subsistencia de la empresa o al mantenimiento del empleo.

De este modo, la empresa tendría que haber justificado la razonabilidad de la medida extintiva, lo que no ha hecho. En este punto es donde la Sala de segundo grado trae a colación dos datos ya mencionados: el despido del actor supone un ahorro de costes laborales exiguo (el 0'045%) y se ha acreditado la realización continuada de horas extraordinarias en el centro donde trabaja el Sr. Silvio (Dos Hermanas).

#### B) La sentencia referencial.

La sentencia de contraste estima el recurso de suplicación de Transportes Buytrago Andalucía S. A. y declara la procedencia de la extinción de contrato por causas objetivas del demandante ante la existencia de pérdidas. En su criterio, la reducción de plantilla es una medida adecuada para reducir aquellas pérdidas,

resultando una medida razonable y ponderada a los efectos de mantener la viabilidad empresarial.

El despido se basa en causas económicas organizativas y de producción y despliega sus efectos el 21 de marzo de 2011. Se da por acreditada una reducción del volumen total de ingresos entre los años 2008 y 2010 en un 10,77%; la cuenta de pérdidas y ganancias arroja un resultado negativo a fecha de 30/4/2011; también se indica que en el centro donde presta servicios el actor hay unas pérdidas acumuladas de 260.00 € y un descenso del volumen de facturación en un 15%.

La sentencia argumenta que una vez acreditada la existencia de una situación económica negativa, la empresa queda excusada de probar que el despido contribuye a superar la misma, pues dicha situación permite deducir mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva.

La sentencia, en fin transcribe de forma extensa su previa doctrina sobre el particular, aunque es de notar que la STSJ Galicia de 26 septiembre 2011 (rec. 2109/2011) no está aplicando el precepto legal derivado de la Ley 35/2010, sino el vigente al amparo del RDL 10/2010, de 25 de junio; entre una y otra redacción existen relevantes diferencias que, conforme a nuestra propia doctrina, impedirían el contraste en vía de casación unificadora.

### C) Doctrinas contradictorias.

La causa de despido económico, tal y como quedó redactada por la Ley 35/2010, permitía la extinción del contrato cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan

afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

El examen de las dos sentencias muestra clarísimamente la existencia de doctrinas contradictorias respecto del alcance de la Ley cuando define la causa económica como válida para extinguir el contrato mediante despidos individuales o colectivos. Ahora bien, como es sabido, no basta la existencia de doctrinas opuestas para que este recurso excepcional y extraordinario permita que entremos a resolver el debate suscitado, sino que debe concurrir el presupuesto de la contradicción respecto de los hechos.

#### D) Análisis de la contradicción.

Como postula la recurrente, los supuestos confrontados son muy similares:

La misma empresa despide por razones económicas, organizativas y de producción, con sujeción a la misma norma (redacción del ET procedente de la Ley 35/2010).

En ambos casos se acaba examinando solo la concurrencia de las causas económicas.

La sentencia recurrida entiende que no basta con acreditar las pérdidas -que parecen darse por probadas- sino que además se tienen que demostrar que "afecten real o potencialmente a su subsistencia o al mantenimiento del empleo".

Para la sentencia de contraste basta con demostrar la existencia de pérdidas para deducir de ello la razonabilidad del despido.

Sin embargo, existen circunstancias a partir de las cuales ha de concluirse que las resoluciones contrastadas no han resuelto sobre los mismos hechos:

La sentencia recurrida destaca la realización de horas extraordinarias en el centro de Dos Hermanas (destino del Sr. Silvio), cosa que no sucede en la de contraste.

Aunque los datos económicos a valorar son de la empresa en general, en ambos casos las sentencias también valoran la situación económica específica y diferente de la sucursal en donde prestan servicios los demandantes.

La sentencia recurrida parte de la acreditación del número de horas extras que se han computado en el centro de Dos Hermanas, desglosadas por meses, que arroja un promedio en el entorno de las setecientas. Tal dato está ausente en la resolución de contraste.

En el presente caso también se acreditó que tres empleados del centro de Dos Hermanas venían percibiendo ciertas cantidades en efectivo y fuera de nómina, lo que no aparece en la de contraste.

En el presente caso se da como probado que durante el plazo temporal cuyos resultados económicos se examina Transportes Buytrago Andalucía S. A. ha recurrido a contratos de puesta a disposición (con una Empresa de Trabajo Temporal) y la suscripción de contratos mercantiles de prestación de servicios.

Como queda expuesto, la sentencia de contraste está asumiendo una doctrina sentada al hilo de norma diversa de la aplicable *ratione temporis*, aunque es verdad que (de forma inadvertida o, al menos, inexplicada) se asume de manera íntegra para interpretar el alcance del precepto válido.

A la vista de todo ello, el Ministerio Fiscal ha entendido que no concurre la identidad exigida por el art. 219 LRJS pues las sentencias se pronuncian sobre hechos diversos. Esa es también nuestra opinión pues la contradicción fáctica entre las sentencias no deriva de que la realidad material sea similar (incluso idéntica) sino de que los hechos sobre los que se pronuncian (la realidad formal, si así se quiere calificar) sea sustancialmente coincidente.

#### E) Desestimación del recurso.

Ausente la contradicción entre las sentencias, aunque su doctrina sea contradictoria y la situación económica examinada la misma, no queda más remedio que desestimar el recurso, pues ya la fase de admisión fue superada en aras a brindar una respuesta más meditada y deliberada, a la vista de su complejidad.

Adicionalmente, hemos de recordar que nuestras SSTS 6 de mayo de 2011 (R. 2727/10) y 10 diciembre 2013 (rec. 549/2013) ya tuvieron ocasión de reflexionar acerca de cómo debía adaptarse la previa doctrina a los cambios derivados de la Ley 35/2010; en ellas se encuentran las siguientes consideraciones:

"En lo que se refiere a la conexión entre la decisión de amortizar y la finalidad esencial de conseguir una mejora económica de la empresa, la doctrina jurisprudencial



mantuvo que dicho punto de conexión se encontrará en la adecuación o proporcionalidad de la medida en orden al saneamiento de la empresa”.

"La justificación de un despido objetivo económico tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido -la situación negativa de la empresa-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna”.

"Si estas pérdidas son determinadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario..., que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa”, pues, "la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados".

Respecto a la presunción de que la amortización es medida, que en estos casos coopera a la superación de la situación económica negativa, cuando las pérdidas son continuadas y cuantiosas, se matiza que "con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa, pero esta conexión no es automática y no autoriza que la empresa pueda prescindir libremente de todos o de algunos de los trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, lo que se puede exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido.

"Es claro que al empresario se le exige una prueba plena respecto de los hechos que invoca como causa del despido (las pérdidas o la persistente disminución del nivel

de ingresos), pero en cuanto a la conexión finalista, es decir, que las extinciones acordadas constituyan una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo, son circunstancias que constituyen un futuro, y con relación a ellas solo se pueden exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando por tanto el empresario en este punto un margen discrecional que excluye aquellas conclusiones que resulten irrazonables o desproporcionadas ".

Tal es la doctrina que, si se hubiera superado el presupuesto de la contradicción, habríamos de aplicar, por razones de seguridad jurídica, al presente supuesto.

En todo caso, por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto por la empresa y confirmar la sentencia de suplicación, aplicando lo previsto por el art. 235.1 LRJS ("la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso), así como lo prevenido por el art. 228.3 de la propia Ley ("la sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir").

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

#### FALLO:

1) Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Transportes Buytrago Andalucía S. A. contra la sentencia 496/2013 de 14 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), recaída en el recurso de suplicación 1281/2012 interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, en los Autos 426/2011, resolviendo la demanda de despido interpuesta por Don Silvio.

2) Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios de la Letrada de la parte recurrida.

3) Disponemos que se dé a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legalmente procedente.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), 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.

## **12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2014**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2.012, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando parcialmente la demanda formulada por la demandante DOÑA Antonieta contra SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL, debo declarar y declaro la NULIDAD de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas efectuada el 30-11-2011, condenando a SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL a la readmisión de la demandante en las mismas condiciones que venía realizando y al abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 38,98 euros diarios desde el 12/05/2012 hasta la notificación de la sentencia. Y todo ello con la responsabilidad subsidiaria de FOGASA según artículo 33 ET. La demandante deberá devolver lo percibido como indemnización por la decisión extintiva.- Y debo absolver y absuelvo a EULEN SA y AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) por falta de legitimación pasiva>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1º.- La actora DOÑA Antonieta con DNI número NUM000 cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha venido prestando servicios para la empresa demandada SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEO S.L. con CIF B-53.023305. con una antigüedad desde 01/11/2001 con la categoría profesional de Azafata y salario de 1.185,64 euros mensuales, lo que determina un salario diario de 38,98 euros diarios.- 2º.- La demandante prestaba sus servicios para SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL., en el Aeropuerto de Alicante, siendo la misma consecuencia de la adjudicación a dicha mercantil por parte de AENA del Servicio de Atención y Protocolo en Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante. La labor de la actores se desarrollaba en dependencias propiedad de AENA.- 3º.- La prestación de servicios por parte de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL se desarrolló en los términos descritos en el pliego de prescripciones técnicas del Servicio de Atención y Protocolo de las Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante. En dicho pliego establecían, en lo que ahora interesa, las siguientes condiciones: -Se establecía la obligación de ambas empresas (AENA y la adjudicataria) de designar un representante durante la jornada laboral con presencia física en las dependencias donde debía prestarse el servicio.- Se exigía que el personal contratado dominara, además del castellano, el inglés, valorándose el conocimiento del valenciano, alemán y/o francés, reservándose AENA la facultad de comprobar el nivel de conocimiento de idiomas de los medios humanos, estando obligada la Empresa Adjudicataria al relevo del personal con un nivel inadecuado.- Se determinaban las prendas del uniforme que la adjudicataria debía poner a disposición del personal contratado, en las que debería figurar los anagramas identificativos de AENA.- Se negaba el derecho de la empresa adjudicataria a realizar ningún tipo de publicidad.- Se establecían los horarios de apertura tanto de la Sala de Autoridades, como de la Sala VIP o la Sala de Aviación General e incluso el horario del Servicio de Visitas, Programas, con el compromiso de la adjudicataria de ampliar el horario a requerimiento de AENA, reservándose

AENA la posibilidad de ampliar o disminuir la oferta de Salas disponibles, en cuyo caso el adjudicatario queda obligado a adecuar los medios humanos y materiales para prestar el servicio en las nuevas circunstancias, aumentando o disminuyendo los mismos en consonancia a la necesidad, en las mismas condiciones y precios que lo venga haciendo en las ya existentes.- Se reconocía a la adjudicataria la facultad de dirección, organización y control del servicio corresponde a la empresa adjudicataria por disponer la misma de una titularidad independiente a la de AENA, así como la organización autónoma.- AENA, en atención al servicio público que presta, se reservaba la posibilidad de retirar las tarjetas de identificación cuando, por razones debidamente justificadas, peligre la seguridad aeroportuaria o pueda quedar dañada la imagen de la entidad.- Se determinaba de forma minuciosa la descripción de los determinados servicios a prestar por la empresa adjudicataria.- Se determinaban los medios que la adjudicataria debía poner a disposición de personal contratado, siendo estos: Teléfonos móviles, una unidad móvil transmisor receptor compatible con los sistemas del Aeropuerto de Alicante, vehículo monovolumen con capacidad para 8 personas para el traslado de autoridades y para la atención de Aviación General.- Se establecía que AENA pondría a disposición de la empresa adjudicatarias las instalaciones que se consideren convenientes, salas para atender a pasajeros VIP y a autoridades, para la prestación del servicio con la adecuada eficacia, calidad y garantía, y, por el tiempo en que la misma desarrolle su actividad, siendo responsable del uso correcto de los bienes y del mantenimiento de los mismos, estableciéndose que el importe de la licitación ya figuraba deducida la cantidad correspondiente al coste del alquiler de la adjudicataria de local de aproximadamente 25 m<sup>2</sup>, para oficina y vestuario, que se estima suficiente para cubrir las necesidades.- Se establecía que la empresa adjudicataria debería disponer en esos locales de todo el material de oficina necesario, así como ordenadores, fax, teléfono, etc. Así como móviles y medios de comunicación.- No obstante, se preveía que para el supuesto en que la prestación del servicio se tuviera que utilizar, ocasional o habitualmente, los medios informáticos propiedad de AENA, y al considerarse inviable por parte de la División de Sistemas Informáticos (DSI), el uso de los ordenadores de la empresa adjudicataria en las oficinas de AENA (cuando así lo exija la naturaleza del servicio), debido a la imposibilidad de adaptar la infraestructura a las configuraciones de las distintas

asistencias, AENA podrá facilitar los medios informáticos, siendo el coste de alquiler mensual de los mismos el siguiente: Puesto con PC norma: 155 euros.- Puesto con PC portátil: 168 euros.- Puesto con PC gráfico (monitor de 20"): 163 euros, (183 euros en caso de utilizar AUTOCAD).- Dichos importes incluían el soporte técnico así como las licencias de software base, etc.- Se determinaba la información que periódicamente debía facilitar la concesionaria a AENA.- Se determinaban pormenorizadamente los servicios mínimos que debía realizar la adjudicataria y en qué condiciones.- Se concretaban pormenorizadamente los perfiles y funciones de los puestos de trabajo a cubrir, siendo estos los de Coordinador de turno, Personal de apoyo: auxiliar y Personal de apoyo : camarera.- Se establecía la obligación de la empresa adjudicataria de llevar un libro de partes diario de cada servicio, donde debería reflejarse detalladamente las incidencias surgidas, debiéndose darse copia diariamente a AENA.- Se establecía un régimen de faltas y sanciones en las que podría incurrir la adjudicataria.- 3º.- SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL, tenía designada una coordinadora del servicio (Dª Margarita ) que era la persona que dirigía el trabajo de la demandante y del resto de compañeras, siendo la misma la que fijaba los turnos de trabajo, los cuadros de vacaciones, concedía los permisos, autorizaba las cambios de turnos y la que impartía las instrucciones a las trabajadoras. Para la realización de su labor la Sra. Margarita disponía de un ordenador portátil propiedad de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL.- 4º.- SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL puso a disposición del servicio contratado con AENA los siguientes medios materiales: Teléfonos móviles, una unidad móvil transmisor receptor compatible con los sistemas del Aeropuerto de Alicante, un vehículo monovolumen con capacidad para 8 personas para el traslado de autoridades y para la atención de Aviación General.- El resto de dependencias y medios materiales precisos para la prestación de servicio son propiedad de AENA.- 5º.- La directora del expediente designada por AENA, no impartía ordenes o instrucciones directas a las empleadas de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL, siendo su relación únicamente con la coordinadora de servicio designada por la adjudicataria, sin que en ningún momento, la directora del servicio designada por AENA, impartiera instrucciones u órdenes a los trabajadores de la adjudicataria del servicio.- 6º.- SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL tiene como objeto

social la prestación de servicios para la organización de congresos, exposiciones y similares. La prestación de servicios de portería, control de accesos e información al público, trabajos de portería, control de accesos tanto de personas como de vehículos, así como los servicios de información en locales y edificios públicos. Hasta el 30-11-2011 la actividad de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL consistía esencialmente en realizar funciones como centro colaborador del SERVEF y en la gestión del Servicio de Atención y Protocolo en Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante. Para la realización de dichas actividades tenía a fecha 30-11-2011 dados de alta a un total de 9 trabajadoras que fueron cesadas todas ellas dicho día. Desde el 21-12-2011 está en alta en Seguridad Social D<sup>a</sup> Verónica, D<sup>a</sup> María Esther , administradora única de la mercantil, estaba alt. Mediante escrito de fecha 2-11-2011 AENA comunicó a SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL que el 25-10-2011 se había adjudicado a EULEN SA el expediente NUM001 por lo que en fecha 30-11-2011 cesaría en la prestación de servicios en el Aeropuerto de Alicante, levantándose acta de finalización del servicio en fecha 22-12-2011.- 7º.- Como consecuencia de esa adjudicación EULEN SA inició un proceso de selección de azafatos/as y camareros/as realizándose ofertas de empleo en distintos medios, siendo seleccionados 6 azafatos/as y 3 camareros/as. Las actoras se presentaron al citado proceso de selección no resultando seleccionadas. De las trabajadoras seleccionadas tres de ellas habían prestado anteriormente servicios en el Aeropuerto de Alicante, en concreto, D<sup>a</sup> Clara (azafata), D<sup>a</sup> Encarna (auxiliar de cocina) y D<sup>a</sup> Gabriela (azafata), iniciando su prestación de servicios para EULEN SA en fecha 1-12-2012.- 8º.- EULEN SA realizó una oferta directa a D<sup>a</sup> Margarita para que continuara realizando las funciones de coordinadora del Servicio de Atención y Protocolo en Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante, iniciando su prestación de servicios para EULEN SA en fecha 1-12-12.- 9º.- Mediante comunicaciones escritas fechadas y notificadas el día 14-11-2011, SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA SL notificó a la actora su despido por causas productivas al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c ) y 51.1 ET y ello con efectos desde el 30-11-2011.- En dicha comunicación escrita se alegaba la imposibilidad de abonar el 60% de la indemnización, como causa para no cumplir

con la obligación impuesta por el art. 53 b) ET de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.- La causa alegada para proceder al despido de la demandante fue que "por la dirección, Jefe de División Comercial del Aeropuerto de Alicante se ha comunicado a esta empresa el fin de la concesión del Servicio de Atención y Protocolo en Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante, expediente de adjudicatarios NUM002 por lo que la empresa cesará dicha actividad en la citada fecha de 30 de noviembre de 2011.- El cese de la prestación del servicio al que usted se encuentra adscrito en exclusiva obliga a la empresa a rescindir el contrato laboral con usted por la causa productiva, pérdida total de la actividad de prestación del servicio en el Aeropuerto de Alicante".- 10º.- El cese se notificó a la totalidad de las trabajadoras adscritas a este servicio, siendo 9 el total de cesadas trabajadoras, con efectos de día 30-11-2011 y por la misma causa que las actoras. La indemnización por despido objetivo se abonó a la actora hasta en dos transferencias la primera el 30-11-2011 por cuantía de 2.005,35 euros y la segunda en fecha 26/12/2012 por cuantía de 2.797,14 euros.- 11º.- La actora estaba embarazada en el momento del despido, habiendo estado en IT y en baja maternal hasta el 12/05/2012.- 12º.- La actora no es ni ha sido representante unitaria o sindical de los trabajadores.- 13º.- La actora interpuso papeleta de conciliación, el 21/12/2011 celebrándose el acto el 11/01/2012, que terminó sin avenencia e intentado sin efecto. En fecha 7- 12-2011 se interpuso reclamación previa frente a AENA>>.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 22 de octubre de 2013, en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA Antonieta , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº UNO de los de Elche, de fecha 25 de Octubre del 2012, y en consecuencia revocamos la mencionada resolución, en el sentido de condenar solidariamente a AENA a las consecuencias que



respecto a SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA S.L. establece dicha sentencia, por lo que la actora, dado que su despido ha sido declarado nulo, adquirirá la condición de trabajadora indefinida de AENA o de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEO, a su opción>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada de fecha 16 de julio de 2008 y la infracción de lo establecido en el art. 42 ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de marzo de 2014, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Habiendo transcurrido el plazo concedido para impugnar sin haberse verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 14 de octubre de 2014, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si se produjo una cesión ilícita de mano de obra desde la empresa contratista "Servicios Pasarela Mediterráneo S.L" a la entidad pública "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), para llevar a cabo el Servicio de Atención y Protocolo en Salas de

Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante, en los términos del pliego de prescripciones técnicas del referido servicio y del contrato suscrito entre ambas para materializarlo.

La demandante en el proceso que por despido inició ante el Juzgado número 1 de los de Elche, prestaba servicios para la empresa contratista en virtud de la referida contrata, para llevar a cabo sus funciones como azafata en la sala de autoridades y vip el aeropuerto de Alicante, en dependencias propiedad de AENA.

Tras el oportuno concurso, el 25 de octubre de 2.011 Aena adjudicó el servicio a una nueva empresa, Eulen, S.A. con efectos de 30-11-2011, fecha en la que "Servicios Pasarela Mediterránea SL" cesó en la actividad; con esa base de hecho, la referida empresa procedió a despedir a la demandante por causas productivas al amparo de lo previsto en el artículo 52 c) ET , con efectos de 30 de noviembre de 2.011. En esa fecha la trabajadora se encontraba embarazada.

En la sentencia del Juzgado se estimó parcialmente su demanda por despido declarando su nulidad, y haciendo responsable de sus consecuencias únicamente a la empleadora Servicios Pasarela Mediterránea, absolviendo a Aena y a Eulen de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- 1.- Recurrida en suplicación por la demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia de fecha 22 de octubre de 2.013 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina estimó el recurso de la trabajadora y apreció desde las previsiones del art. 43 ET la existencia de cesión ilegal de trabajadores desde Aena hacia la empresa contratista Servicios Pasarela Mediterráneo, razón por la que partiendo de la nulidad del cese, se condenaba a ambas empresas solidariamente, con el derecho de opción de la trabajadora a obtener la fijeza en una u otra empresa.

Para llegar a tal conclusión la sentencia de suplicación parte del análisis de los hechos probados, en los que se contiene el pliego de condiciones o prescripciones técnicas de la contrata, con arreglo al que la prestación de servicios por parte de Servicios Pasarela Mediterránea en relación con el Servicio de Atención y Protocolo de las Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante, destacando al efecto lo siguiente:

a) Se establecía la obligación de ambas empresas (AENA y la adjudicataria) de designar un representante durante la jornada laboral con presencia física en las dependencias donde debía prestarse el servicio.

b) Se exigía que el personal contratado dominara, además del castellano, el inglés, valorándose el conocimiento del valenciano, alemán y/o francés, reservándose AENA la facultad de comprobar el nivel de conocimiento de idiomas de los medios humanos, estando obligada la Empresa Adjudicataria al relevo del personal con un nivel inadecuado.

c) Se determinaban las prendas del uniforme que la adjudicataria debía poner a disposición del personal contratado, en las que debería figurar los anagramas identificativos de AENA, negándose la posibilidad de que la empresa adjudicataria realizase ningún tipo de publicidad.

d) Se establecían los horarios de apertura tanto de la Sala de Autoridades, como de la Sala VIP o la Sala de Aviación General e incluso el horario del Servicio de Visitas Programadas, con el compromiso de la adjudicataria de ampliar el horario a requerimiento de AENA, reservándose AENA la posibilidad de ampliar o disminuir la oferta de Salas disponibles, en cuyo caso el adjudicatario queda obligado a adecuar los medios humanos y materiales para prestar el servicio en las nuevas circunstancias,

aumentando o disminuyendo los mismos en consonancia a la necesidad, en las mismas condiciones y precios que lo venga haciendo en las ya existentes.

e) AENA, en atención al servicio público que presta, se reservaba la posibilidad de retirar las tarjetas de identificación cuando, por razones debidamente justificadas, peligrase la seguridad aeroportuaria o pueda quedar dañada la imagen de la entidad.

f) Se determinaba de forma minuciosa la descripción de los determinados servicios a prestar por la empresa adjudicataria.

g) Se determinaban los medios que la adjudicataria debía poner a disposición de personal contratado, como teléfonos móviles, una unidad móvil transmisor receptor compatible con los sistemas del Aeropuerto de Alicante y un vehículo monovolumen con capacidad para 8 personas para el traslado de autoridades y para la atención de Aviación General.

h) Se establecía que AENA pondría a disposición de la empresa adjudicataria las instalaciones que ella considerase convenientes, salas para atender a pasajeros VIP y a autoridades, para la prestación del servicio por el tiempo en que la misma desarrolle su actividad, siendo responsable del uso correcto de los bienes y del mantenimiento de los mismos, estableciéndose que en el importe de la licitación ya figuraba deducida la cantidad correspondiente al coste del alquiler de la adjudicataria de local de aproximadamente 25 m<sup>2</sup>, para oficina y vestuario, que se estima suficiente para cubrir las necesidades.

i) Aunque se preveía que la empresa adjudicataria debería disponer en esos locales de todo el material de oficina necesario, así como ordenadores, fax, teléfono fijo y móviles, y medios de comunicación, sin embargo se contemplaba que para el caso de que en la prestación del servicio se tuvieran que utilizar, ocasional o

habitualmente, los medios informáticos propiedad de AENA, y al considerarse inviable por parte de la División de Sistemas Informáticos (DSI), el uso de los ordenadores de la empresa adjudicataria en las oficinas de AENA ésta facilitaría los medios informáticos, abonándose un alquiler por cada puesto informático, que incluía el soporte técnico así como las licencias de software base, etc.

j) Se determinaba la información que periódicamente debía facilitar la concesionaria a AENA, de manera pormenorizada los servicios mínimos que debía realizar la adjudicataria y en qué condiciones.

k) Se concretaban pormenorizadamente los perfiles y funciones de los puestos de trabajo a cubrir, siendo estos los de Coordinador de turno, Personal de apoyo: auxiliar y Personal de apoyo: camarera.

l) Se establecía la obligación de la empresa adjudicataria de llevar un libro de partes diario de cada servicio, donde debería reflejarse detalladamente las incidencias surgidas, debiéndose darse copia diariamente a AENA.

m) Se establecía un régimen de faltas y sanciones en las que podría incurrir la adjudicataria.

Del mismo modo se destacaba como hechos relevantes que Servicios Pasarela Mediterránea tenía designada una coordinadora del servicio (D<sup>a</sup>. Margarita), que era la persona que dirigía el trabajo de las demandantes y del resto de compañeras, siendo la misma la que fijaba los turnos de trabajo, los cuadros de vacaciones, concedía los permisos, autorizaba los cambios de turnos y la que impartía las instrucciones a las trabajadoras encargadas del servicio, ejerciendo, asimismo, el poder disciplinario sobre las demandantes. Para la realización de su labor la Sra. Sara disponía de un ordenador portátil propiedad de su empresa Servicios Pasarela.

Esta empresa puso a disposición de servicio contratado con AENA los siguientes medios materiales: Teléfonos móviles, una unidad móvil transmisor receptor compatible con los sistemas del Aeropuerto de Alicante, un vehículo monovolumen con capacidad para 8 personas para el traslado de autoridades y para la atención de Aviación General.

El resto de dependencias y medios materiales precisos para la prestación de servicio son propiedad de AENA.

La directora del expediente designada por AENA, no impartía órdenes o instrucciones directas a las empleadas de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA, S.L, siendo su relación únicamente con la coordinadora de servicio designada por la adjudicataria, sin que en ningún momento, la directora del servicio designada por AENA, impartiera instrucciones u órdenes a los trabajadores de la adjudicataria del servicio.

Las tarifas por utilización de la Sala VIP del Aeropuerto de Alicante son establecidas por AENA. El servicio de la Sala VIP del Aeropuerto de Alicante frente al usuario no es prestado en nombre de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA, S.L. sino en nombre de AENA. Las normas de utilización de la Sala VIP, las reclamaciones de los usuarios de dicha Sala VIP y el catálogo de servicios disponibles en la Sala VIP vienen determinados por AENA y publicitados bajo su logotipo.

2.- De los datos expuestos y pormenorizadamente recopilados en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, la misma concluye afirmando que "... Servicios Pasarela S.L. pese a ser una empresa real no ha puesto su organización y sus facultades de gestión empresarial en la prestación del servicio que le fue adjudicado por AENA sino que es ésta quien de forma minuciosa organiza

dicho servicio en todas sus aspectos y asume el riesgo de explotación del mismo, reservándose un estrecho control respecto a los trabajadores que lo prestan aun cuando los mismos sean formalmente trabajadores de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA, S.L. pero que en realidad siguen las instrucciones y se han de adecuar a las prescripciones profesionales e incluso de imagen establecidas por AENA que si bien no da directamente sus instrucciones y órdenes a dichos trabajadores, no cabe duda que lo hace a través de la Coordinadora del Servicio de atención y protocolo en Salas de Autoridades, VIP, Aviación General y Visitas de Divulgación Escolar en el Aeropuerto de Alicante, siendo dicha Coordinadora la que contacta diariamente con la directora del expediente que ha sido designada por AENA y que está presente durante toda la jornada laboral en las dependencias donde se presta el servicio. La labor de gestión de SERVICIOS PASARELA MEDITERRÁNEA, S.L. es meramente interpositoria de abonar los salarios y facilitar algunos medios materiales de escaso contenido patrimonial, por lo que aun siendo dicha mercantil una empresa real y reconociéndosele en el pliego de prescripciones la facultad de dirección, organización y control del servicio, así como la facultad disciplinaria respecto a sus trabajadores, dicho reconocimiento es meramente formal por lo que no impide apreciar la existencia cesión ilegal de trabajadores denunciada por la defensa de las recurrentes, pues, la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -AENA- en el contrato de trabajo suscrito".

TERCERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo plantea ahora la Entidad Pública Empresarial AENA, denunciando la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que en ningún caso se ha producido una cesión ilegal de trabajadores, y propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha 16 de julio de 2008 (recurso: 678/2008).

En esa sentencia se viene a resolver sobre los despidos de varias trabajadoras de una empresa llamada "Menzeis Aviation Group Iberica S.A." que había contratado

con Aena el mismo Servicio que la demandante en la sentencia recurrida - información y atención al público, sala vip y autoridades-- pero en el aeropuerto de Granada, en virtud de contrata que supuso la suscripción de un pliego de condiciones similar al de la empresa de la sentencia recurrida.

Sin embargo la Sala de Granada llega a la conclusión opuesta que la alcanzada por la recurrida, puesto que en éste caso se negó que existiese fenómeno interpositorio de clase alguna, y, por el contrario, se dijo que había sido plenamente lícita la realización del servicio encomendado a través de una, en los términos previstos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Existe por la tanto la contradicción que exige el artículo 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que exige que ésta Sala entre a conocer del fondo del asunto señalando la doctrina que resulte ajustada a derecho.

CUARTO.- El artículo 43.1 ET establece que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

Y en el número 2. Se dice que " En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".



La interpretación del precepto ha dado lugar a una muy abundante jurisprudencia de esta Sala, con arreglo a la que podemos decir como punto de partida que en nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTS 27/10/94 -rec. 3724/1993 ; y 17/12/01 -rec. 244/2001 ). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista ( STS 19/01/94 -rcud 3400/92 -), pues «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 conforman su estructura empresarial » ( STS 12/12/97 -rcud 3153/96 -) y porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal » (STS 17/07/93 -rcud 1712/92 -) ( STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -).

Con mucha frecuencia y en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario en supuestos en los que la actividad que conlleva la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, como ocurre en el supuesto que resolvemos. En éstos casos la tarea de identificar los fenómenos interpositivos ilícitos se dificulta notablemente y exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva lícita (art. 42 ET) y una cesión ilegal de trabajadores del art. 42. ET.

Además, en esa tarea la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (Entre las más modernas, SSTS de 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). En palabras de la STS 30/05/02 (-rcud 1945/2001 -), « para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas».

QUINTO.- Desde la perspectiva de esa doctrina jurisprudencial y en el caso que hemos de resolver llama poderosamente la atención la división de las soluciones adoptadas por las Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia en supuestos muy similares, en relación con el personal contratado para llevar a cabo la actividad en condiciones y en un el servicio contratado por Aena equivalente al de autos -sala de autoridades y vip-- porque en unos casos se ha llegado a la conclusión de que existió cesión ilegal de trabajadores, como en el caso de la sentencia recurrida hoy, del TSJ de la Comunidad Valenciana, en el mismo sentido que otras SSTSJ, como las de Madrid de 26 de marzo de 2.007 , 18 de septiembre de 2.007 y 10 de septiembre de 2.008, o TSJ Canarias (Tenerife) de 30-6-2008. En sentido contrario, negando esa cesión ilegal, además de la sentencia de contraste, de la Sala de Granada, la STSJ de Asturias de 19 septiembre 2008.

Pues bien, a la vista de las circunstancias concretas en las que se llevó a cabo la actividad de la demandante en el supuesto que ahora resolvemos, hemos de llegar a la conclusión de que realmente existió esa interposición ilícita de trabajadores prohibida por el artículo 43 ET.

Desde el punto de vista de la actividad de la Entidad demandada, el artículo 1 del RD 905/1991 de 14 de junio , por el que se aprueba el Estatuto del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, establece que el mismo " ... tendrá como misión, en el ámbito de sus competencias, contribuir al desarrollo del transporte aéreo en España y garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez, eficacia y economía, ofreciendo una calidad de servicio acorde con la demanda de clientes y usuarios, en el marco de la política general de transpores del Gobierno. Su objeto será la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas.

Desde esa perspectiva, partiendo entonces de los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida podemos afirmar que en el ejercicio de esas competencias legalmente previstas, dentro de su actividad por tanto, Aena proporciona las instalaciones y locales para que allí se lleve a cabo el Servicio contratado en los términos en que aparece redactado el pliego de condiciones que obra en las actuaciones y transcrito en parte en esos hechos probados. Ciertamente que esa actividad de atención y gestión del funcionamiento de la sala de autoridades y vip se encomienda a una empresa real, con actividad propia, en este caso Servicios Pasarela Mediterráneo. Nadie niega que ésta empresa tenga su propia razón social y su actividad, pero ya hemos reflejado antes la jurisprudencia de esta Sala en la que se concluye que esa realidad puede resultar en algunas ocasiones meramente colateral o accidental, cuando otras evidencias muestran que la actividad de los trabajadores contratados se proyecta en exclusiva sobre el ámbito de actuación y bajo la supervisión y decisión de la contratista.

Pues bien, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, a pesar de esa existencia real de la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo, lo cierto es que esa existencia empresarial independiente en el caso de la contrata con Aena es irrelevante, puesto que la verdadera gestión y dirección empresarial se llevaba a cabo por Aena, desde el momento en que era ésta la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicios a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias, llevando a cabo incluso un control de idoneidad de esos trabajadores por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que fuesen dotados de determinados medios de comunicación o transporte, de ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad Aena, y ninguna -de hecho estaba prohibido-- con la empresa para la que se decía que prestaban sus servicios.

Resulta también relevante comprobar que diversos medios informáticos imprescindibles para llevar a cabo las funciones relacionadas con los viajes de las personas que acudían a la sala eran en algunos casos alquilados por Aena, que facturaba por tanto su utilización. También la descripción detallada de la manera en la que el servicio debía llevarse a cabo (punto sexto del pliego), en el que la intensidad de la contratista en la descripción y control de las directrices a las que debía sujetarse la actividad son destacables, como el hecho de que los trabajos y las funciones a realizar que se describen en ese punto sexto los son "sin perjuicio de los que en su momento establezca el Director del expediente.

Por eso tiene especial relevancia, como se razona en la sentencia recurrida, la realidad del puesto y de la actividad que llevaba a cabo la coordinadora del servicio de atención y protocolo en salas de autoridades y vip, que si bien es cierto que llevaba a cabo su trabajo en colaboración con la propia coordinadora del servicio que asignaba la empresa contratista --Servicios Pasarela Mediterráneo-- esa función, formalmente independiente, estaba sujeta realmente a esa supervisión de la actividad,

de las funciones y de la manera en que debían llevarse a cabo en las propias instalaciones de Aena y dirigidas, como se dijo al comienzo, a desarrollar funciones vinculadas con el tráfico aéreo de pasajeros.

SEXTO.- En consecuencia, de lo razonado hasta ahora se desprende que la sentencia recurrida no vulneró el artículo 42 ET cuando calificó la situación sometida a su enjuiciamiento de cesión ilícita de trabajadores, puesto que la trabajadora demandante realmente llevaba a cabo sus funciones en la forma antes descrita, lo que suponía una vinculación formal con la empresa contratista, que era la que efectivamente abonaba el salario, distribuía las vacaciones o ejercía funciones disciplinarias, pero todo ello y en la forma que hemos analizado en aquél ámbito de control e integración en la Entidad Empresarial demanda.

Por ello procede desestimar el recurso planteado por la Entidad demandada y confirmar íntegramente la sentencia recurrida, condenándose en costas a aquélla, tal y como se establece en el artículo 235 LRJS y decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA, contra la sentencia de 22 de octubre de 2.013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 1996/2013 , formulado frente a la sentencia de 25 de octubre de 2.012 dictada en autos 141/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Antonieta contra Servicios Pasarela Mediterráneo, S.L., Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), Eulen, S.A. y Fogasa

sobre despido. Se imponen las costas a la recurrente y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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.

### **13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE JULIO DE 2014**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "Primero: D. Felipe, con título de bachiller, viene prestando servicios para la TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A., en adelante TVG, desde el 1 de octubre de 1993, con la categoría de REPORTERO GRÁFICO, percibiendo un salario mensual, según nóminas aportadas, de 2.266'20 euros (año 2007), 2.463 euros (año 2008) y 2.581'05 euros (año 2009), con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias./Segundo: Tal relación laboral aparece fundada en los siguientes contratos de trabajo: -Contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, definidas como "A realización por parte do contratado das función propias a categoría de motivadas por la Acumulación de tareas a causa de las Elecciones Autonómicas/93, para prestar apoyo técnico a los reporteros gráficos das elecciones", para prestar sus servicios como AYUDANTE DE CÁMARA, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 1 de octubre de 1993. -Contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, definidas como "A realización por parte do

contratado das función propias a categoría de AYUDANTE DE CÁMARA motivadas por la Acumulación de tareas a causa das ELECCIONES EUROPEAS/1994", para prestar sus servicios como AYUDANTE DE CÁMARA, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 26 de mayo de 1994. -Contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad, para prestar sus servicios como AYUDANTE DE CÁMARA, con la misma categoría, en sustitución por vacaciones de Lucas y Nazario , suscrito entre el demandante y la TVG el 24 de julio de 1994. -Contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, definida como "ACUMULACIÓN DE TAREAS ATA A PROXIMA CONVOCATORIA PARA A COBERTURA DE VACANTES, para prestar servicios como AUXILIAR DE INFORMATIVOS, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 18 de octubre de 2003, prorrogado el 30 de diciembre de 2003 hasta el 15 de enero de 2004. -Contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, definida como "ACUMULACIÓN DE TAREAS MOTIVADA POR LA REORGANIZACIÓN ENO VOS DESEÑOS DOS ESPAZOS DA DIRECCIÓN DE INFORMATIVOS DE TVG...", para prestar sus servicios como REPORTERO GRÁFICO, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 1 de noviembre de 2005, prorrogado el 12 de enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2006. - Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, para obra o servicio determinado definido como programa "Galicia Noticias", para prestar sus servicios como "REPORTERO GRÁFICO", con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 1 de Mayo de 2006, modificado el 22 de junio de 2006 hasta la finalización de la obra como unidad de programación./ Tercero: Igualmente el demandante ha estado contratado por las siguientes empresas de trabajo temporal, con contratos temporales en los siguientes periodos de tiempo: -PEOPLE CORUÑA, S.L. ETT, desde el 11 de mayo de 1995 al 28 de mayo de 1995. -PROGRESO DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL, S.L.: -del 2 de octubre de 1997 al 20 DE octubre de 2007. -del 10 de marzo de 1998 al 22 de marzo de 1998. -del 3 de abril 1998 al 10 de abril de 1098. -del 15 de myo de 1998 al 17 de mayo de 1198. -PEOPLE TRABAJO TEMPORAL, ETT: -del 22 de diciembre de 1997 al 2 de enero de 1998. -del 3 de enero de 1998 al 7 de enero de 1998. -del 29 de mayo de 1998 el 29 de mayo de

1998. -del 23 de octubre de 1998 al 23 de octubre de 1998. -del 17 de diciembre de 1998 al 9 de enero de 1999. -del 11 de enero de 1999 al 8 de marzo de 1999. -del 22 de marzo de 1999 al 7 de mayo de 1999. -del 24 de mayo de 1999 al 27 de mayo de 1999. -del 28 de mayo de 1999 al 14 de junio de 1999. - del 2 de julio de 1999 al 27 de agosto de 1999. -del 28 de agosto de 1999 al 4 de octubre de 1999. -del 6 de octubre de 1999 al 13 de enero de 2000. -del 14 de enero de 2000 al 31 de mayo de 2000. -SESA START ESPAÑA ETT, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL: -del 1 de junio de 2000 al 1 de octubre de 2000. -del 2 de octubre de 2000 al 26 de septiembre de 2003. -del 19 de enero de 2004 al 14 de julio de 2004. -del 15 de julio de 2004 al 17 de octubre de 2004. -del 18 de octubre de 2004 al 10 de julio de 2005 y del 11 de julio de 2005 al 31 de octubre de 2005./ Cuarto: El demandante prestó sus servicios, desde el inicio de su relación, como 'reportero gráfico, para el sector de informativos de la TVG, en los distintos programas de dicho sector, tales como Bos días", "Revista", "Galicia Noticias" y los distintos telexornales, incluido el local, cubriendo, en algunas ocasiones atentados en el País Vasco./ Quinto: Durante el tiempo en el que desempeñó su actividad recibía órdenes e instrucciones de los distintos directores de programas, sin que conste que de persona alguna, ajena a la TVG, recibiese ordenes o instrucciones./ Sexto: El material utilizado por el demandante, lo mismo que la ropa de trabajo pertenecía a la TVG, apareciendo el mismo en los partes semanales elaborados por dicha entidad, desarrollando su trabajo en un régimen de tres turnos./ Séptimo: La sociedad anónima publica Televisión de Galicia, S.A. ha sido creada por medio de escritura pública de 18 de abril de 1988 por la Compañía Radio Televisión de Galicia, entidad pública dependiente de la Xunta de Galicia creada, con personalidad jurídica propia, por la Ley 9/1.984, de 11 de julio./ Octavo: Tras el correspondiente expediente administrativo la Televisión de Galicia suscribe el 28 de marzo de 2006 contrato administrativo con "REZ ESTUDIOS, S.L.U." para el estudio y rediseño de los logotipos de la CRTVG, TVG, S.A., y RTG, S.A. y diseño, desarrollo y producción del proyecto de renovación de la imagen gráfica de TVG, S.A./ Noveno: El demandante solicita en concepto de antigüedad el abono de las siguientes cantidades: -Desde el 1 de noviembre de 2006 al 31 de diciembre de 2006, cinco bienios por el 25% del salario base de 1.471'33 euros, lo que hace un total de 1.103'49 euros. -Desde el 1 de enero de 2007 al 30 de noviembre de 2007, cinco



bienios por valor del 25% del salario base de 1.500'76 euros, lo que hace un total de 4.877'47 euros. - Diciembre de 2007, 25% del salario base de 1.500'76 euros, lo que hace un total de 750'38 euros. -Enero a diciembre de 2008, 25% del salario base de 1.530'77 euros, lo que totalizan 4.974'97 euros. -Octubre de 2008, cumple el primer quinquenio, 8% del salario base de 1.530'77 euros, total 489'84 euros. -Enero a 6 diciembre de 2009, 5 bienios, 5% del salario base de 1.562'39 euros, total 5.074'55 euros. -Enero a diciembre de 2009, un quinquenio, a razón de 8% del salario base de 1.561'39 euros, total 1.623'83 euros. Todo ello hace un total de 18.894'53 euros, solicitando igualmente las que se vayan devengado a partir de enero de 2010./ Décimo: El 14 de diciembre de 2007 se celebra ante el SMAC de Santiago de Compostela acto de conciliación que finaliza sin acuerdo./ Undécimo: Al demandante le es de aplicación el convenio colectivo de la CRTVG y sus sociedades RTVG, S.A., y TVG,, S.A."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Se estima parcialmente la demanda formulada por D. Felipe frente a COMPAÑÍA DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA y TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. (TVG, S.A.), PEOPLE TRABAJO TEMPORAL, ETT, S.A., PEOPLE CORUÑA S.L. ETT,' PROGRESO DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL, SESA START ESPAÑA, ETT, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL y en consecuencia: -Se declara que la relación laboral que une a la demandada, TVG, S.A., con el demandante, D. Felipe , es de carácter indefinida. -Se declara que la antigüedad del actor en dicha relación es la de 2 de octubre de 1997 y que su categoría es la de reportero gráfico. -Se condena a TVG, S.A. a abonar al actor, en concepto de antigüedad desde el 1 de noviembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2009, la cantidad de CATORCE MIL CUARENTA Y NUEVE EUROS, CON CINCO CENTIMOS DE EURO (14.049'05 euros), así como a seguir abonando las que se devenguen a partir de enero de 2010 y conforme a los criterios señalados, mientras continúe la prestación de servicios para la citada entidad".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia de fecha 21 de marzo de 2013 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. contra la sentencia de fecha 11-5-10, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela , en proceso sobre reconocimiento de derecho y cantidad, promovido por Felipe contra el recurrente, PEOPLE TRABAJO TEMPORAL ETT S.A., PEOPLE CORUÑA S.L. ETT, PROGRESO DE LA GESTION EMPRESARIAL y SESA START ESPAÑA ETT, S.A., y confirmamos la sentencia de instancia, excepto en la antigüedad del actor, que es desde el día 1-11-05, abonándose en concepto de antigüedad-permanencia las cantidades por bienios o quinquenios correspondientes".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Felipe recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2008 (Rec. nº 1176/2007).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación por TELEVISIÓN DE GALICIA S.A., se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 22 de julio de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador demandante, es la de si, en un supuesto como el de autos, en donde en la prestación de servicios sin solución de continuidad por cuenta y bajo las órdenes TELEVISION DE GALICIA, S.A. (en adelante TVG, S.A), se han sucedido contratos temporales unos concertados directamente con dicha empresa y otros -intercalados- mediante contratos de puesta a disposición con Empresas de Trabajo Temporal (ETTS), el período de prestación de servicios a efectos de computo de antigüedad debe efectuarse o no a partir de la fecha del primer contrato.

. En presente caso, según la incombata relación fáctica, y en lo que aquí interesa, concurren las circunstancias siguientes : a) el trabajador demandante inició la prestación de servicios por cuenta de TVG, en fecha 1 de octubre de 1993, mediante contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción; prestación de servicios que el demandante viene realizando desde dicha fecha a través de los diversos contratos temporales que constan en los hechos declarados probados, suscritos unos directamente con dicha empresa y otros -contratos de puesta a disposición- con distintas ETTS, en la forma y fechas expuestas en la relación fáctica, siendo el último contrato suscrito con TVG, el de fecha 1 de mayo de 2006 para obra o servicio determinado; b) con anterioridad a dicha contratación, consta también acreditado un "contrato de trabajo de duración determinada, suscrito igualmente con TVG, de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción definida como ACUMULACION DE TAREAS MOTIVADA POR LA REORGANIZACIÓN E NOVAS DESENHOS DOS ESPAZOS DA DIRECCIÓN DE INFORMATIVOS DE TVG....para prestar, servicios como REPORTEIRO GRÁFICO, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 1 de noviembre de 2005, prorrogado el 12 de enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2006"; y, c) el demandante prestó siempre sus servicios, desde el inicio de la relación laboral, como reportero gráfico para informativos de TVG en distintos programas, recibía órdenes e instrucciones de los directores de programas,

sin que conste que de persona alguna, ajena a TVG, recibiese órdenes o instrucciones, utilizaba material de TVG, incluso la ropa de trabajo, aparecía en los partes semanales elaborados por la entidad y desarrollaba su trabajo en un régimen de tres turnos.

3. Formulada demanda, en reclamación de cantidad en concepto de complemento de antigüedad, y habiéndose opuesto TVG por estimar que el trabajador demandante no es personal fijo, la sentencia de instancia estimó en parte su pretensión, fijando como antigüedad la de 2 de octubre de 1997 y su categoría la de reportero gráfico. Interpuesto por TVG recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante sentencia de fecha 21 de marzo de 2013 (recurso 3882/2010), lo ha estimado en parte, fijando como antigüedad de demandante la de 1 de noviembre de 2005. La Sala de suplicación, fundamenta su decisión, en no haberse acreditado cesión ilegal en las contrataciones efectuadas con las ETTS, y ser el último contrato suscrito directamente con TVG de fecha 1 de mayo de 2006.

4. Frente a dicha sentencia, el trabajador demandante interpone recurso de casación unificadora, invocando para el contraste la sentencia de esta Sala de fecha 17 de enero de 2008 (rcud. 1176/2007). En esta sentencia, estimatoria del recurso interpuesto por el demandante, en supuesto en que la forma de prestación de servicios es sustancialmente idéntica a la de presente caso, se computa todo el período de prestación de servicios, a los efectos de determinar el importe de la indemnización por despido, al no haber existido interrupción en la prestación de servicios, señalando, en su fundamento jurídico cuarto que "Existe la contradicción entre ambas sentencias dada la evidente identidad, pues en ambos casos se ha sucedido contratos temporales de distinta naturaleza de forma sucesiva por circunstancias de la producción, concretados, primero a través de una ETT y después directamente con la usuaria calificando el despido como improcedente cuestionando en ambos casos la antigüedad del trabajado a efectos de cálculo de la indemnización, y en su caso

salarios de trámite. No afecta a la contradicción el hecho de que en la recurrida no se aprecie fraude en la contratación temporal, mientras que en la de contraste no existe referencia a dicho dato, ni tampoco, el que en la de contraste conste que hubo baja voluntaria en la ETT, lo que no acaece en la recurrida, así como el que en la recurrida, se razone para no conceder la antigüedad solicitada, que los contratos con la ETT, finalizaron a su vencimiento, percibiendo el trabajador la indemnización, pues dichas diferencias no son relevantes, ya que lo trascendente es que en ambos casos se debatía la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización, es supuesto de contratos temporales sucesivos con la misma empresa, unos concertados a través de una ETT y otros directamente, dictándose fallos distintos".

5. A juicio de la Sala, concurre la contradicción entre sentencias que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pues con independencia de que en el caso de la sentencia recurrida la acción sea la de reclamación de cantidad, y en la de contraste la acción sea de despido, en ambos casos se trata de dirimir como ha de computarse el período de prestación de servicios, cuando en una misma relación laboral coexisten contratos temporales suscritos directamente entre el trabajador y una empresa usuaria, con contratos de puesta a disposición con ETTS.

SEGUNDO.- 1. La cuestión controvertida ha sido ya resuelta en forma favorable para la tesis sostenida en el recurso, como se desprende de los fundamentos jurídicos quinto, sexto y séptimo de la ya citada sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2008, que a continuación reproducimos:

“QUINTO.- En cuanto al fondo litigioso en el recurso se denuncia infracción de los arts. 7-1, y 2 de la Ley 14/94 del 1 de junio y art. 15, apartado 1, y 3, y 56-1, a) y b) del E.T, y 6, 3 y 4 del C. Civil.

Esta Sala en su sentencia de 17-10-2006 (R-2426/05), seguida de la de 15-11-07 (R- 3344/06) ya abordó el tema aquí planteado, razonando lo siguiente:

"La solución acertada es la que adopta la resolución de contraste, por resultar en todo conforme con la doctrina de ésta Sala y con el espíritu de las normas que disciplinan la contratación temporal. En la actualidad, sin bien el artículo 15.1, párrafo inicial, del Estatuto de los Trabajadores permite concertar contratos de trabajo por tiempo indefinido o por duración determinada, la temporalidad en la relación laboral está reducida exclusivamente a los supuestos autorizados por el artículo 15 citado, desarrollado por el R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre , normativa que sigue la línea marcada por el Derecho de la Unión Europea (Directiva 199/1970, de 28 de junio y el Acuerdo Marco celebrado entre los sindicatos y las asociaciones empresariales europeas), para evitar abusos en la contratación temporal, tasar las causas de temporalidad y limitar, en lo posible, la duración de los contratos temporales, permitiendo la atención a situaciones que no precisen de una contratación indefinida, mediante contrataciones limitadas en el tiempo.

El contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina, fijando la ley una duración máxima (seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzca la causa) evitando con ello que por este procedimiento se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas acudiendo a contrataciones de tiempo limitado; la causa radica en las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida; cabe la prórroga, siempre que sumada a la duración inicial ya transcurrida, no se supere el plazo máximo de duración permitido.

Precisamente cuando el problema se manifiesta en el ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal, esta Sala ha declarado en la sentencia de 4 de febrero de 1999 (R- 2022/1998), que el artículo 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores debe interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato, al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supera la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal; también se dijo en aquella sentencia que, en lo referente a los contratos de puesta a disposición, el precepto básico es el artículo 10 de la Ley 14/1994 , a tenor del cual el contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición, pero sin olvidar que el artículo 6.2 de la propia Ley dispone que la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal y entre ellas la de atender las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal."

Esa doctrina subsiste, incluso, cuando en los sucesivos contratos temporales ha intervenido una empresa de trabajo temporal, a través de contratos de puesta a disposición, que solamente serán válidos, conforme a las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y 16 de la Ley 14/1994 , cuando estos contratos de duración determinada responden a alguna de las causas de temporalidad enumeradas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores , sin que sea posible la interpretación extensiva de estas normas, como pone de relieve la sentencia de esta

Sala de 4 de julio de 2006 (recurso 1077/2005 ), porque suponen la excepción a la regla general de la duración indefinida del contrato de trabajo."

SEXTO.- Que en el caso de autos, aplicando lo antes expuesto se ha producido una contratación abusiva al margen de la permisión legal, lo ponen de manifiesto las circunstancias de hecho relatadas en la premisa histórica de la sentencia recurrida, reveladoras de que, desde el 4 de octubre de 2002, hasta el 21 de diciembre de 2005, el demandante ha venido prestando servicios, sin solución de continuidad, para la empresa demandada mediante contratos sucesivos de puesta a disposición, prorrogados todos ellos, y contrato celebrado directamente con la que había sido empresa usuaria desde 1-03-2003, convertido en indefinido en 3-10-2003. En todos los contratos se constató que la causa de la temporalidad eran las circunstancias de la producción sirviendo el actor el mismo puesto de trabajo, lo que descubre, como señala la sentencia referencial, que una necesidad que persiste dos años es una necesidad permanente. Por tanto, la antigüedad a computar a efectos del cálculo de la indemnización debe comprender, como fecha inicial, desde el 4 de octubre de 2002.

SEPTIMO.- Con independencia de lo anterior, como se decía en la sentencia de 4-07-2006 (R-1077/05), el caso que examinamos constituiría en todo caso de no apreciarse un solo vínculo contractual por tiempo indefinido ya desde que se inició la prestación de servicios, un supuesto en el que sería de aplicación la doctrina unificada relativa a la determinación de la antigüedad en supuestos de sucesivos contratos temporales. En efecto, tratándose de ellos, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización -el tiempo de servicio a que alude el art. 56.1 ET - se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión -regular- de varios sin una solución de continuidad significativa, con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito, y percibo de indemnización a la finalización de cada contrato temporal, pues como se recoge en las sentencias 20-02-1997; 30-03-1999; 15-02-2000, y 19-04-2005, entre otras; en el ámbito del



Derecho del Trabajo es regla [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, [...], se entiende que la antigüedad [...] se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal, pues la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones -sucesivas- diferente ( SSTS 27-07-02 (R- 2087/01 ); y 19-04-05 (R-805/04 ), pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos (STS 12-11-93 (R-2812/92 ); y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (STS 12-11-93 (R-2812/92); 10-04-95 (R- 546/94); 17-01-96 (R-1848/95 ); 22-06-98 (R-3355/97); 20-12-99 (R-2594/98)".

2. La aplicación de la doctrina trascrita al inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida conduce a la estimación del recurso, pues aun cuando se aceptara que en las contrataciones con las ETT no existiera cesión ilegal -lo que para esta Sala resulta más que dudoso, a la vista de las circunstancias declaradas probadas- lo cierto es, que si bien el último contrato por obra y servicio determinado suscrito directamente por el demandante con TVG, es de fecha 1 de mayo de 2006, está también acreditado un "contrato de trabajo de duración determinada, suscrito igualmente con TVG, de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción definida como ACUMULACION DE TAREAS MOTIVADA POR LA REORGANIZACIÓN E NOVAS DESENHOS DOS ESPAZOS DA DIRECCIÓN DE INFORMATIVOS DE TVG .para prestar, servicios como REPORTEIRO GRÁFICO, con la misma categoría, suscrito entre el demandante y la TVG el 1 de noviembre de 2005, prorrogado el 12 de enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2006",

lo que pone de manifiesto, sin lugar a dudas, y frente al criterio de la sentencia recurrida, la prestación de servicios del demandante sin solución de continuidad para TVG, con anterioridad a la citada fecha 1 de mayo de 2006, y desde el 1 de octubre de 1993, aunque durante algunos períodos de esta relación laboral, la prestación - siempre como reportero gráfico para el sector de informativos TVG- se efectuara a través de contratos intercalados de disposición con ETT, pero sin interrupción trascendente, supuesto que precisamente es al que hace referencia la citada doctrina de esta Sala.

TERCERO.- 1. Los razonamientos precedentes, visto el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, conllevan la estimación del recurso del trabajador demandante, la casación y anulación de la sentencia recurrida, y a que al resolver el debate de suplicación se desestime el recurso del TVG, y con estimación de la demanda se revoque parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago de Compostela, declarando que la antigüedad del demandante con TVG es de 1 de octubre de 1993 , fecha inicial de su contratación con dicha entidad, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 LRJS).

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

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Matías Movilla García, obrando en nombre y representación de D. Felipe contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación nº 3882/2010 ; actuaciones iniciadas en el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago de Compostela, en autos núm. 76/2008, a instancia del ahora recurrente contra "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. (TVG, S.A)"; "COMPAÑÍA DE RADIO TELEVISIÓN DE GALICIA"; "PEOPLE CORUÑA, S.L. ETT"; "PEOPLE

TRABAJO TEMPORAL, ETT, S.A."; "MANPOWER GROUP SOLUTIONS" (antes PROGRESO DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL); "SESA START ESPAÑA, ETT, S.A." y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL , en reclamación por reconocimiento de derecho y cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por TVG, revocamos parcialmente la sentencia de instancia de fecha 2 de junio de 2006, y con estimación de la demanda, declaramos que la antigüedad del demandante a efectos del cómputo de antigüedad en "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. (TVG, S.A)" es la de 1 de octubre de 1993, y condenamos a dicha entidad a estar y pasar por dicha declaración, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial 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.

#### **14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2013**

##### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 10 de octubre de 2011, el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Pio contra AYUNTAMIENTO DE SEVILLA en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como IMPROCEDENTE, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, así como, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte bien a readmitir al actor en su

puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, bien a que indemnice al actor en la cantidad de SETENTA Y SEIS MIL EUROS CUATROCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON OCHO CENTIMOS (76.431,08 euros), más en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde el día del despido (16.2.2011) hasta la notificación de esta sentencia."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " PRIMERO.- D. Pio, N.I.F. NUM000, vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría profesional de arquitecto técnico, con un salario diario a efectos de despido de 103,46 euros. SEGUNDO.- En autos constan los siguientes contratos de trabajo:- Contrato de trabajo de duración determinada, 26.9.1997, para la realización del programa de formación prácticas para la ciudad Miraflores (folio 19).- Contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, de 11.12.1995, señalándose como tal "la realización del Programa de Escuela Taller subvencionado por el INEM "Parque Miraflores", con duración prevista de septiembre a marzo aproximadamente (folio 406). - contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado de 1.09.1998, señalándose como tal "prestación de servicios como profesor de teoría de la construcción en la escuela taller Miraflores (arquitecto técnico) (folio 46), ello tras la selección como tal operada por el INEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de fecha de 22.6.1998 (folio 443).- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de 29.12.2000, señalándose como tal "escuela Taller Miraflores III" (folio 52), ello tras la selección realizada por el INEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 19.12.2000 (folio 444) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 30.12.2002, señalándose como tal profesor escuela taller Miraflores IV (folio 47), ello tras la selección realizada por el UEM y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 19.12.2002 (folio 445) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, señalándose como tal "Prof. T. constr. archit. programa "E.T. Miraflores V" de fecha de 30.12.2004 (folios 48), ello tras la

selección realizada por el SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de Selección de 27.12.2004 (folio 446) .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 22.2.2007, señalándose como tal, "arq. Tecn. "E.T. S.FDOI Y T.E. REH.URB TRES BARRIOS CON FUNCIONES DOCENTES/DIRECCIÓN EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LOS DOS PROYECTOS" (folio 53), ello tras selección realizada por SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de selección de 6.2.2007 (folio 447). .- Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, de fecha de 5.3.2009, señalándose como tal "arqto. Tecn en E.T. Centro Serv. Empleo Amate y T.E. Ent. Amate" (folio 54). Dicho contrato fue modificado en fecha de 22.2.2010, en concreto la cláusula sexta, quedando del siguiente modo "La obra/servicio objeto del contrato a partir del 02 de marzo de 2010, fecha de comienzo del Taller de Empleo Cerro Amate es: Arquitecto técnico de los proyectos ET/TE desarrollados en la zona de Amate (E.T. Centro de Servicios Empleo Amate y T.E. Cerro Amate), siendo la fecha de finalización el de la E.T. Centro de Servicios Empleo Amate (aprox. 16/02/20 1 1) (folios 54 y 55), ello tras la selección realizada por el SAE y el propio Ayuntamiento, según Acta de selección de 17.12.2009 (folio 448). TERCERO.- El Teniente de Alcalde Delegado de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla con fecha de 6.7.2006 designó al actor director de ejecución de obra de la obra de rehabilitación de la señoría de la Hacienda "Miraflores" de la que la Delegación era Promotora, quedando integrado en la Dirección Facultativa junto al Director/a de obra (folio 464). La Arquitecto era D<sup>a</sup>. Evangelina. Igualmente el actor fue el Técnico Coordinador en Materia de Seguridad y Salud (folio 472). CUARTO.- En fecha de 1.2.2011 el Ayuntamiento comunicó por escrito al trabajador: "Por la presente le comunico a todos los efectos pertinentes, que la obra o servicio objeto del contrato que tiene Vd. suscrito con el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, de fecha 05/03/2009 finalizará el próximo día 16/02/2011" (folio 160). El trabajador hizo constar su no conformidad. Tras su cese ha sido necesaria la contratación de un nuevo profesional para realizar sus funciones. QUINTO.- Por escrito de igual tenor y fecha se comunicó la extinción del contrato de trabajo de 7 trabajadores (folios 146 a 159). SEXTO.- El expediente NUM001 instruido para la puesta en marcha de la Escuela Taller Miraflores con actuación en el Parque de Miraflores, con la plantación de

arboledas y rosales, así como las instalaciones de mobiliario urbano, riego de goteo, instalación de alumbrado y conformación del parque con obras de albañilería. Dicho Proyecto fue subvencionado por el Instituto Nacional de Empleo con la cantidad de 98.879.008 pesetas (folios 163 a 182). SÉPTIMO .- El expediente NUM002 fue instruido para la solicitud al INEM de la Escuela Taller Miraflores II con especialidades formativas en albañilería, jardinería, carpintería metálica, carpintería de madera y pintura,." con un total de 58 alumnos (folios 183 a 199). OCTAVO. - El expediente NUM003 fue instruido para la solicitud de la puesta en marcha de la Escuela Taller "Miraflores III", cuyo objeto es actuaciones en el Parque Miraflores y su entorno urbano con reconstrucción de la Finca La Albarrana para edificación de sala multiusos como objeto central, con una duración prevista de dos años. El INEM le otorgó para ello una subvención global máxima de 181.929.578 ptas. (folios 200 a 212). NOVENO El expediente NUM004 fue instruido para la aprobación del Proyecto para la puesta en marcha de la Escuela Taller "Miraflores IV", cuyo objeto era la realización de la segunda fase de construcción del Edificio Multiusos Finca La Albarrana, así como actuaciones de ajardinamiento y mejora paisajística del entorno del edificio, en el Parque Miraflores (folios 213 a 228). DÉCIMO .- El expediente NUM005 fue instruido para la solicitud de subvención para el Proyecto "Escuela Taller Miraflores V", con una duración prevista de dos años, con objeto de rehabilitar el señorío de la Hacienda Miraflores, del patio y el muro de cerramiento de dicha Hacienda, así como la urbanización y ajardinamiento del entorno, la puesta en valor por parte de los ciudadanos de todo el conjunto, y la mejora en aspectos concretos de la calidad de vida en los barrios de la zona a través de actuaciones en espacios y locales de uso público y social. El Servicio Andaluz de Empleo otorgó para ello una ayuda pública de 881.594,40 euros (folios 229 a 248). UNDÉCIMO .- El expediente NUM006 fue instruido para la solicitud a la Junta de Andalucía de subvención para el desarrollo del Proyecto de Taller de Empleo "Rehabilitación Urbana Tres Barrios", con una duración prevista de doce meses, para la rehabilitación y adecuación de espacios públicos de interés social y utilidad colectiva de los barrios que conformará la zona Tres Barrios, con intervenciones generales de Mantenimiento de Edificios y Jardinería, con el fin de mejorar la calidad de vida los habitantes de dicha zona. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos

obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 249 a 268).

DUODÉCIMO.- El expediente NUM007 fue instruido para la solicitud a la Junta de Andalucía de la subvención para el desarrollo del Proyecto de Escuela Taller "San Fernando III", con una duración prevista de dos años, para la revaloración de espacios públicos y urbanos, consistente en la rehabilitación parcial del colegio público San Fernando, edificio número dos y actuaciones necesarias en zonas colindantes. Intervención en viviendas y espacios públicos que ayuden a mejorar la calidad de vida de los vecinos. Actuaciones en entidades y edificios de uso público y social. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 269 a 295).

DECIMOTERCERO.- El expediente 49/2008 fue instruido para solicitar al S.A.E. subvención para el Proyecto Taller de Empleo "Entorno Amate", con una duración prevista de doce meses, con el objeto de rehabilitación y adecuación de espacios públicos de interés social y utilidad colectiva de los barrios más desfavorecidos que conforman el distrito Cerro-Amate de Sevilla, con intervenciones generales de mantenimiento de edificios y jardinería, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes de dicha zonas. Se llevaría a cabo el ajardinamiento integral de todas las zonas verdes del Colegio S. Femando, desde el punto de vista de la jardinería como de la obra civil que requerirá atendiendo al proyecto definitivo de rehabilitación de dicho Centro. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. se priorizaba la inserción laboral de los alumnos participantes. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 296 a 336).

DECIMOCUARTO .- El expediente 44/2008 fue instruido para solicitar al S.A.E. subvención para el Proyecto

Escuela Taller "Centro de Servicios para el Empleo Amate", con duración prevista de 24 meses, para la rehabilitación parcial del antiguo colegio público San Fernando, edificio número tres y en las actuaciones necesarias, en zonas colindantes, intervención en espacios públicos que ayuden a mejorar la calidad de vida de los vecinos y vecinas y actuaciones en entidades y edificios de uso público y social. Además de servicios de asistencia especializada a la comunidad. Atendiendo a la calidad de la formación, incluía en el Plan formativo los módulos obligatorios exigidos por la normativa, la formación complementaria en Habilidades Sociales y Educación en valores. Igualmente preveía la realización de cursos monográficos según necesidades y especialidades. Se priorizaba la inserción laboral de los alumnos participantes. El Servicio Andaluz de Empleo le concedió para ello las correspondientes ayudas públicas (folios 337 a 382). DECIMOQUINTO.- Cada uno de los candidatos admitidos para cada uno de los Proyectos especificados lo era por el Servicio Andaluz de Empleo (folios 383 a 403). DECIMOSEXTO.- La relación laboral se regía por el Convenio colectivo de personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (folio 452). DECIMOSÉPTIMO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. DECIMOCTAVO.- La parte actora interpuso reclamación previa en fecha de 4.3.2011 (folios 44 y 45), sin que conste resolución expresa, por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 10 de enero de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en sus autos núm. 387/11, en los que el recurrente fue demandado por D. Pio , en demanda de despido, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia. Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado



de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de seiscientos euros (600#) que, en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS”.

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el letrado D. Ramón Campora Pérez, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 6 de junio de 2012, recurso 2846/11 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 26 de noviembre de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla dictó sentencia el 10 de octubre de 2011, autos número 387/11, estimando la demanda formulada por D. Pio contra el Ayuntamiento de Sevilla, sobre despido, declarando improcedente el despido del actor, condenando al demandado a que, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, o le indemnice con la cantidad de 76.431,08 euros más, en todo caso,

que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría profesional de arquitecto técnico, habiendo iniciado su relación laboral el 26-9 -1997. La relación laboral se articuló a través de sucesivos contratos temporales, en total ocho, a tiempo completo, para obra o servicio determinado, realizando siempre las mismas funciones, dentro de las sedes de los distintos Centros de Formación Permanente del Ayuntamiento: Cortijo de San Ildefonso (Parque Alcosa), Pasaje González Quijano (Alameda de Hércules), Polígono Sur ( Cl José Bandarán), Ronda Doctor Fedriani, en la sede del antiguo Colegio de San Fernando...Sus funciones siempre fueron de arquitecto técnico pues, además de actuar como monitor de los distintos programas de formación y promoción de empleo en los que participó, actuó como director facultativo de las obras encomendadas por el Ayuntamiento, coordinador de seguridad de distintos centros, promotor de distintos programas de actuación en el Área de Empleo...habiendo desempeñado, salvo las interrupciones que constan en el hecho probado segundo, una actividad permanente en el ejercicio de dichas funciones. El 1-2-2011 el Ayuntamiento comunicó por escrito al actor que la obra o servicio objeto del contrato suscrito el 5/3/2009 finalizará el 16/2/2011, habiendo sido cesado en dicha fecha, procediendo el Ayuntamiento a contratar a un nuevo profesional para realizar las funciones que venía desempeñando el actor.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia el 10 de enero de 2013, recurso número 800/12, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que, por aplicación de lo establecido en el artículo 15.5 ET, la relación laboral del actor había adquirido el carácter de indefinida con anterioridad al 31-8-2011 -fecha en la que quedó suspendida la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 ET, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del RD Ley 10/2011 - ya que desde el 15-6-2006 el actor había prestado servicios para la misma empleadora, durante más de 24 meses, en un periodo de 30 meses, en virtud de dos o más contratos temporales y en el mismo puesto de trabajo, no exigiéndose que los contratos sean fraudulentos.

La sentencia considera que desde el 30/6/2007, sin entrar en el carácter fraudulento o no de los contratos, el actor era trabajador a tiempo indefinido. Continúa razonando que la relación laboral también tenía carácter indefinido por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.3 ET, dado que hubo fraude en la cadena de la contratación. El actor, desde el año 1994 viene desarrollando el mismo trabajo, con idéntica categoría y en el mismo puesto de trabajo, en sede permanente del Ayuntamiento de Sevilla -Centros Permanentes de Formación- cubriendo una necesidad ordinaria y permanente del Ayuntamiento, habitualmente dentro del plano de la formación e inserción social, realizando funciones como enseñante y a su vez director de obra, coordinador de seguridad e higiene, levantando planos, planes de prevención de riesgos y todas aquellas gestiones afines a su profesión encargadas por el Ayuntamiento, tareas no subsumibles dentro de la contratación temporal realizada. Concluye la sentencia estableciendo que el cese por terminación de la obra o servicio carece de causa y lo que procedía, en su caso, era un despido por causas objetivas o por la necesidad de amortizar un puesto de trabajo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Ayuntamiento de Sevilla recurso de casación para la unidad de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 6 de junio de 2012, recurso número 2846/11.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 6 de junio de 2012, recurso número 2846/11, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Sevilla, de fecha 20 de julio de 2011, dictada en virtud de demanda formulada por D. Sergio contra la Corporación recurrente, en reclamación por despido, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada. Consta en dicha sentencia que el actor D. Sergio, ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, con la categoría de arquitecto técnico, desde el 5-3-2007. Actor y demandada suscribieron un primer contrato del 5-3-2007 al 4-3-2009, a tiempo completo, para obra o servicio determinado, para ET MIRAFLORES VI y TE REH-URB NORTE, con funciones de docente, dirección y ejecución de las obras de los dos proyectos, quedando condicionada la duración al fin de la obra, fijándose como fecha aproximada la anteriormente señalada. Suscribieron un segundo contrato el 5-3-2009, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, consistente en ET Parque Miraflores y TE Urbana Norte, quedando condicionada la duración al fin de la obra, fijándose como fecha aproximada el 16-2-2011. Este contrato fue modificado el 25-2-2010 ya que, a partir del 2-3-2010, fecha de comienzo del Taller de Empleo Tabaida Norte, el objeto es el Proyecto ET/TE de la zona norte de Sevilla. El 1-2-2011 el Ayuntamiento remitió carta al actor en la que le comunicaba que las obras o servicios objeto del contrato suscritas el 5-3-2009 finalizarán el 16-2-2011. Dicho día el actor cesó, produciéndose la paralización de las obras de rehabilitación del Patio de la Hacienda de Miraflores hasta la designación de un nuevo coordinador de seguridad y salud. La sentencia entendió que en los dos contratos suscritos por el actor estaba identificada con precisión y claridad la obra concertada y su duración, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 15.5 ET, en redacción dada por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ya que el actor no ocupó "el mismo puesto de trabajo", si bien por razones de titulación académica del trabajador desempeñó funciones propias de su formación, por requerirlo así el nuevo proyecto subvencionado. Es lícita la cláusula que condiciona el contrato por obra o servicio determinado a la vigencia de

un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 15.1 a) ET el que la duración del vínculo laboral dependa de la duración del concierto. Entiende, citando una sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2002 , que la condición de empleador singular de la Corporación supone que "No puede entenderse que su intervención en la creación y funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo pueda ser calificada como una actividad permanente, como se mantiene en el recurso, pues de ser así se quebraría el equilibrio institucional existente, se pondría en grave riesgo la cooperación de la Administración Local en campos tan sensibles como la promoción de empleo, y podría concluirse que cualquier actuación de la Administración Local, en la medida en que "contribuye a satisfacer necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal" (art. 25 LBRL) tendría que ser calificada como "actividad permanente", quedando vetada así la posibilidad de efectuar contrataciones para obra o servicio determinados".

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS , ya que en ambos casos se trata de arquitectos técnicos, que han venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Sevilla, en virtud de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, a tiempo completo - ocho en la sentencia recurrida, dos en la de contraste- parte de los cuales se desarrollaron bajo la vigencia de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, siendo dichos contratos para la realización de diferentes programas de las Escuelas Taller, desempeñando funciones docentes, de dirección y ejecución de las obras de los proyectos y de coordinación de seguridad e higiene. Ambos actores han sido cesados en la misma fecha, el 1-2- 2011, con sendas cartas de idéntico contenido en las que se les comunicaba que la obra o servicio, objeto del contrato suscrito en fecha 5-3-2009, finalizará el 16-2-2011. Tras el cese de los trabajadores el Ayuntamiento de Sevilla contrató a otros dos para que realizaran sus funciones. En las dos sentencias se analiza, en primer lugar, si la relación laboral adquirió el carácter de indefinida, al amparo del artículo 15.5 del ET y, en segundo lugar, si tiene o no dicho carácter

atendiendo a si los trabajos realizados por los actores son para cubrir necesidades permanentes o transitorias del Ayuntamiento Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que el despido es improcedente, la de contraste concluye afirmando que el cese del actor es ajustado a derecho.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO .- En el primer motivo del recurso, al amparo de lo establecido en el artículo 224 de la LRJS , en relación con el artículo 207 e) de dicho texto legal, la parte alega infracción del artículo 15.5 del ET y de la doctrina contenida en la STS de 8 de febrero de 2012, recurso 1854/2009.

Alega en esencia la recurrente que, a diferencia de los cinco primeros contratos, cuyo objeto se desarrolló en el mismo lugar, esto es en las Escuelas Taller Miraflores, los tres últimos se desarrollaron en diferentes lugares, por lo que no cabe entender que es el mismo puesto de trabajo y, en consecuencia, no pudo operarse la transformación de la relación en indefinida, de acuerdo con la redacción del artículo 15.5 del ET aplicable a los hechos objeto de enjuiciamiento, por razón del tiempo en que acaecieron los mismos.

Esta Sala se ha pronunciado en un supuesto que guarda cierta similitud con el ahora examinado. Se trataba de una trabajadora, que había venido prestando servicios para el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, como titulada superior, habiendo suscrito sucesivos contratos temporales, para obra o servicio, siendo el objeto de cada uno los diferentes proyectos diferenciados de investigación del Consejo, planteándose si el vínculo que une a la demandante con el CSIC se transforma en indefinido -no fijo- por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5

del ET, en la redacción dada por la Ley 43/2006. La sentencia, de 23 de abril de 2012, recurso 3092/11, contiene el siguiente razonamiento:

"3. En la primera de las sentencias citadas, asumido en las restantes, se contienen los siguientes razonamientos: "Como es sabido, su origen -del artículo 15.5 ET - se encuentra en la Ley 12/2001, de Medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en cuya exposición de motivos se dice que la nueva regulación que se hace de ese precepto se lleva a cabo incorporando al ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. La redacción primera de ese número 5, era la siguiente: • 5. Los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal• .- Tan escasa regulación de lo que se pretendía fuese instrumento eficaz de cumplimiento del referido Acuerdo Marco suscrito entre las organizaciones interprofesionales de carácter general, la Unión de confederaciones de la industria de la Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación europea de Sindicatos (CES), se discutió en su momento si cumplía con las previsiones de la cláusula quinta del referido Acuerdo Marco que asume la Directiva".

4.- Añaden las referidas sentencias "Polémica doctrinal que fue zanjada con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que fue publicado en el BOE 141/2006, de 14 de junio, y en cuyo artículo dos se daba nueva redacción al apartado 5 del art. 15 del ET, en los siguientes términos: 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales

de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.- Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.- Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad".

5.- Se indica que "El RDL contenía también una Disposición Transitoria Segunda, referida al régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales, en la que se decía que • Lo previsto en el art. 15.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.- Respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado art. 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de este real decreto -ley• ". Destacándose que "Por su parte, la Disposición Final Cuarta determinaba que su entrada en vigor se produciría al día siguiente la publicación, esto es el 15 de junio de 2.006. Esa es precisamente la razón por la que la Ley 43/2006 , sobre mejora del crecimiento y del empleo, que se publicó en el BOE en 12 de febrero de 2.007 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, con un texto idéntico del número 5 del artículo 15 del ET, fijase en su Disposición Transitoria segunda un especial régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales, de manera que lo previsto en la redacción dada por esa Ley al artículo 15.5 del ET sería de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 15 de junio de 2006. Y respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a 15 de junio de 2006". Concluyendo que "De esta forma se hacía coincidir el régimen transitorio del RDL con el de la Ley y se fijaba el 15 de junio como fecha a tener en cuenta para saber el



número de contratos computables suscritos por el trabajador y conocer así también en el periodo de 30 meses, si la prestación de servicios se había llevado a cabo por medio de dos o más de aquéllos durante un plazo superior a 24 meses, con independencia de la licitud de tales contratos temporales".

TERCERO.- La aplicación de los anteriores razonamientos, como se adelantó, conduce a la estimación del recurso y a la consecuente estimación de la demanda porque las cinco contrataciones de la demandante, comprendidas entre el 1 de enero de 2005 y el 25 de agosto de 2008 (viva ésta última en el momento de la interposición de la demanda: 5-2-2009), han de entenderse referidas al mismo puesto de trabajo porque las funciones desempeñadas por ella, acordes a su condición de Titulada Superior y a la categoría con la que siempre fue contratada, aunque algo diferentes en razón de las especificaciones formales que reflejan los contratos descritos en el relato fáctico, no variaban en lo sustancial y se desarrollaron siempre en el mismo centro de trabajo.

Son precisamente esas funciones técnicas, exclusivas y características de la titulación superior que posee, las que definen y dan sentido a la prestación laboral, lo cual, unido a la identidad del lugar en el que siempre se han ejercido (el Instituto de Agricultura Sostenible de Córdoba), conduce a asegurar que en todos los contratos desempeñó funciones equivalentes a un mismo puesto de trabajo, que es lo que exige el art. 15.5 ET, en la redacción que aquí resulta de aplicación (Ley 43/2006), para adquirir la fijeza pero que, en este caso, y dada la condición de organismo público de la entidad demandada, ha de calificarse como indefinida en razón a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público.

En definitiva, la trabajadora debe adquirir esa condición de indefinida al haber prestado servicios en el mismo puesto de trabajo, tanto en su aspecto locativo, porque se desarrollaba en el mismo lugar, como en su aspecto funcional, porque siempre ha

realizado las mismas labores propias de una titulada superior, en virtud de varios contratos temporales en un plazo superior a 24 meses y en período de cómputo de 30, en los términos previstos el tan repetido art. 15.5 ET, en relación con las disposiciones Transitoria Segunda y Final Cuarta del RD-Ley 5/2006, y Transitoria Segunda de la Ley 43/2006 ".

En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala se ha de decidir si el puesto de trabajo que ha venido ocupando el trabajador durante el periodo relevante de su contratación, a efectos de la aplicación del artículo 15.5 del ET, es decir, el ocupado a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, es "el mismo puesto de trabajo", para determinar si se cumplen todos los requisitos que el citado precepto establece, ya que los restantes han sido pacíficamente admitidos.

A este respecto hay que señalar que el concepto "mismo puesto de trabajo" puede entenderse en sentido restrictivo, aplicando un criterio locativo, lo que conduciría a equipararlo con el concreto puesto que el trabajador desempeña en su centro de trabajo.

Hay otra interpretación más amplia que atiende al aspecto funcional, comprendiendo las funciones propias del puesto dentro de la empresa, aún en distintos centros de trabajo.

Ambos elementos, el locativo y el funcional sirven para identificar el puesto de trabajo. En el asunto ahora examinado, teniendo en cuenta que no hay previsión alguna en el convenio colectivo para identificar "el mismo puesto de trabajo" se ha de acudir al criterio funcional, a efectos del cumplimiento del requisito controvertido, establecido en el artículo 15.5 del ET. Las razones son las siguientes:

Primero: De seguirse el criterio locativo, sería posible que el trabajador permaneciera en la empresa, desarrollando el mismo trabajo, durante un dilatado periodo de tiempo, manifiestamente superior al previsto en la norma, solo con que el empresario le cambiara de lugar de trabajo. Piénsese en un supermercado, bastaría con que al trabajador, cajero, se le enviase a otra caja situada en otro supermercado de la empresa y ya no se cumpliría el requisito "mismo puesto de trabajo".

Segundo: La finalidad de la norma es evitar abusos, que se utilicen contratos temporales con un mismo trabajador en la empresa para realizar el mismo trabajo, finalidad que quedaría defraudada de seguirse el criterio locativo.

Tercero: El artículo 39.1 del ET permite la movilidad funcional del trabajador en la empresa, de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral, lo que dejaría en manos del empresario el evitar que se cumpliera el requisito del "mismo puesto de trabajo", solo con hacer uso de esta posibilidad integrada en su poder de dirección, en el caso de que se siguiera la tesis locativa.

Cuarto: El bien jurídico protegido es la estabilidad en el empleo y la desaparición, o al menos disminución, de la precariedad laboral, finalidad que únicamente se consigue aplicando el criterio funcional.

Quinto: El criterio funcional permite un más adecuado cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. El objeto del Acuerdo es "Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

A efectos de prevenir los abusos los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, introducirán una o varias de las siguientes medidas: "A) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales. B) La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada. C) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales".

En el asunto examinado ha quedado acreditado que se cumple el elemento funcional ya que el actor siempre realizó trabajos propios de su titulación de arquitecto técnico, realizándolas a lo largo de toda la relación laboral, sin perjuicio de que los proyectos a los que obedecían fuesen individualizados entre sí, por corresponder a diferentes fases, actuando como monitor de los distintos programas de formación y promoción de empleo en los que participó, ejerciendo como director facultativo de las obras encomendadas por el Ayuntamiento, coordinador de seguridad de distintos centros, promotor de distintos programas de actuación en el área de empleo...por lo que se cumple el requisito de haber prestado sus servicios en los sucesivos contratos temporales "en el mismo puesto de trabajo".

Respecto al elemento locativo, es cierto que el actor prestó servicios en distintas sedes que pertenecían a los distintos Centros de Formación Permanente del Ayuntamiento en la capital, pero, teniendo en cuenta lo anteriormente consignado respecto al criterio a seguir para identificar el concepto "mismo puesto de trabajo", se ha de concluir que la prestación de servicios se ha realizado en el mismo puesto de trabajo, lo que conduce a declarar el carácter indefinido de la relación, en virtud de lo establecido en el artículo 15.5 del ET , en redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

No se opone a tal conclusión la doctrina establecida en nuestras sentencias de 25 de mayo de 2011, recurso 1907/10; 19 de julio de 2011, recurso 1961/10 y 30 de

abril de 2013, recurso 1442/12, pues las mismas aplicaron la regulación convencional específica del ámbito de la construcción, tanto la estatal contenida en el artículo 18 del Convenio General de la Construcción, como la del Convenio Provincial de Vizcaya que reproduce su contenido.

CUARTO. - En el segundo motivo del recurso, formulado con idéntico amparo procesal que el anterior, el recurrente alega infracción de los artículos 15.3 y 15.1 a) del ET y 2.1 del RD 2720/1998 , del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y de la jurisprudencia que cita.

Al haber desestimado el motivo anterior, declarando el carácter indefinido de la relación laboral que unía al actor y al demandado, deviene innecesario el resolver este segundo motivo del recurso.

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

FALLO:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla frente a la sentencia dictada el 10 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 800/12, interpuesto por el hoy recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla, el 10 de octubre de 2011 , en los autos número 387/11, seguidos a instancia de D. Pio , en reclamación por despido. Se condena en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional 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.

### **15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2013**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda presentada por Jacinta, Abilio, Demetrio, Virtudes, Diana, Ofelia y Amelia, contra UTE QUALITEL TELESERVICIOS, S.A. SITEL IBERICA TELESERVICIOS, S.A.U.-IBERPHONE, S.A.U., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982 (UTE QUALITEL SITEL IBERPHONE), AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA y ATENTO TELESERVICIOS, S.A., debo absolver y absuelvo a las empresas codemandadas de los pedimentos recogidos en su contra en el escrito de demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Los demandantes Jacinta , Abilio , Demetrio , Virtudes , Diana , Ofelia y Amelia , han prestado sus servicios por cuenta y orden para la empresa QUALITEL TELESERVICIOS, S.A.- SITEL IBERICA TELESERVICIOS, SAU -IBERPHOJNE, S.A.U., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982 (UTE QUALITEL SITEL IBERPHONE): Jacinta , con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1.187,31 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Abilio, con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1.249,50 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Demetrio, con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1.223,87 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "El tiempo que dure la campaña de servicio de Oficina de Madrid asistencia al contribuyente-borrador concurso 12/08 Administración teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia de Justicia dentro de la actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Virtudes, con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1.146,98 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Diana, con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1.249,50 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Ofelia, con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1346,52 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- Amelia con antigüedad de 3 de marzo de 2008, con categoría profesional de Teleoperador / operadora Especialista Base Renta Borrador, y un salario mensual de 1223,70 euros con inclusión de pagas extraordinarias. En contrato de fecha 3 de marzo de 2008, contrato de trabajo de duración determinada en cuya cláusula Sexta establecía que la realización de la obra o servicio era la siguiente: "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 actividad de la empresa". Contrato obrante en autos y que se da por reproducido.- SEGUNDO - En fecha 15 de febrero de 2008 se constituyó la UTE, "UTE QUALITEL TELESERVICES, S.A.- SITEL IBERICA TELESERVICES, S.A.U.- IBERPHONE, S.A.U., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982", cuyo objeto era la prestación de servicios adjudicados en base al Concurso público 12/08, de la Agencia Tributaria, consistente en la adjudicación de un contrato de "Servicio Oficina Telefónica de Asistencia al Contribuyente". Y Duración hasta la ejecución del contrato adjudicado.- TERCERO. - En fecha 27 de febrero de 2008, UTE QUALITEL TELESERVICES, S.A.- SITEL IBERICA TELESERVICES, S.A.U.- IBERPHONE S.A.U., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/1982 (UTE QUALITEL SITEL IBERPHONE) suscribe contrato de Servicios de Gestión con AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA con el objeto de atender el "Servicio de Oficina Telefónica de Asistencia al Contribuyente" con una duración del 1 de marzo de 2008 al 28 de febrero de 2009. Dicho contrato fue prorrogado el 10 de febrero de 2009, con fecha de finalización 28 de febrero de



2010. Contratos obrantes en autos y que se dan por reproducidos.- CUARTO.- Los demandantes iniciaron sus servicios para la UTE el 3 de marzo de 2008 y se les cesa mediante cartas obrantes en autos y que se dan por reproducidas el 28-02-2010 por terminación de la campaña o servicio para la que fue contratado.- QUINTO.- En el pliego de cláusulas administrativas particulares en la Cláusula XV "Gastos y obligaciones del contratista, el punto 15.3 consta literalmente: "Disponer del personal con la capacidad técnica precisa para cubrir las obligaciones que se deriven del contrato.- Tal personal dependerá exclusivamente del adjudicatario y éste, por tanto, tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su condición de patrono, debiendo cumplir por ello, las disposiciones vigentes en materia laboral, fiscal, de Seguridad Social y de Seguridad e Higiene en el Trabajo. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del adjudicatario, o la infracción de las disposiciones sobre la seguridad por parte del personal designado por él, no implicará responsabilidad alguna para la Agencia Tributaria."- SEXTO.- Los actores no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores de la empresa demandada.- SEPTIMO.- La papeleta de conciliación se presentó el día 23 de marzo de 2010, habiendo tenido lugar el acto de conciliación el día 13 de abril de 2010, con el resultado de intentado y sin efecto.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Dña. Jacinta, D. Abilio, Demetrio, Dª Virtudes, Dª Diana, Dª Ofelia y Dª Amelia, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2011, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando los recursos interpuestos por Dña. Jacinta, D. Abilio, Demetrio y Dª Virtudes y el recurso interpuesto por Dª Diana, Dª Ofelia y Dª Amelia contra la sentencia N°379/2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid el día 14-9-2010, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia".

CUARTO.- Por las representaciones procesales de Dña. Jacinta, D. Abilio, D Demetrio y Dª Virtudes y de Dª Diana, Dª Ofelia y Dª Amelia se formula recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2003 (Rec. 3054/01) y de 19 de febrero de 2.009 (Rec. 2748/07).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio de 2.013, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Los siete trabajadores demandantes fueron contratados el 3 de marzo de 2008 por la UTE QUALITEL SITEL IBERPHONE demandada, 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 dicho obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa. La citada UTE se constituyó el 12 de mayo de 2008 por las empresas Qualitel Teleservices SAU, e Iberphone SA, para la prestación de servicios adjudicados con arreglo al concurso público 12/2008, de la Agencia Tributaria, consistente en la adjudicación de un contrato de "Servicio oficina telefónica de asistencia al contribuyente", celebrándose el contrato al efecto el día 27/2/2008 con una duración de 1/3/2008 al 28/2/2009, que fue prorrogado por otra anualidad. El 28/2/2010 los demandantes fueron cesados por terminación de la campaña o servicio para la que fueron contratados.

2. Los demandantes formularon demanda por despido, que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de los de Madrid, en autos 547/2012, e interpuesto recurso de suplicación, fue asimismo desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de noviembre de 2011 (recurso 3363/2011). En esta sentencia, la Sala de suplicación, confirma la resolución de instancia, en cuanto a la inexistencia de despido, por considerar que los contratos de obra o servicio celebrados no eran fraudulentos, al tener la campaña contratada autonomía y sustantividad propia, y constituir la asistencia telefónica sólo un aspecto particular y diferenciado del deber general de información. Por lo que se refiere a la cesión ilegal denunciada, tampoco aprecia su existencia, dado que la actividad de los demandantes estaba coordinada por la UTE, que era también la que tramitaba las vacaciones, realizando su trabajo los demandantes tanto en las dependencias de la UTE como en las de la Agencia Tributaria, concluyendo por ello que la dirección y el control del trabajo lo ejercía la UTE que era, por tanto, el verdadero empresario de los trabajadores. Finalmente, y en cuanto a una supuesta continuidad de la relación anterior con ATENTO, y por ende, una prestación de servicios superior a 24 meses, la sentencia la rechaza, por tratarse de relaciones distintas y con empresas diferentes.

3. Contra dicha sentencia de suplicación, la representación letrada de los trabajadores demandantes interpone recurso de casación unificadora, formulando dos motivos. Mediante el primero, denuncia que la sentencia recurrida incurre en aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 43.1, 43.2, la Disposición Adicional 15ª y el artículo 56, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 6 párrafo 4º del Código Civil, así como la jurisprudencia interpretativa de dichos preceptos, aportando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de Tribunal Supremo en fecha 16 de junio de 2003 (rcud. 3054/2001). En esta sentencia, dictada como consecuencia de demanda por despido, los trabajadores demandantes suscribieron contratos temporales por obra y servicio determinado con la empresa Difusió Telemarketing Grup, SL (DGT), cuyo objeto era la realización de una campaña de marketing telefónico para atención al cliente

contratada por la empresa Airtel Móvil, S.A., cuya duración estaba en función del contrato mercantil de prestación de atención telefónica suscrito entre ambas empresas. Difusió Telemarketing Grup, SL comunicó a los demandantes el fin de la relación comercial con Airtel Móvil SA, y por ello la finalización del servicio que constituía el objeto de los contratos de trabajo. La sentencia de esta Sala, confirmó la de suplicación, que había declarado improcedentes los despidos, condenando solidariamente a las mencionadas empresas demandadas, al apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, porque la empresa contratante del servicio -Airtel Móvil, S.A.- facilitaba el local adecuado para la ubicación del personal de la empresa Difusió Telemarketing Grup, SL, y también proporcionaba el equipo informático y telefónico empleado en la prestación de servicios, además de que la empresa principal realizaba el control y supervisión del trabajo desempeñado por los demandantes "mediante monitorizaciones, en el que se otorgan puntuaciones por parte de AIRTEL y por parte de DTG".

4. En el segundo motivo de recurso, interesando el reconocimiento de una mayor antigüedad a efectos de la indemnización por despido, la parte recurrente denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo establecido en los artículos 25 y 26 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con lo artículos 43.1 y 43.2 del mismo texto legal por lo manifestado en el motivo anterior, aportando para el contrato la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 (rcud. 2748/2007 ). En el supuesto resuelto por esta sentencia, el demandante suscribió el 1 de julio de 1999 un contrato con "Adecco Trabajo Temporal, S.A." para prestar servicios en "Unión Eléctrica de Canarias, S.A.". Dicho contrato finalizó el 30 de septiembre de 1999. El 1 de octubre de 1999, el demandante y la empresa mencionada en primer lugar suscribieron un nuevo contrato de puesta a disposición, siendo otra vez la empresa usuaria "Unión Eléctrica de Canarias, S.A.". Este segundo contrato duró hasta el 30 de junio de 2003, percibiendo el demandante prestaciones por desempleo entre el 1 y el 27 de julio de 2003. El 28 de julio de 2003, el demandante suscribió un contrato con "Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal, S.A." de puesta a disposición para "Endesa Distribución Eléctrica SL para

obra o servicio determinado, hasta que la citada empresa de trabajo temporal le notificó el despido con efectos de 20 de junio de 2006. La sentencia de contraste estimó en parte el recurso del demandante, manteniendo la improcedencia del despido y calculan una indemnización desde la fecha del primer contrato, condenando solidariamente a su abono a "Endesa Distribución Eléctrica SL" y a "Randstad Empleo, Empresa de Trabajo Temporal, S.A.".

SEGUNDO.- 1. Las partes recurridas, al impugnar el recurso, niegan que entre las sentencias comparadas se dé la necesaria contradicción, afirmación que comparte el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

2. Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS); y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); 28 de

febrero de 2006 (Rec. 5343/2004); 15 de septiembre de 2008 (Rec. 1126/2007) y 24 de septiembre de 2008 (Rec. 1523/2007), que han interpretado el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, de igual redactado que el ya señalado artículo 219.1 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

TERCERO.- 1. Con respecto al primero y principal punto de contradicción, es decir la existencia de despido y calificación como improcedente por la también alegada existencia de cesión ilegal entre la UTE y la Agencia Tributaria, al que se refiere el primero de los motivos del recurso, con aportación de mencionada sentencia de contraste de esta Sala de 16 de junio de 2003 (rcud. 3054/2001 ), conviene señalar, que si bien es cierto que las dos sentencias comparadas resuelven supuestos de despido por cesión ilegal, con sentencia estimatoria en el caso de la contraste y desestimatoria en el caso de la recurrida, y existen algunas similitudes, lo cierto es, que la apreciación judicial probatoria a la que se ha llegado en los dos casos es muy distinta, y seguramente es por esta circunstancia, que la parte recurrente, en su escrito de recurso, analiza la documentación obrante en las actuaciones con cita concreta de folios, en un vano intento de revisar los elementos fácticos de la sentencia recurrida lo que, como es sabido, no tiene cabida en el recurso de casación unificadora. En este sentido es reiteradísima la doctrina jurisprudencial : "Conviene recordar que es doctrina unificada de la Sala que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (sentencias de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 18 de febrero de 2003 (R. 597/2002), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 28 de febrero de 2005 (R. 1591/2004), pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho

como si de forma indirecta (sentencia de 9 de febrero de 1.993 (R. 1496/1992), 19 de abril de 2004 (R. 4053/2002), 7 de mayo de 2004 (R. 4337/2002), 3 de junio de 2004 (R. 2106/2003)).

2. Ya se ha destacado en el fundamento jurídico anterior la autonomía y sustantividad propia de la campaña contratada en el caso de la sentencia recurrida, constando, asimismo, que era la empresa contratista la que realizaba la dirección y control del trabajo de los demandantes, pues era dicha empresa la que emitía las órdenes, acordaba las vacaciones y controlaba la actividad a desarrollar, sin perjuicio de la intervención de la Administración tributaria demandada, debido a la confidencialidad de las funciones desarrolladas, desempeñando su trabajo los demandantes bien en las oficinas de la empresa bien en las de la Agencia Tributaria. Por el contrario, en el supuesto resuelto en la sentencia de contraste, era la empresa principal la que realizaba el control y supervisión del trabajo realizado, y la que aportaba los elementos esenciales para el desarrollo del mismo, tales como el local y el equipo telefónico e informático necesarios para la ejecución de las tareas de información y captación de clientes. De ahí, que en este caso la sentencia de contraste apreciara la existencia de cesión ilegal, y la sentencia recurrida, en el caso que resuelve, niegue dicha existencia, ante datos de tanta relevancia jurídica como los expuestos.

3. En definitiva, se trata de dos sentencias que, en sendos supuestos particulares y concretos, adoptaron decisiones de signo diverso, con relación a la figura de "cesión ilegal" del trabajadores, en atención a las respectivas circunstancias acreditadas en cada uno de los procesos con respecto a dicha figura, por lo cual no puede hablarse de discrepancia doctrinal alguna que precise de unificación.

4. En cuanto a la segunda materia de contradicción, a que se refiere el también segundo de los motivos de recurso, formulado en orden a conseguir una mayor indemnización por despido, como destaca el Ministerio Fiscal, en su preceptivo

informe, carece de virtualidad, al estar íntimamente vinculado al éxito del primero, decaído, como se ha razonado. Pero, es que además, y en cualquier caso, tampoco se aprecia la contradicción necesaria entre la sentencia recurrida y la invocada para el contraste de esta Sala de fecha 19 de febrero de 2009, si se advierte, que en el supuesto allí contemplado se declararon fraudulentos los contratos de puesta a disposición celebrados, por estar dirigidos a atender necesidades permanentes de la empresa, estableciéndose por ello la antigüedad desde el primer contrato a efectos de indemnización por el despido. En sentido contrario se expresa la sentencia recurrida, que no estima fraudulentos los contratos celebrados por la UTE con los trabajadores demandantes, al estar delimitado su objeto con la suficiente precisión, haberse acreditado la autonomía y sustantividad propia de la actividad contratada, y sin que por otra parte se haya acreditado la continuidad con la relación anterior, al tratarse de relaciones distintas con nuevas empresas.

CUARTO.- 1. Los razonamientos procedentes conllevan -de conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores demandantes, sin que proceda pronunciamiento sobre costas.

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

FALLO: Que debo desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado D. José Luis Rubayo García de la Pastora, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Jacinta, D. Abilio, D. Demetrio y D<sup>a</sup> Virtudes, y por el Letrado D. Julián Rubio Ares, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Diana, D<sup>a</sup> Ofelia y D<sup>a</sup> Amelia, contra la sentencia dictada el día 11 de noviembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación 3363/2011, que a su vez había sido formulado frente a la sentencia que, con fecha 14 de septiembre de 2010, pronunció el Juzgado de lo Social número 13 de los de



Madrid, en los autos número 547/2010, seguidos por despido, a instancia de los mencionados recurrentes contra UTE QUALITEL SITEL IBERPHONE, AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA y ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional 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.

**16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ENERO DE 2009**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2007 el Juzgado de lo Social de Pontevedra nº 2 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimó la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de Galicia de Comisiones Obreras, contra la empresa José Lantero e Hijos, SA, Nortempo ETT SA, y Flexiplan ETT SA, absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El sindicato Comisiones Obreras es un sindicato con implantación en el sector de artes gráficas en el sector de empresas de trabajo temporal y específicamente en la empresa demandada José Lantero e Hijos SA, empresa dedicada a la fabricación de embalajes de cartón. SEGUNDO.- En reunión de fecha 16-09-05 el Comité de empresa acordó ejercer acciones en lo relativo a la percepción

de la prima de producción por los trabajadores de las empresas de trabajo temporal.

TERCERO.- El presente conflicto afecta a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal codemandadas que prestan servicios en la empresa codemandada José Lantero e Hijos SA.

CUARTO.- Los trabajadores de las codemandadas Nortempo ETT SA y Flexiplan ETT SA, perciben las retribuciones establecidas por convenio colectivo, las cuales comprenden los siguientes conceptos; salario base, complementos de antigüedad, de menor calificación profesional, de toxicidad y de nocturnidad, paga de participación en beneficios, gratificaciones extraordinarias, complemento lineal del convenio.

QUINTO.- Los trabajadores de José Lantero e Hijos SA, perciben además de los anteriores conceptos, los previstos en los acuerdos entre dicha empresa y el comité de empresa que constan en la documental aportada y que se tienen por reproducidos, relativos a premios de absentismo trimestral, premio ahorro de papelote anual, primas de producción calidad, premios de puntualidad y asistencia mensual, los cuales no son abonados a los trabajadores que prestan servicios a través del contrato de puesta a disposición.

SEXTO .- La parte actora solicitó la intervención de la comisión mixta paritaria de interpretación del convenio colectivo acerca de si los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal tenían derecho a percibir también tales conceptos. La citada comisión contestó al sindicato accionante que; "se da por cumplimentado el trámite de comunicación de la existencia del convenio colectivo a la comisión mixta del convenio colectivo de la misma forma que se manifiesta que el fondo del asunto se extralimita de los pronunciamientos que pudo realizar la misma, ya que no se trata de una interpretación de la norma laboral consensuada".

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de julio de 2006 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social número uno de Pontevedra en autos nº 417/06 , en la cual se estimó la excepción de falta de legitimación activa de la demandante sin entrar en el fondo del asunto.

OCTAVO.- Se intentó sin avenencia respecto de Flexiplan ETT SA, y sin efecto respecto de Nortempo ETTSA y José Lantero e Hijos SA el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Sindicato Nacional de Galicia de Comisiones Obreras ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia la cual dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 2007 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por el Sindicato Nacional de Galicia de Comisiones Obreras, contra la sentencia, dictada por la Sra. Magistrado Juez de lo Social, Sustituta, nº 2 de Pontevedra, en fecha 27 de junio de 2007; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma".

CUARTO.- Por la representación procesal del Sindicato Nacional de Galicia de Comisiones Obreras se preparó recurso de casación para unificación de doctrina.

QUINTO.- Admitido a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó el informe que obra en autos, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de enero de 2009, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para unificación de doctrina, que se interpone frente a la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social de Galicia en procedimiento de conflicto colectivo, versa sobre la retribución que corresponde percibir a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal (ETT) mientras se encuentran cedidos en la empresa usuaria.

El conflicto tiene su origen en la decisión de las empresas de trabajo temporal "Nortempo ETT S.L." y Flexiplan S.A. ETT" consistente en abonar a sus trabajadores cedidos a la empresa "José Lantero e Hijos S.A.", los conceptos retributivos

establecidos en el Convenio Colectivo de Artes Gráficas aplicable a esta última, pero no "los previstos en los acuerdos entre dicha empresa y el comité de empresa (. . .) relativos a premios de absentismo trimestral, premio ahorro de papelote anual, primas de producción calidad, y premios de puntualidad y asistencia mensual" (hechos probados 4º y 5º de la sentencia recurrida).

El precepto que está en la base del conflicto colectivo es el art. 11. 1 de la Ley 14/1994 que, en la redacción establecida en la Ley 29/1999, de 1 de junio, dice así:

"Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos 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 a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador. A tal efecto, la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador".

Previsión que, por cierto, recoge el art. 5.1 de la Directiva 2008/104 del Parlamento y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal al establecer que "las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria, serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto".

SEGUNDO.- En el caso, el Comité de empresa de la codemandada, "José Lantero e Hijos S.A." dedicada a la fabricación de embalajes de cartón, acordó plantear conflicto colectivo en defensa de los trabajadores de las empresas de trabajo

temporal ya citadas, que prestan sus servicios en aquella; conflicto que fue interpuesto por el sindicato Comisiones Obreras (CC.OO) que cuenta con implantación en aquella empresa.

Las pretensiones deducidas en el conflicto, fueron dos: A) Que se declare "la obligación de "José Lantero e Hijos S.A." de determinar, al formalizar los contratos de puesta a disposición, la totalidad de las retribuciones que tienen derecho a percibir los trabajadores de su plantilla que ocupen puestos objeto de contratación, sean o no parte de la estructura salarial establecida en el Convenio Colectivo sectorial aplicable a ésta". B) Que se declare igualmente que los trabajadores cedidos por las ETT "tienen derecho a percibir la totalidad de las retribuciones que perciban los trabajadores de la empresa usuaria, sean o no parte de la estructura salarial establecida en el Convenio Colectivo sectorial aplicable a ésta".

La sentencia del Juzgado desestimó la demanda por considerar que los trabajadores cedidos solo tenían derecho a percibir la retribución fijada en el Convenio, pero no la superior acordada en el pacto colectivo. Y frente a ella interpuso CC.OO recurso de suplicación denunciando la infracción del art. 11 de la Ley 14/1994.

La sentencia dictada el 19 de octubre de 2.007 (rec. 4341/07) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que comparte la tesis de la de instancia, desestimó el recurso y confirmó el pronunciamiento del Juzgado. Razona esta sentencia que los acuerdos colectivos elaborados sobre materias concretas tienen, ex. Art. 83. 1 y 3 ET, el ámbito de aplicación que las partes acuerden; y en consecuencia, al haberse pactado los nuevos conceptos retributivos solo para los trabajadores propios de la empresa "José Lantero e Hijos S.A.", carecen de derecho a percibirlos los trabajadores de las ETT.

Frente a dicha sentencia interpone CC.OO recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como referencial la dictada el 28 de junio de

2.002 (rec. 161/2002) por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra que es firme. El recurso ha sido impugnado por "Nortempo ETT S.L.", pero no por la empresa usuaria. Y hay que entender que lo impugna también la codemandada "Flexiplan S.A. ETT" -- pese a que el correspondiente escrito aparece formalizado a nombre de la empresa "Eulen S.A." que no es parte en este proceso -- puesto que la letrada que lo ha presentado tiene acreditada en autos, mediante la correspondiente escritura de apoderamiento, la representación de "Flexiplan S.A., ETT" y en dicho escrito se identifica correctamente tanto la sentencia recurrida como la de instancia, así como el número del procedimiento del Juzgado y el del recurso de suplicación; todo lo cual autoriza a entender que solo se ha producido un error en la identificación nominal de la empresa. El Ministerio Fiscal, por su parte, informa en el sentido de considerar procedente el recurso.

TERCERO.- En el caso resuelto por la sentencia referencial, el conflicto colectivo fue interpuesto por el Comité de Empresa de "Dura Automotive S.A.", contra ésta como empresa usuaria y contra las empresas de trabajo temporal "Adecco TT S.A." y "Select RR.HH. ETT S.A." que tenían trabajadores prestando servicios en aquella. La pretensión entonces deducida fue que se declarara la obligación por parte de "Dura Automotive S.A." de consignar, en los contratos de puesta a disposición de todo el personal que durante el año 2.000 ha venido prestando servicios en la misma cedidos por dichas ETT, las retribuciones que para el año 2.000 se establecen en el pacto de empresa suscrito con la representación de los trabajadores con condena de las codemandadas a estar y pasar por esta declaración.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda, tras declarar probado, en lo que interesa para el presente debate, que desde el año 1999 existe un pacto de empresa en "Dura Automotive S.A." que establece retribuciones superiores a las del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica que es el aplicable a dicha empresa usuaria; y que tales retribuciones superiores no fueron satisfechas en el año 2.000 a

los trabajadores de las ETT, que perciben solo las previstas en el citado Convenio Colectivo.

La sentencia referencial, previo rechazo de las revisiones fácticas que se postulaban, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por "Dura Automotive S.A.", en el que denunciaba la infracción del art. 11 de la Ley 14/1994 , redacción de la Ley 29/1999, en relación con los arts. 3.1, a) y b) del Estatuto de los Trabajadores y 1.281 y siguientes del Código Civil. Para ello, tras un detenido análisis de la Exposición de motivos de la Ley 29/1999 y de las previsiones del artículo 11 de la Ley 14/1994, llegó a la conclusión de que los trabajadores de las ETT tienen derecho a percibir, mientras prestan servicio en la empresa usuaria, no solo las retribuciones fijadas en el Convenio Colectivo aplicable en ésta, sino también las superiores establecidas en el acuerdo colectivo pactado en dicha empresa. Y concluyó que "en consecuencia, la empresa "Dura Automotive S.A." debió consignar en los contratos del personal que durante el año 2.000 prestó servicios para la misma cedidos por las Empresa de Trabajo Temporal, las retribuciones establecidas en el Pacto de Empresa suscrito con sus trabajadores".

CUARTO.- Concorre por consiguiente, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL, pues nos encontramos ante dos conflictos colectivos iguales en hechos y fundamentos, y planteados con idéntica finalidad: obtener, mediante una interpretación del art. 11.1 de la Ley 14/1994 favorable a los demandantes, una sentencia declarativa de cuáles deben ser las retribuciones a percibir por los trabajadores de las ETT, para que estos puedan interesar luego, en un eventual y posterior proceso ordinario, la condena de las ETT al pago de las diferencias entre el salario realmente abonado y el superior que debieron percibir.

Resultan irrelevantes a efectos de contradicción, y así lo destaca el Ministerio Fiscal en su detallado informe, las circunstancias que enumeran las ETT codemandadas en sus escritos de impugnación. Y ello porque:

A) Que las actividades que realizan, en cada caso, las empresas usuarias sean distintas y también los Convenios sectoriales aplicables, son circunstancias que ningún interés presentan para el debate. Lo verdaderamente relevante, y coincidente en ambos casos, es que las ETT abonan a los trabajadores cedidos exclusivamente los salarios previstos en dichos Convenios, pero no los superiores que sí satisfacen a sus propios trabajadores las empresas usuarias.

B) Que en el caso de la referencial conste probado que la empresa usuaria hubiera abonado en años anteriores al 2.000 y a trabajadores de otras ETT, las retribuciones superiores establecidas en el pacto de empresa, y ese dato no aparezca en la recurrida, carece de trascendencia. Pues se trata de una circunstancia que no ha sido tenido en cuenta por la sentencia referencial a la hora de resolver, seguramente porque ningún derecho fundado en ella podía alegarse en el año 2.000 a favor de los nuevos trabajadores cedidos y pertenecientes a otras ETT distintas.

C) Que en la referencial se denomine "pacto complementario al Convenio Colectivo" al que estableció las retribuciones superiores, y en la recurrida se le identifique como "acuerdo entre la empresa y el comité de empresa", en modo alguno rompe la homogeneidad. Pues es claro que todo acuerdo o pacto colectivo en el seno de una empresa que se limite a mejorar las retribuciones del Convenio aplicable resulta claramente complementario de éste.

D) Finalmente, que las pretensiones deducidas en uno y otro caso, no sean sustancialmente iguales en un plano puramente formal, no obsta a la existencia del presupuesto del art. 217 LPL. Es cierto que la demanda que dio origen a estos autos



contiene dos pretensiones declarativas: una, que los superiores salarios pactados por la empresa usuaria debieron ser consignados por ésta en el contrato de puesta a disposición, y otra, que la retribución que tienen derecho a percibir los trabajadores de las ETT cedidos a la usuaria debe comprender los superiores salarios establecidos en el pacto colectivo. Y también que la referencial contiene solo la primera pretensión.

Pero ello no rompe la identidad sustancial, ya que, como hemos dicho, la finalidad perseguida en ambos conflictos era la misma: obtener sentencias declarativas que respaldaran posteriores pretensiones de condena planteadas por los trabajadores afectados. Y es claro que con la única pretensión deducida en la referencial también se posibilita a los trabajadores cedidos el acceso al procedimiento ordinario para instar la condena de la ETT que los emplea al pago de los salarios superiores, que es lo realmente pretendido en ambos casos; prueba de ello es que en la referencial el debate de suplicación se centró, al igual que en este caso, en la interpretación del art. 11.1 de la ley 14/1994 y del alcance de sus previsiones respecto del abono del salario.

QUINTO.- En el plano de las infracciones jurídicas CC.OO. aduce las de los artículos 11 de la Ley 14/1994 y 15.6 del Estatuto de los Trabajadores y de la sentencia de esta Sala de 25-9-02 (rcud. 70/2002 ).

La cuestión planteada ya ha sido unificada por esta Sala, no solo en la sentencia invocada de 25-9-02 sino también en la más reciente de 7-2-2007 (rec. 104/2005), con doctrina que es plenamente aplicable al caso. Las razones que condujeron a ella, pueden resumirse así:

1) La exposición de motivos de la Ley 29/1999, que ha dado nueva redacción al art. 11 de la Ley 14/1994 ha expresado con claridad que la finalidad de esta reforma legal es lograr que el recurso a la mano de obra de las ETT sea efectivamente "un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria" y no, como

venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, "un medio de reducir costes salariales".

2) En consecuencia, la mención del art. 11 de la Ley 14/1994 al "convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria", no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria.

3) De no ser así, el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa.

SEXTO.- La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a concluir que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que la ha aplicado correctamente. Pues si de acuerdo con ella, los trabajadores cedidos tienen derecho a percibir, no solo las retribuciones fijadas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria sino el salario total que ésta abona a sus propios trabajadores, es claro que por respeto a ese derecho la empresa usuaria está obligada, por mandato del art. 11.1 de la Ley 14/1994 a "consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador"; y de ahí, la primera pretensión de la demanda.

No obstante procede hacer las siguientes puntualizaciones para rebatir las alegaciones que se formulan en los escritos de impugnación y precisar el contenido de nuestro pronunciamiento:

A) El que el art. 11.1 de la Ley 14/1994 -- tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total -- establezca "una garantía de mínimos" como alegan las impugnantes no excluye la obligación de abonar "la retribución total" que satisface la empresa usuaria; al contrario, lo que permite el precepto es que incluso tales retribuciones totales puedan ser superadas por pacto entre la ETT y sus trabajadores.

B) La obligación de abono se extiende, no solo a los conceptos salariales en sentido estricto, sino a todo tipo de "retribuciones", que es el concepto más amplio que emplea el art. 11.1 de la Ley 14/1999. Y ello llevó a la sentencia ya citada de 7-2-07 a calificar como tal una "compensación por ayuda alimentaria", tras razonar que la obligación de abono alcanza a "las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral", pero no, como es lógico, a las "mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial", ni tampoco a las "indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral". Nuestra sentencia extendió tal obligación incluso a "las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo", pero porque ello se deducía del Convenio Colectivo aplicable en aquel caso.

C) Se afirma que "las cantidades reclamadas no están vinculadas a un determinado puesto de trabajo, sino que se trata de primas de producción vinculadas a cada una de las máquinas, que tampoco todas ellas están sujetas a prima". Se trata de una afirmación que no tiene respaldo alguno en el relato fáctico, además de que se hace con carácter general y sin especificar qué concretos conceptos retributivos, de entre los especificados en la demanda de conflicto están vinculados a cada una de las máquinas (no parece que los premios por absentismo, puntualidad y asistencia puedan estar vinculados a una máquina).

La impugnante en apoyo de tal afirmación transcribe, subrayándola para darle mayor énfasis, la siguiente expresión de nuestra sentencia de 7-2-07 : "la garantía del artículo 11 de la LETT no se aplica a un complemento no salarial no vinculado al puesto de trabajo". Pero olvida que se trata de una cita que dicha sentencia hace de la anterior de 18-3-2004 (rec. 23/2003) en la que lo discutido -- y rechazado -- fue si los trabajadores cedidos tenían derecho a percibir el complemento de incapacidad temporal que cobraba el personal de la empresa usuaria.

En todo caso, de ser cierto que algunos de los conceptos señalados en la demanda solo se perciben por los trabajadores que prestan servicios en tales máquinas, es claro que estos deberán abonarse exclusivamente a los trabajadores de las ETT que los desempeñen, como claramente dispone el art. 11.1 al aludir a "la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar"; y como también se reclama en la primera pretensión de la demanda, al pedir para dichos trabajadores, "la misma retribución que tienen derecho a percibir los trabajadores de su plantilla que ocupen puestos objeto de contratación"; expresión que, como es lógico, debe entenderse referida a cada puesto concreto. Y en ese concreto sentido debe entenderse y aplicarse el fallo que vamos a emitir, en congruencia con la pretensión deducida.

D) La impugnante "Flexiplan S.A. ETT" (formalmente "Eulen S.A.") hace, además, una lectura sesgada de nuestra sentencia de 18-3-04 (rcud. 23/2003) de la que transcribe algunos párrafos, para afirmar, sin más explicaciones, que "resolvió favorablemente el supuesto enjuiciado que permitía aplicar un trato diferenciado en materia salarial entre determinado colectivo de la empresa usuaria y aquellos empleados de la ETT cuando existían circunstancias objetivas que así lo determinasen".

Olvida con ello que en aquel caso se debatían pretensiones que nada tienen que ver con las deducidas en éste proceso. Pues de un lado, se discutía el derecho de los

trabajadores de la ETT a percibir una mayor retribución que la que el Convenio Colectivo de la empresa usuaria establecía para todos los trabajadores fijos "durante los tres primeros años de su contratación"; pretensión que la sentencia rechaza porque el art. 11 de la Ley 14/1994 no ampara tal pretensión. Y de otro, se reclamaba el pago de un complemento de incapacidad temporal previsto en el art. 64 del Convenio Colectivo, lo que lógicamente denegó la sentencia por tratarse de una percepción no retributiva.

SEPTIMO.- Por todo lo dicho resulta obligado que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 226.2 LPL y con el precedente informe del Ministerio Fiscal, estimemos el recurso de casación para la unificación de doctrina, casemos y anulemos la sentencia recurrida, y resolvamos el debate de suplicación en términos ajustados a la buena doctrina; lo que conduce a estimar el recurso de tal clase interpuesto en su día por CC.OO y, consecuentemente, también su demanda, con la matización ya señalada. Sin costas (art. 233.2 LPL).

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

#### FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el sindicato Comisiones Obreras frente a la sentencia dictada el 19 de octubre de 2.007 (rec. 4341/07) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate de suplicación, revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, y, con estimación de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por dicho sindicato, declaramos: a) la obligación de la empresa "José Lantero e Hijos S.A." de consignar en los contratos de puesta a disposición, la totalidad de las retribuciones que tienen derecho a percibir los trabajadores de su plantilla que ocupen puestos objeto de contratación, sean o no dichas retribuciones parte de la estructura salarial establecida en el Convenio Colectivo sectorial aplicable a ésta; y b) que los trabajadores cedidos por las ETT en

la citada empresa tienen derecho a percibir la totalidad de las retribuciones que perciban los trabajadores de la empresa usuaria, en las mismas condiciones y circunstancias que éstos, sean o no parte de la estructura salarial establecida en el Convenio Colectivo sectorial aplicable a ésta. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, 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.

**17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2004**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2.002, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gerona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Acojo las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva expuestas en los fundamentos de derecho 3 y 4, los cuales llevan inherente la solución, estimo parcialmente la demanda interpuesta por Agustín contra NESTLE ESPAÑA S.A. y condeno la empresa a computar, a efectos del art. 48 bis del convenio colectivo de empresa, las horas teóricas y ausencias de los trabajadores de ETT que presten servicios a la empresa a primeros de mes."

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El Comité de Empresa de Nestlé España SA formuló solicitud a la empresa para que el art. 48 bis del Convenio Colectivo de empresa fuese abonado a los trabajadores de

ETT de igual forma que se abona a los de la plantilla, y para que a la fórmula de cálculo se incluyeran las horas -teóricas y no trabajadas- de los trabajadores de ETT-

2º.- No aceptada la pretensión, se formuló papeleta de conciliación en fecha 29-5-01, y se llevó a término el acto el día 08-06-01 con el resultado de 'Sin Avenencia'.- 3º.- La parte actora ha formulado igual pretensión respecto a las ETT siguientes, Eurofirms ETT SL, Adecco ETT SA y Vedior Laborman ETT SA, y el resultado ha sido desfavorable.- 4º.- El arte. 48 bis del Convenio Colectivo de empresa dispone: 'INCENTIVO PARA LA REDUCCION DEL ABSENTISMO.- 1) Si el absentismo global por todos los conceptos de enfermedad, accidentes de trabajo, maternidad, lactancia, licencias retribuidas, permisos sin retribuir, retrasos y ausencias no justificadas, es reducido a los porcentajes que se detallan a continuación, el personal obrero de la fábrica y el empleado hasta el nivel 11 percibirá las cantidades que se relacionan a continuación: - Si el índice de absentismo de cada mes, no sobrepasa el 5'5% la cantidad de 328 ptas. por día efectivamente trabajado durante dicho mes.- Si el índice de absentismo de cada mes, no sobrepasa el 4'5%, la cantidad de 492 ptas. por día efectivamente trabajado durante dicho mes.- Si el índice de absentismo de cada mes, no sobrepasa el 4%, la cantidad de 655 ptas. por día efectivamente trabajado durante dicho mes.- Si el índice de absentismo de cada mes, no sobrepasa el 3'5%, la cantidad de 820 ptas. por día efectivamente trabajado durante dicho mes.- Si el índice de absentismo de cada mes, no sobrepasa el 3%, la cantidad de 984. por día efectivamente trabajado durante dicho mes.- 2) Para la determinación de estos índices de absentismo, se tendrán en cuenta la totalidad de las ausencias que se produzcan por los conceptos antes expresados, por lo que también se computarán en ellos las ausencias que excluye el segundo párrafo, de la letra d, del artículo 52, del Estatuto de los trabajadores.- 3) A estos efectos, se computarán como días efectivamente trabajados 21 días cada mes, (en los cuales quedan prorrateadas las vacaciones y los días de regularización de jornada).- 4) Para determinar los días efectivamente trabajados en los meses en que se hubieran producido ausencias por cualquier causa, se descontarán del citado número de 21 días los días laborables de ausencia, según el calendario individual correspondiente.- 5) No tendrá derecho a percibir ninguna cantidad el que estuviera ausente el mes entero.- 6) Los días laborables de vacaciones según el calendario individual correspondiente tendrá

también, a estos efectos, la consideración de días efectivamente trabajados'.- 5º.- La empresa Vedior Labormar ETT SA dejó de aportar trabajadores a la empresa Nestlé España SA en noviembre del año 2000"

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 11 de febrero de 2.003, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de Empresa de la entidad Nestlé España S.A. y, estimando el de NESTLE ESPAÑA, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Girona, dictada el 13 de febrero de 2002 en los autos nº 516/01, seguidos a instancia del COMITE DE EMPRESA de Nestlé España S.A., y en los que también han sido parte ADECCO T.T., EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, EUROFIRMS ETT, S.L. y VEDIOR LABORMAN ETT, S.A. debemos revocar y revocamos a la sentencia y, desestimando la demanda inicial, debemos absolver y absolvemos íntegramente a la empresa de los pedimentos de la misma, debiendo procederse a devolver el depósito dado para recurrir".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Agustín, DIRECCION000 del Comité de Empresa de Nestlé España S.A. en Gerona el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 7 de abril de 2.003, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de abril de 2.001.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2.003, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.



QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 20 de abril de 2.004, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por el Comité de Empresa de Nestlé España, S.A., Fábrica de Girona, se planteó demanda de conflicto colectivo en la que se formulaban dos pretensiones. La primera se refería al reconocimiento del derecho de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal que prestan servicios en la empresa usuaria Nestlé a percibir el incentivo para la reducción del absentismo previsto en el artículo 48 bis del convenio colectivo de ésta empresa. La segunda postulaba que se computaran a efectos del cálculo del importe del incentivo las horas teóricas correspondientes a estos trabajadores.

El referido artículo 48 bis del convenio colectivo de Nestlé España, S.A., Fábrica de Girona, transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución, contiene un sistema de incentivo para la reducción del absentismo de manera que si el global de la empresa se ve reducido a los porcentajes que en el mismo se indican, se percibe por el personal obrero de la fábrica y el empleado hasta el nivel 11 una cantidad variable en función de dicho porcentaje, que oscila entre 328 ptas. por día trabajado si el absentismo en el mes no supera el 5.5%, hasta 984 ptas. cuando la cifra es del 3%. Para el cálculo de tales porcentajes, la empresa usuaria no tiene en cuenta las horas realizadas por los trabajadores en misión de las empresas de trabajo temporal.

El Juzgado de lo Social número 2 de los de Girona, resolvió el conflicto en sentencia de 13 de febrero de 2.002 en la que se estimó parcialmente la demanda, condenando únicamente a la empresa Nestlé S.A. a computar las horas teóricas y las ausencias de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal que presten servicios en ella a primeros de mes, a los efectos del cálculo del incentivo para la reducción del absentismo. Con ello, se absolvía a las tres empresas de trabajo temporal también demandadas y se acogía la excepción de falta de legitimación activa del Comité de Empresa para el ejercicio de la primera de las pretensiones formuladas en la demanda, relativa al derecho de los trabajadores de ETT a percibir el incentivo.

Recurrida la sentencia de instancia en suplicación tanto por el Comité demandante como por la empresa Nestlé, S.A., la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 11 de febrero de 2.003 desestimó el recurso del demandante y estimó el de la empresa, rechazando finalmente de manera íntegra la demanda. Para ello, la Sala de suplicación afirma en primer lugar, aplicando el artículo 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que el Comité de Empresa de Nestlé S.A. carece de legitimación activa para formular demanda de conflicto colectivo en la que se contengan, como en este caso, pretensiones de naturaleza retributiva o salarial en favor de los trabajadores en misión y frente a la empresa usuaria, que no viene obligada al pago del salario. Por tanto, la sentencia de suplicación no hizo pronunciamiento alguno sobre de fondo sobre la existencia del derecho de los trabajadores de ETT al pago del discutido devengo.

En segundo término, para estimar el recurso de la empresa, la Sala de lo Social de Cataluña razonó que la interpretación del artículo 48 bis del convenio conducía a entender que éste únicamente se refiere a los trabajadores de la empresa Nestlé, de manera que sólo es posible atender -se dice literalmente en aquélla- a las horas teóricas trabajadas por quienes se encuentran incluidos en el mismo, puesto que es

respecto de ellos de quienes se pretende reducir las ausencias. Con ello, se rechazaba la segunda de las pretensiones de la demanda de conflicto colectivo.

SEGUNDO.- Recurre ahora el Comité de Empresa demandante en casación para la unificación de doctrina construyendo el recurso sobre dos motivos. En el primero de ellos se denuncia como infringido el artículo 17 de la ley 14/1994, en relación con la legitimación activa del demandante para promover conflicto colectivo frente a la empresa usuaria Nestlé S.A., en cuyo centro o fábrica de Girona dicho Comité tiene legalmente atribuida la representación unitaria de los trabajadores. En el segundo, se denuncia la infracción del artículo 11 de dicha norma, en redacción dada por la Ley 29/1999, para que se retribuya con la prima de absentismo también a los trabajadores en misión de las empresas de trabajo temporal.

Para ambos motivos, se invoca como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de abril de 2.001, que es firme, según se desprende de la diligencia extendida por la Secretaria de esta Sala en fecha 8 de mayo de 2.003. Sentencia que, por otra parte, se tuvo como de contraste también en el recurso 8/70/2002, que finalizó con sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 2.002. En dicha sentencia de contraste se resuelve por la Sala de Madrid sobre la demanda también de conflicto colectivo formulada por el Comité de empresa de TEKA INDUSTRIAL S.A., centro de trabajo en Alcalá de Henares (Madrid), en el que en 14 de abril de 1.999 los representantes de la empresa y de los trabajadores en ese centro suscribieron un Acuerdo por el que regulaban la jornada de trabajo, el horario, las vacaciones, licencias retribuidas, visitas a especialistas médicos y al médico de cabecera, los permisos oficiales y las licencias no retribuidas, los salarios y revisiones, el plus de productividad, la carencia de incentivo, el plus transporte, la prima de asistencia, la actividad de tablas salariales, las horas estructurales, las prendas de trabajo, el complemento por IT, el seguro de vida, la jubilación, la adquisición de productos de la empresa, los derechos y garantías sindicales, y la adaptación al euro. Este Acuerdo fue firmado por los cinco

integrantes del Comité de la Empresa. Por otra parte, TEKA INDUSTRIAL S.A. tenía suscritos distintos contratos de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal, a cuyos trabajadores en misión puestos a disposición de la empresa usuaria, la empresa de trabajo temporal aplicaba las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad de Madrid y no el anterior Acuerdo. Tras la entrada en vigor de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que modificó la Ley 14/1994, de 1 de junio, la empresa de trabajo temporal abonó a esos trabajadores durante dos o tres meses el salario fijado en dicho Acuerdo, pero luego dejó de hacerlo y volvió a aplicar el anterior Convenio del metal. En la demanda interpuesta por el referido Comité de Empresa se pedía una remuneración igual para los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en misión, de forma que se les aplicase también el Acuerdo Colectivo de abril de 1999 en su integridad. La sentencia de instancia estimó la demanda y reconoció el derecho postulado, condenando a las empresas demandadas, la de trabajo temporal y la usuaria, a estar y pasar por tal reconocimiento. La sentencia de la Sala de Madrid invocada de contraste y que ahora se analiza, examinó en primer término la legitimación activa del Comité demandante, a la luz del artículo 17 de la Ley 14/1994, llegando a la conclusión de que sí la tenía para interponer la demanda de conflicto colectivo, pues no cabe -se dice en ella- una interpretación restrictiva del precepto que impida que éste cumpla su finalidad de "... dar, mientras dura la relación de trabajo en la usuaria, el mismo régimen de cobertura y defensa a los misionados que a quienes prestan normalmente su trabajo en dicha empresa usuaria." Partiendo de esa afirmación, se rechazaban después los recursos de las empresas usuaria y de trabajo temporal por estimar que el referido precepto obligaba a retribuir de igual manera y con el mismo instrumento regulador de las relaciones de trabajo de la empresa principal, sea convenio estatutario o no, a los trabajadores en misión de la empresa de trabajo temporal.

De la descripción del contenido de la sentencia de contraste se desprende que, efectivamente, en ella se resuelve, en lo que se refiere al primer motivo del recurso -- la legitimación activa del Comité demandante-- una situación en la que los hechos,

los fundamentos y las pretensiones son sustancialmente iguales a los de la sentencia de contraste, como exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, pese a lo cual se resuelve la controversia de forma contradictoria, pues mientras la sentencia recurrida niega legitimación al Comité demandante, la de contraste entiende justamente lo contrario. Procede por tanto que la Sala entre a conocer de la cuestión suscitada señalando la doctrina que sea ajustada a derecho, advirtiéndole que en caso de que se acogiera la doctrina de la sentencia recurrida como correcta, esto es, si se estimase que el Comité de Empresa recurrente tiene legitimación para interponer la demanda de conflicto colectivo que dio origen a estas actuaciones, no podría hacerse pronunciamiento de fondo sobre el problema retributivo a que se refiere la primera de las pretensiones del conflicto ya que se deberían retrotraer las actuaciones al momento de dictarse la sentencia de instancia para que el Juzgado se pronunciase sobre el fondo de esa cuestión planteada.

En cuanto al segundo de los motivos planteados, debe decirse que entre los hechos, los fundamentos y las pretensiones que sirvieron de base a los pronunciamientos que se comparan se llega a la conclusión de que entre ellos no existe la identidad sustancial que se pretende por los recurrentes. Mientras en la sentencia recurrida se trataba de conocer el alcance y composición de las horas, jornadas y ausencias computables para el cálculo del incentivo relacionado con el porcentaje de absentismo, con las peculiaridades que se desprenden de su propia regulación en el artículo 48 bis del Convenio de la empresa, en la de contraste nada de eso se discute, sino simplemente si el bloque convenido o el sistema de remuneración en bloque, de forma genérica o global, era aplicable a los trabajadores de la empresa de trabajo temporal o no. Por ello, tal y como propone el Ministerio Fiscal y postulan en sus escritos de impugnación del recurso las empresas demandadas, se ha rechazado el motivo que ahora se analiza -el segundo- por falta de la identidad sustancial de los supuestos sobre los que se pronuncian las resoluciones comparadas, tal y como se desprende del citado artículo 217 de la LPL.

TERCERO.- La única cuestión que ha de resolverse entonces en este recurso es la descrita anteriormente sobre la posibilidad jurídica de que el Comité de Empresa demandante formule con plena legitimación una demanda de conflicto colectivo en la que se pretenda que la empresa usuaria asuma determinadas condiciones retributivas de los trabajadores en misión de las empresas de trabajo temporal que prestan servicios en ella y al respecto debe decirse que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida.

El artículo 17.1, párrafo segundo, de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y que el recurrente denuncia como infringido, contempla las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, y dice que "... tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado e) art. 68 Estatuto de los Trabajadores."

De la redacción del precepto se infiere con claridad que los representantes de los trabajadores en la empresa usuaria tienen atribuida la de los trabajadores en misión únicamente en lo que a las condiciones de ejecución de la actividad laboral se refiere, pero no en aquellas reclamaciones que hayan de formular frente a la empresa de la que dependen, como son las referidas al sistema retributivo, pues no cabe ignorar que la relación de trabajo se sostiene únicamente entre la empresa de trabajo temporal y sus trabajadores puestos a disposición, siendo obligación de ésta, tal y como se desprende del artículo 12.1 de la norma citada, el cumplimiento de las obligaciones en materia salarial, aunque su cuantía haya de alcanzar, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio

colectivo aplicable a la empresa usuaria (artículo 11.1 de la Ley en redacción dada, como es sabido, por la Ley 29/1999), tenga naturaleza estatutaria o extra estatutaria, como ha dicho esta Sala en su sentencia antes citada de 25 de septiembre de 2002 (recurso 8/70/2002), y también con independencia de que exista una responsabilidad normalmente subsidiaria (solidaria si el contrato se realiza incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la Ley) respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (artículo 16).

Por otra parte, como acertadamente recuerda la sentencia recurrida, el artículo 17 de la Ley se incardina en el Capítulo IV de la repetida norma, que regula la relación del trabajador de empresa temporal con la empresa usuaria, razón por la que es preciso poner en conexión el artículo 16, que contiene la descripción de las obligaciones de la empresa usuaria, para conocer el alcance de la expresión legal "condiciones de ejecución de la actividad laboral", no pudiendo vincularse éstas al percibo de las retribuciones que, como se ha visto, es responsabilidad única de la titular de la relación de trabajo, esto es, la empresa de trabajo temporal, ya que la posición de la empresa usuaria no viene dada mediante un vínculo directo con el trabajador en misión, sino a través del contrato de puesta a disposición que celebra aquélla con la empresa de trabajo temporal (artículo 6 de la Ley) y por medio del que se produce la cesión del trabajador para la prestación de servicios y su vinculación al poder de dirección y control de la empresa usuaria (artículo 15).

La sentencia recurrida por tanto aplicó el artículo 17 de la Ley 14/1994 de manera adecuada, por lo que ninguna infracción cometió a la hora de confirmar la decisión de instancia que negó legitimación activa al Comité de la empresa Nestlé S.A., Fábrica de Girona, para sostener la repetida pretensión, solución que, por otra parte y como se argumenta acertadamente por la recurrida usuaria, se fortalece con lo dispuesto en el último párrafo del número 1 del referido precepto cuando excluye la

aplicación de los dos primeros párrafos "... a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende".

CUARTO.- En conclusión, procede desestimar también este motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, lo que determina a su vez, tal y como se razonó en el Fundamento Jurídico segundo de esta sentencia, la desestimación íntegra del recurso, oído el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre costas en este procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por COMITE DE EMPRESA DE NESTLE ESPAÑA, S.A. en GERONA, contra la sentencia de 11 de febrero de 2.003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 5537/2002, interpuesto frente a la sentencia de 13 de febrero de 2.002 dictada en autos 516/2001 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gerona seguidos a instancia de D. Agustín, contra Nestlé España, S.A. Eurofirms ETT, S.L., Adecco ETT, S.A. y Vedior Laborman ETT, S.A., sobre Conflicto Colectivo.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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.

**18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2004**



#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2.002, la Federación Minerometalúrgica de CC.OO y FEDERACION METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT (MCA-UGT), presentó un escrito ante la Sala de lo social de la Audiencia Nacional y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación: terminaron por suplicar se dictara sentencia, por la que "1º) El derecho del personal que presta servicios en INDRA EWS y que anteriormente ha trabajado en la ETT o empresa de servicios cedido a INDRA a que en el plazo temporal de tres años con salario inferior consistente en el incremento del 10% sobre el convenio de Metal previsto en los arts. 49.6, 52.2 y 53.2, se compute el tiempo en que han trabajado como empresa usuaria en INDRA EWS cedidos por la ETT o empresa de servicios. 2º) El derecho de todo el personal cedido temporalmente por la ETT o empresa de servicios codemandada a que perciban la retribución general o normalizada correspondiente a su puesto de trabajo, previsto en el Convenio de INDRA EWS y no le es de aplicación por tanto la retribución excepcional prevista exclusivamente para el personal directo de plantilla de INDRA en los arts. 49.6, 52.2 y 53.2. 3º) El derecho de todo el personal cedido temporalmente por la ET o empresa de servicios codemandada a INDRA a percibir como un componente de su retribución el complemento económico de IT previsto en el art. 64 del Convenio Colectivo. Condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 19 de noviembre de 2.002, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo:

FALLO "Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de Atlas, S.A., Empresa de Servicios y la de falta de legitimación activa de las demandantes, desestimamos la demanda absolviendo a los demandados".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º) En la empresa INDRA EWS, con centros de trabajo en diversas Comunidades Autónomas, prestan servicios unos 50 trabajadores a través de contratos de disposición concertados con la entidad ADECCO TT, S.A., 2º) A los trabajadores de la ETT se les aplica en INDRA EWS el salario previsto en el Convenio para los trabajadores de nueva contratación. No se les aplica lo previsto en el art. 74 del Convenio y disconforme con esta situación, la Federación Minerometalúrgica de Comisiones Obreras y la Federación Metal, Construcciones y afines de UGT, han presentado demanda de conflicto colectivo, tras intentar la avenencia, sin efecto, ante el SIMA el 3-6-2000. Se han cumplido las previsiones legales.

QUINTO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso de Casación, ante esta Sala con fecha 25 de marzo de 2.003, amparado en el art. 205, apartado D) de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación de las partes recurridas personadas y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar los recursos "nulos y que se repongan las actuaciones al momento anterior de dictar sentencia". Se declararon conclusos los autos y se señaló día para Votación y Fallo el 11 de marzo de 2.004, quedando la Sala formada por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Como cuestión previa debe examinarse la procedencia de decretar la nulidad de actuaciones solicitada por el Ministerio fiscal en su informe por incongruencia interna de la sentencia recurrida, en concreto entre su fundamento de derecho segundo en donde al examinar la falta de legitimación activa de los Sindicatos ahora recurrentes alegada por los demandados, la desestima llegando a calificar de absurda su alegación, y el fallo en donde no se desestima dicha excepción, sino que se estima, desestimando a continuación la demanda absolviendo a los demandados, extremo éste último, del que además deduce el Ministerio Fiscal, que la sentencia no entra a resolver sobre el fondo del asunto.

No comparte la Sala la petición del Ministerio Público; ciertamente que existe discordancia entre el fallo de la sentencia y su fundamentación jurídica, pero ello más que un supuesto de incongruencia es un caso de error material en la redacción del fallo de aquella, como lo acredita que la sentencia, en su fundamentación jurídica, después de rechazar la excepción referida, analiza, en los siguientes fundamentos jurídicos, el fondo del asunto desestimando la demanda; así lo han entendido, las partes, al no hacer referencia alguna en sus escritos de formalización del recurso, ni en los de impugnación, a dicha cuestión, limitándose a impugnar la desestimación de la demanda en cuanto al fondo del asunto; por tanto, de acuerdo con lo antes dicho, debe rechazarse la referida cuestión previa.

SEGUNDO.- Lo debido en primer lugar, en la instancia, y en este recurso, es que sí, tal y como se pide en el punto segundo del suplico de la demanda, al haber desistido del primero, el personal cedido temporalmente por ADECCO ETT, a INDRA EWIS mediante un contrato de puesta a disposición tiene derecho a percibir la retribución general o normalizada prevista en el Convenio de INDRA EWS, en sus art. 49-6, 52-2 y 53-2, sin que le sea de aplicación la retribución excepcional prevista en los párrafos finales de dicho artículo para el de personal de nuevo ingreso en INDRA EWS.S.A., o si por el contrario, la decisión de la empresa de aplicarle, lo que en estos artículos del C. Colectivo, se pactó para los trabajadores de nuevo

ingreso, es correcta. La tesis sindical sostiene que la aplicación a los trabajadores procedentes de ETT de las retribuciones previstas en los artículos del C. Colectivo de INDRA para los trabajadores de nuevo ingreso que limita los salarios de éstos, durante los tres primeros años de contratación, en la cuantía que allí se detalla, no es de aplicación a sus representados, pues ello implicará percibir por estas una retribución claramente inferior a lo establecido por tales conceptos para la generalidad de los trabajadores no sujetos a dicha cláusula lo que entraña una discriminación respecto a aquellos trabajadores fijos en la plantilla de la empresa, lo que violaría el art. 14 C.E. 17 E.T., entrañando además una interpretación incorrecta del art. 11 de la Ley de ETT y artículo 31 del C. Colectivo Estatal de ETT (BOE de 10-11-2000) en donde se establece que los trabajadores cedido por una ETT tienen derecho a percibir en la usuaria la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la misma.

En segundo lugar también es objeto del recurso la aplicación o no a los trabajadores cedidos del art. 74 C. Colectivo en cuanto al complemento de I. Temporal, durante dicha situación.

TERCERO.- La sentencia de instancia, desestimó la demanda rechazando la existencia de discriminación en ninguno de los dos supuestos; en el primero por entender que la retribución por nueva contratación no es excepcional sino general, siendo aplicable a todos los trabajadores fijos que entren en la empresa, no siendo un sueldo de trabajadores temporales, sino de trabajadores iniciales, que es de aplicación, a los procedentes de ETT, que son trabajadores fijos retribuidos como tales por exigencia de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley de ETT, negando la existencia de discriminación que si podría existir respecto a aquellos trabajadores iniciales que entren en la empresa no procedentes de ETT, que percibieran mejor retribución; en cuanto a la segunda cuestión porque la situación de Incapacidad Temporal no es periodo de prestaciones de servicios, por suspender la obligación recíprocas de trabajar remunerar el trabajo, a diferencias de lo que sucede con las vacaciones y descansos, razón por la cual, no procede aplicar dicho complemento.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se formalizaron dos recursos de casación independientes por las Federaciones Sindicales demandantes que dado su contenido idéntico examinamos conjuntamente.

En cuanto al primer motivo, al amparo del apartado d) del art. 205 de la LPL, por error de hecho se propugna la modificación del hecho probado segundo, para adicionar donde dice "a los trabajadores de la ETT se les aplica en INDRA EWS el salario previsto en el Convenio para los trabajadores de nueva contratación lo siguiente "regulado en los arts. 49.6, 52.2 y 53.3 con la denominación de Retribución de Entrada. La justificación para determinar los niveles de salario de entrada para los trabajadores de INDRA EWS es, según opinión manifestada por la representación empresarial en el Acta nº 1 de la Comisión Mixta Paritaria de interpretación del I Convenio Colectivo de INDRA EWS, S.A., por lo siguiente: Durante los tres primeros años se: Adquiere los conocimientos técnicos específicos de la actividad/función de la empresa INDRA EWS. Adquiere la experiencia óptima específica de la actividad/organización de la Empresa INDRA EWS y familiaridad con las funciones a desempeñar. Una vez transcurrido el tiempo estimado, es probable su incorporación en la Empresa, se logre su integración e identificación con la organización, se incluyen en los planes de carrera profesional y promoción económica y se realiza su fidelización el personal cedido a través de ETTs no forma parte de la organización de la Empresa INDRA EWS, no hay carrera profesional y fidelización y no tiene antigüedad", lo que se considera acreditado con el documento 3 al folio 204 del ramo de prueba del INDRA EWS, y trascendente para la resolución del debate, por demostrar que el único, motivo o soporte por el que las partes negociadoras del Convenio establecieron la doble escala salarial para los trabajadores iniciales era para que adquirieran una mayor formación profesional, lo que no es de aplicación a aquellos cedidos por ETT, que ya la tenían.

No puede prosperar la revisión de hechos propuesta, por no ser trascendente, para resolver la cuestión de fondo el añadir al hecho probado segundo los art. del Convenio Colectivo de empresa donde se regula las retribuciones que aplica la empresa ni, tampoco añadir la justificación del representante de la empresa, ante la Comisión Mixta Paritaria para retribuir a los trabajadores de nuevo ingreso en

INDRA EWS en la forma pactada, de lo que se quiere deducir la inaplicación de tal cláusula a sus representados, ya que para la resolución de las cuestiones de fondo debatidas, consistentes en la interpretación de cláusulas de un Convenio Colectivo en relación con la Ley de ETT y doctrina sobre la discriminación, esto es una cuestión jurídica, no es necesario conste como probado dicho extremo.

QUINTO.- En el segundo motivo y por la vía del apartado e) del art. 205 de la LPL se denuncia en cuanto al fondo infracción de las normas de ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver el debate, denunciando interpretación errónea del art. 11 de la Ley de ETT (Ley 29/99 de 16 de julio), artículo 49-6, 52-2 y 53-2 del I. Convenio Colectivo de la Empresa INDRA EWS, S.A., (B.O.E. 19-4-2001) y doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en relación con la doble escala salarial o doble tabla retributiva y artículo 14 C.E.

Para la resolución de dicho extremo del recurso debe tenerse en cuenta lo siguiente:

A) Lo que se debate, como ya se ha dicho es si es correcta o no la decisión de la empresa de considerar a los trabajadores cedidos por ADECCO ETT a INDRA EWS, como trabajadores de nuevo ingreso, aplicándoles las retribuciones pactadas en los arts. 49-6, 52-2 y 53-2 del C. Colectivo para los Técnicos Titulados Superiores y Medios Obreros y Empleados respectivamente, previstos para aquellos, y si dicha práctica empresarial constituye un supuesto de discriminación.

B) En los referidos artículos del I Convenio colectivo de INDRA EWS, lo que se dice, para los Técnicos Titulados Superiores y Medios (Técnicos) (art. 49-1); Obreros y empleados (art. 52 y 53) es que durante los tres primeros años de su contratación se les aplicará una retribución de entrada (salario base, complemento convenio y pagas extras) que como mínimo será en cómputo anual lo establecido en el Convenio Provincial incrementada en un 10% ; de lo anterior se deduce, que con lo antes dicho, se establece una excepción a la regla general prevista en dichos artículos del Convenio, en materia retributiva, respecto a las retribuciones de

aquellos trabajadores de nuevo ingreso en la empresa, lo que se justificaba por la empresa en la necesidad de adquirir una mayor experiencia profesional.

C) De acuerdo con lo que establece la Ley 14/94 de 1 de junio, por lo que se regulan las empresas de trabajo temporal, y su finalidad, la relación jurídica de los trabajadores puestos a disposición de la empresa usuaria, no es con ésta, sino con quien los contrató, en el caso de autos, ADECCO ETT; en ningún caso por tanto le es de aplicación a dichos trabajadores un convenio Colectivo, como es el de INDRA EWS, pues los mismos, están excluidos de su ámbito de aplicación de acuerdo con los arts. 83 y 87 del E.T.; la única excepción es la derivada de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley en el número 1 cuando señala "que los trabajadores cedidos tiene derecho a percibir, como mínimo la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria calculada por unidad de tiempo"; de tal precepto se deduce, que lo que allí se establece es una garantía salarial mínima para los trabajadores procedentes de E.T. cedidos a la empresa usuaria; ahora bien, como razona la empresa, en su impugnación del recurso, de dicho artículo no resulta que los trabajadores cedidos deban tener la misma retribución que los fijos de la usuaria, lo que se garantiza en un mínimo delimitado por las dos circunstancias ya dichas.

D) Siendo esto así la aplicación a los trabajadores procedentes de ETT, del plazo de tres años, previsto para los trabajadores de nuevo ingreso antes de acceder a la misma retribución que el resto del personal integrado en INDRA, no está en contradicción con lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 14/94, y en nada viola la garantía salarial prevista en el referido art. 11, pues la retribución que perciben siempre será la del puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria y ello es independiente de su antigüedad en la misma; se trata de un sueldo general, no excepcional, pactado en Convenio Colectivo, sin que dicha limitación, fundada en razones, objetivas, y en la necesidad de adquirir una adecuada formación profesional contravenga alguna, ni suponga trato desigual para los afectados.

SEPTIMO.- Lo antes dicho es concorde con la doctrina de esta Sala en relación con el art. 14 C.E. y 17 del E.T. y tutela antidiscriminatoria contenida entre otras, sentencias de 17 de mayo de 2.000, 17 de mayo de 2.000, 24 de septiembre y

12 de noviembre de 2.002 y doctrina del Tribunal Constitucional, sentencias 136/87 y 177/93, que tienen declarado en relación al principio de igualdad que no se quebranta el mismo por el simple hecho de dar un trato diferenciado a dos supuestos distintos; lo que garantizan los arts. 14 de la Constitución y 17 del E.T. es trato igual a situaciones objetivas y substancialmente iguales, y en el presente caso, ya se ha dicho, que existen razones objetivas para aplicar a los trabajadores procedente de E.T. la limitación temporal prevista en el Convenio Colectivo de la empresa usuaria para los trabajadores de nuevo ingreso.

OCTAVO.- En el tercer motivo también de censura jurídica por la vía del apartado e/ del artículo 205 de la LPL se denuncia interpretación errónea del art. 11 de la Ley de ETT, art. 31 del III Convenio Colectivo Estatal de ETT en relación con el art. 74 de I. Convenio Colectivo de la empresa INDRA EWS, S.A., (BOE 19-4-2001 por estimar discriminatoria el extremo de la sentencia que deniega a los trabajadores de autos el complemento de Incapacidad Temporal prevista en el art. 7-4 del Convenio.

En dicho art. se dice: Complemento de I.T. por enfermedad común, accidente no laboral. Se complementara hasta el 100% del salario a sueldo la prestación de Seguridad social para el caso de I.T. por enfermedad común, accidente no laboral y anterioridad y 100% de sueldo más complemento de asistencia y puntualidad para el caso de accidente de trabajo.

El motivo debe rechazarse; tampoco existe la discriminación alegada, dicho complemento por I. Temporal, establecido en el Convenio Colectivo de INDRA EWS, para sus trabajadores, no es de aplicación a aquellos procedentes de empresas de trabajo temporal, por lo ya dicho al analizar la primera cuestión planteada en este recurso, al estar excluidos de su ámbito de aplicación y ello porque quien los contrató fue la ETT, en el caso de autos ADECCO ETT, sin tener más obligación respecto a ellos, la usuaria, que la derivada del artículo 11 de la Ley 14/94, en materia retributiva, no pudiendo aplicarles lo previsto en un Convenio Colectivo distinto; aparte de ello, la situación de I. Temporal implica suspensión del contrato de trabajo, cesando la obligación de trabajar y de percibir retribución; siendo ello así, si el



contrato de puesta a disposición estaba suspendido durante dicha situación, no puede pretenderse se aplique un complemento no salarial ni vinculado al puesto de trabajo.

NOVENO.- Todo lo dicho conduce a la desestimación del recurso. Sin costas.

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

FALLO:

Desestimamos los recursos de Casación interpuestos, el primero de ellos por el Letrado don Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de la FEDERACION MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS y el segundo, por la Letrada Doña Josefa Martínez Riaza, en nombre y representación de MCA-UGT (FEDERACION METAL, CONSTRUCCIONES Y AFINES DE UGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2.002, en actuaciones seguidas por los ahora recurrentes, contra INDRA EWS, ADECCO TT, S.A., y ATLAS S, A., Empresa de Servicio, sobre "conflicto colectivo". Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano jurisdiccional correspondiente, 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.

**19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2003**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de noviembre de 1998 dictó sentencia el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, declarando como probados los siguientes hechos:

"1º.- El 17 de febrero de 1997 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita de Inspección a la empresa "ATTEMPORA E. T. T. S .L." en su centro de trabajo sito en la calle Portugal nº 27 de Alicante levantándose acta de infracción el 2 de abril de 1997, cuyo contenido se da aquí por reproducido en su integridad. 2º.- Incoado procedimiento administrativo sancionador, la empresa demandada formuló el escrito de alegaciones que consta en dicho expediente, por lo que la Autoridad Laboral competente interpuso la demanda de oficio iniciadora de las presentes actuaciones. 3º.- "ATTEMPORA ETT, S.L." se constituyó en escritura pública de 20 de julio de 1994. Su objeto social lo constituye de forma exclusiva la puesta a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados, en los términos y con los límites que indica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. 4º.- La empresa demandada cedió a once trabajadores por un solo día, el 11 de enero de 1997, a la empresa "Ineuropa Handling" en Alicante. A la fecha en que tuvo lugar la visita inspectora (17-2-97) la empresa demandada había cedido en Alicante a ochenta trabajadores, que ya habían concluido la prestación de servicios en las empresas usuarias. 5º.- La empresa demandada no obtuvo autorización administrativa para ejercer la actividad de empresa de trabajo temporal en la provincia de Alicante hasta el 7 de marzo de 1997".

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda formulada por la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de la Generalidad Valenciana contra "ATTEMPORA E.T.T. S.L." debo declarar y declaro que la conducta de la referida empresa demandada reflejada en el acta de infracción de fecha 2 de abril de 1997 constituye la infracción muy grave que tipifica el art. 96.2 del Estatuto de los Trabajadores, condenando a la patronal demandada a estar y pasar por esta declaración."

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de suplicación el Letrado D. Juan Gillard López, en nombre y representación de ATTEMPORA ETT, S.L., y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 4 de octubre de 2001, con el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la mercantil

"ATTEMPORA ETT., S.L", frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, a instancia de la CONSELLERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO DE LA GENERALIDAD VALENCIANA, en materia de cesión ilegal de trabajadores y, en su consecuencia confirmamos íntegramente la sentencia recurrida e imponiendo las costas a la parte recurrente, que incluirán los honorarios del Letrado de la parte, en cuantía de 50.000 pesetas".

CUARTO.- El Letrado D. Juan Gillard López, en nombre y representación de ATTEMPORA ETT, S.L., preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso aportando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de fecha 17 de junio de 1997, recurso nº 247/97.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe proponiendo la declaración de la improcedencia del recurso.

SEXTO.- Por providencia de 13 de mayo de 2003 se señaló el día 3 de junio de 2003, para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, lo que tuvo lugar en la fecha indicada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La empresa ATTEMPORA, ETT ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de octubre de 2001, confirmatoria de la resolución de instancia que estimando la demanda de oficio formulada por la autoridad laboral, declaró que la conducta de dicha empresa constituye la infracción muy grave tipificada en el artículo 96.2 del Estatuto de los Trabajadores. Para acreditar la contradicción ha seleccionado la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 17 de junio de 1997, y el Ministerio Fiscal opone en su dictamen reparos a dicha contradicción, pero las sustanciales identidades en sujetos, hechos, fundamentos y pretensiones a que alude el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, están

presentes en este caso, pues ambos procedimientos se iniciaron por comunicación de la autoridad laboral autonómica, sobre cesión ilegal de trabajadores, motivada por la celebración de contratos de puesta a disposición de las empresas de trabajo temporal, antes de haber obtenido autorización administrativa para actuar como tales, y si bien es verdad que en la sentencia referente se valora el comportamiento de la empresa demandada para exonerarla de responsabilidad y no ocurre lo mismo con la recurrida, en esencia se debate la misma cuestión, es decir, si resulta sancionable la cesión de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal antes de haber obtenido autorización administrativa, y como las sentencias comparadas, apoyándose en los mismos preceptos legales, han llegado a soluciones contrapuestas, es procedente unificar la doctrina.

SEGUNDO.- Acreditado el presupuesto procesal de la contradicción, se abordan las cuestiones que suscita la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y de distintos preceptos de la Ley 14/1994 de 1 de julio, en relación con el artículo 96.2 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello para tomar como punto de arranque el hecho de que en el momento en que se celebraron los contratos de puesta a disposición la empresa demandada ya tenía autorización administrativa de ámbito geográfico estatal, esto es, que cumplía con las exigencias de la legalidad vigente, pues su ámbito de actuación era la totalidad del territorio español.

Sin duda este es el núcleo del problema suscitado con la demanda de oficio, puesto que el acta de infracción sanciona la cesión de trabajadores que se ha producido en los términos prohibidos por la legislación vigente, de modo que la incógnita a despejar es la referente a la legalidad o ilegalidad de la celebración de aquellos contratos de puesta a disposición. Para sacar conclusiones al respecto debemos partir del invariado relato de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, y muy en particular los siguientes pormenores: Primero.- Que la empresa se constituyó en escritura pública de 20 de junio de 1994, siendo su objeto social exclusivo la puesta a disposición, con carácter temporal, de trabajadores por ella contratados, en los términos previstos en la Ley 14/1994. Segundo.- La empresa

demandada cedió 11 trabajadores por un solo día a una empresa usuaria el 11 de enero de 1997; en la fecha de la visita de la Inspección de Trabajo, había cedido en Alicante 80 trabajadores que ya habían concluido sus servicios en la empresa usuaria. Tercero.- Que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita a la empresa demandada el 17 de febrero de 1997, en el centro de trabajo sito en la Calle Portugal nº 27 de Alicante, levantando acta de infracción el 2 de abril de 1997, y Cuarto.- Dicha empresa no obtuvo autorización administrativa para ejercer la actividad de empresa de trabajo temporal en la provincia de Alicante hasta el 7 de mayo de 1997. Hay que significar la circunstancia de que el recurso de suplicación que interpuso la parte demandada consta de un sólo motivo, deducido al amparo del artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, para examinar las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, pero ni siquiera intentó revisar los hechos declarados probados, de manera que la afirmación que toma como base la argumentación que sustenta el recurso, de que en el momento en que se celebraron los contratos de puesta a disposición la empresa recurrente tenía autorización administrativa de ámbito geográfico estatal, no pasa de ser una aseveración de la parte, carente en absoluto de soporte en los hechos probados y en la sentencia recurrida, así es que se prescinde de este particular para resolver el recurso.

TERCERO.- Teniendo presente la premisa histórica de la sentencia de instancia, la Sala de suplicación aplicó con acierto y en sus justos términos la legislación pertinente, es decir, el artículo 2.1 y 2 de la Ley 14/1994 ya citada, en cuanto exige a las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad de las empresas de trabajo temporal, reguladas en dicha ley, que obtengan autorización administrativa previa, justificando ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de determinados requisitos; por su parte, el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores solamente permite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando se efectúe a través de empresa de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Cuando se celebren contratos de puesta a disposición al margen de esos preceptos y sin cumplir con las exigencias legales, las empresas incurren en responsabilidad y, atendiendo a la fecha en que ocurrieron los hechos, el artículo 96.2 del Estatuto de los

Trabajadores sancionaba como infracción muy grave la cesión de trabajadores al margen de la Ley, y eso mismo dispone ahora el artículo 8.2 del R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, derogando el artículo 96 del Estatuto de los Trabajadores.

Es incuestionable que en este caso se pusieron por parte de la demandada a disposición de la empresa usuaria trabajadores, sin haber obtenido previamente la autorización administrativa para operar de esa manera en aquel espacio geográfico en concreto; es significativo cuanto afirma la sentencia recurrida al transcribir el texto de la autorización administrativa para la demandada, a cuyo tenor "se autoriza a ATTEMPORA, ETT, S.L. a ejercer la actividad de empresa de trabajo temporal en la provincia de Alicante, a partir de la fecha de notificación de la presente resolución y hasta la fecha de expiración de la autorización nº 79/0063/95", y la fecha de recepción que consta es la de 7 de mayo de 1997, esto es, posterior a los hechos que motivaron el acta de infracción, viniendo a demostrar todo ello la inexactitud que supone afirmar que antes de aquel día tuviera la recurrente autorización para operar en todo el territorio nacional, pues en otro caso resultaría innecesaria la autorización para la provincia de Alicante.

CUARTO.- Por tanto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte demandada, decretando la pérdida del depósito constituido por la recurrente, al que se dará el destino legal, y la condena a dicha parte de las costas causadas.

Un último apunte ha de hacerse; si bien la Sala pone de manifiesto que, aun no habiendo sido motivo de debate en casación para la unificación de doctrina, debe entenderse salvada la irregularidad que supone la redacción del fallo de instancia, en el sentido de que la conducta enjuiciada de la empresa implica una cesión ilegal de trabajadores, que es a lo que se refiere la demanda de oficio y que se refleja en cierto modo en la sentencia aquí recurrida.

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Juan Gillard López, en nombre y representación de ATTEMPORA ETT, S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 4 de octubre de 2001, que resolvió el recurso de suplicación nº 743/99 de dicha Sala, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de fecha 2 de noviembre de 1998, en los autos de juicio nº 114/98. Se condena en costas a la parte recurrente y a la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal correspondiente.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, 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.

## **20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO 2002**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2.000, el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. J.J.G.C., debo declarar y declaro improcedente el despido de fecha 5-3-2000, condenando solidariamente a las empresas Serpusa Cooperativa Valenciana Limitada ETT y a Siderúrgica del Mediterráneo, S.A., a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización que a continuación se cuantifica: a opción que deberá realizar el trabajador en el plazo de los cinco días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia,

mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, debiendo abonar en cualquier caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, en la cuantía diaria que a continuación se indica, y absolviendo a la empresa codemandada Empaquetados y Reparaciones Saguntinas, S.L., a D. J.J.G.C., de indemnización 720.040 ptas., salarios/día 7.660 ptas.".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «I.-El actor ha venido prestando servicios laborales, con la categoría profesional de especialista y salario de 229.812 ptas. mensuales incluida la prorrata de pagas extras, en virtud de los siguientes contratos de trabajo: 1.-Con Serpusa, contrato de trabajo por sustitución del trabajador V.M. por enfermedad, desde 17-1-1998 hasta fin de sustitución, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed" en virtud de contrato de puesta a disposición, y constando en el informe de vida laboral como fecha de baja 23-2-1998. El trabajador sustituido estuvo de baja por enfermedad común desde 12-1-1998 hasta 23-2-1998. 2.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos, desde el 24-2-1998 hasta "fin acumulación" siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed", en virtud de contrato de puesta a disposición desde 23-2-1998 hasta 1-3-1998 y constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 29-3-1998. 3.-Con Serpusa, contrato por acumulación de tareas o exceso de pedidos, desde el 7-4-1998, hasta "fin acumulación", siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed", en virtud de contrato de puesta a disposición desde 7-4-1998 hasta 31-4-1998, y constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 15-6-1998. 4.-Con Serpusa, contrato de trabajo por "sustitución del trabajador Baltasar Pedrero Romero por cambio de puesto de trabajo", desde 16-6-1998 hasta "fin de sustitución", siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed", en virtud de contrato de puesta a disposición desde 16-6-1998 hasta fin de sustitución y constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 30-6-1998. 5.-Con Enresa, contrato de trabajo de duración determinada por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 1-7-1998, constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 13-7-1998 por causa de baja voluntaria del trabajador. 6.-Con Serpusa contrato de trabajo por sustitución del trabajador J.R.T. por enfermedad desde 14-7-1998 hasta fin de sustitución, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed" en virtud de contrato



de puesta a disposición, constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 29-3-1999. El trabajador sustituido estuvo de baja por enfermedad común desde el 18-5-1998 hasta el 17-11-1997. 7.-Con Serpusa, contrato de trabajo por obra o servicio determinado mientras dura el servicio de "definición de plantilla", desde el 11-4-1999 hasta fin de obra o servicio, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed" en virtud de contrato de puesta a disposición desde 19-4-1999 hasta "fin definición", constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 10-6-1999. 8.-Con Serpusa, contrato de trabajo por sustitución de R.M. por vacaciones, desde 15-6-1999, hasta fin de sustitución, siendo cedido a la empresa usuaria "Enresa" en virtud de contrato de puesta a disposición desde 15-6-1999 hasta fin de sustitución, constando en el informe de laboral como fecha de baja la de 29-6-1999. 9.-Con Serpusa, contrato de trabajo por sustitución de J.R. por accidente desde el 6-7-1999 hasta fin de sustitución, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed", en virtud de contrato de puesta a disposición desde el 6-7-1999 hasta fin de sustitución, constando en el informe de vida [sic] la de 14-8-1999. El trabajador sustituido estuvo de baja por accidente desde 29-4-1999 a 31-8-1999. 10.-Con Serpusa, contrato de trabajo por sustitución de F.R.C. por enfermedad desde 25-8-1999 hasta fin de sustitución, constando como fecha de baja en el informe de la vida laboral la de 10-9-1999. El trabajador sustituido estuvo de baja por enfermedad común desde el 25-3-1999 al 9-9-1999. 11.-Con Serpusa, contrato de trabajo por sustitución de J.V.V. por cambio de puesto de trabajo, desde 11-9-1999, hasta fin de sustitución, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed", en virtud de contrato de puesta a disposición desde 10-9-1999 hasta fin de sustitución, constando en el informe de vida laboral como fecha de baja la de 1-10-1999. 12.-Con Serpusa contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 2-10-1999 hasta 31-10-1999, siendo cedido a la empresa usuaria "Sidmed" en virtud de contrato de puesta a disposición por la misma duración, constando de baja el día 21-10-1999. 13.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 1-11-1999 hasta 30-11-1999, siendo cedido a la empresa usuaria Sidmed por la misma duración. 14.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 1-12-1999 a 31-12-1999, siendo cedido a la usuaria "Sidmed" por el mismo tiempo. 15.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 1-

1-2000 hasta 31-1-2000, cedido a Sidmed por el mismo tiempo. 16.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas desde 1-1-2000 a 28-2-2000, cedido a Sidmed por el mismo tiempo. 17.-Con Serpusa, contrato de trabajo por acumulación de tareas o exceso de pedidos desde 1-3-2000 a 5-3-2000, cedido a Sidmed por el mismo tiempo. II. -El actor ha prestado servicios desde 17-1-1998 a 29-3-1999 como gruista en la sección de temple y desde abril de 1999, hasta marzo de 2000, en el mismo puesto de trabajo en el taller de cilindros como gruista, en la empresa Sidmed. III. -La empresa Serpusa comunicó al actor verbalmente que cesaba con efectos de 5 de marzo de 2000. IV. -La empresa Enresa, S.L., fue constituida por cooperativistas de la empresa Serpusa. Que han estado prestando servicios como cooperativistas de Serpusa y cedidos a Sidmed en períodos durante los que figuraban dados de alta en Enresa, concurriendo por ello a las elecciones de esta última empresa figurando en el censo obrante en las actuaciones. V. -El demandante ostenta la condición de representante unitario o sindical y la ostentaba en el año anterior al 5-3-2000. VI.- Con fecha 15-3-2000 se presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje, SMAC, celebrándose el acto conciliatorio el día 30-3-2000, terminando con el resultado de sin avenencia. El día 3-4-2000 se presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de Valencia».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por SIDERURGICA DEL MEDITERRÁNEO, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2.001, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Siderúrgica del Mediterráneo, SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Valencia y su provincia, de fecha 2 de junio de 2000, en virtud de demanda presentada a instancia de don J.J.G.C.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- Por la representación procesal de SIDERURGICA DEL MEDITERRÁNEO, S.A., se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste, la dictada por la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de febrero de 2.000. El motivo de casación denunciaba la infracción de lo dispuesto en el artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 6 de la misma Ley; así como infracción de los artículos 56.4 del Estatuto de los Trabajadores y 24.1 de la Constitución.

QUINTO.- Por providencia de fecha 10 de enero de 2.002, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de julio de 2.002, en el que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se polemiza en éste recurso el alcance de la responsabilidad de una empresa usuaria de empresa de trabajo temporal que, utilizó los servicios de un trabajador a través de un contrato de puesta a disposición, con incumplimiento de las normas legales sobre la contratación temporal. La sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2.001 ha confirmado el pronunciamiento que hizo la sentencia de instancia declarando improcedente el despido del actor y condenando solidariamente a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria.

Frente a ésta sentencia se alza en casación unificadora la empresa usuaria postulando la exención de la responsabilidad solidaria respecto a las consecuencias del despido, especialmente la readmisión obligatoria que le ha sido impuesta por ser el trabajador cedido representante unitario de los trabajadores en la empresa de trabajo temporal. Ha quedado seleccionada, como sentencia de contraste, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero de 1.998. Contempla igualmente la responsabilidad de la empresa usuaria en supuesto en el que los contratos temporales realizados al trabajador no cumplían los requisitos legalmente establecidos para la contratación temporal. Declaraba la Sala del Tribunal de Cataluña que la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 16 de la Ley

Reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal 14/94, de 1 de junio, se extiende únicamente a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, pero no alcanza a las consecuencias del despido. No obstante esta apariencia de identidad sustancial de hechos que se aprecia en principio, la recurrida, en su escrito de impugnación, manifiesta que la sentencia invocada de contraste no cumple el requisito establecido en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la admisión a trámite de éste recurso extraordinario, al haber diferencias en los hechos que justifican la disparidad de pronunciamientos.

SEGUNDO.- Debemos resolver, en primer lugar, acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión a trámite del recurso.

El artículo 217 de la Ley procesal, acorde con la finalidad de éste recurso extraordinario, exige para que proceda la admisión a trámite del recurso que en las sentencias enfrentadas, ante situaciones sustancialmente iguales y con los mismos fundamentos jurídicos, se hayan dictado pronunciamientos contradictorios. La finalidad esencial de éste recurso es evitar posibles interpretaciones contradictorias de preceptos que, como los laborales y de Seguridad Social, son de aplicación a todo el territorio del Estado. Por eso, cuando existen diferencias de matiz entre los hechos enjuiciados susceptibles de provocar pronunciamientos diferentes, ajustados a Derecho ambos, no existe contradicción, por más que haya una coincidencia básica en los hechos, pues, en este caso, no existe doctrina que unificar (Sentencia 20 de julio 2000).

En el supuesto contemplado en la sentencia de contraste existían unos incumplimientos contractuales consistentes en haber utilizado los servicios del trabajador en tareas distintas de aquellas para las que fue contratado por obra o servicio determinado (fundamento de derecho segundo). En el caso de la sentencia recurrida además de la existencia de vicios en la contratación, consistentes en la utilización del trabajador en servicios distintos de aquellos para los que fue contratado, concurren dos hechos importantes. Uno, que el trabajador ya prestaba servicios en la empresa usuaria cuando fue contratado por la de trabajo temporal para prestar los mismos servicios, pero ahora bajo contrato de puesta a disposición. La otra diferencia esencial es que a la finalización de los contratos temporales continuó

prestando servicios en la empresa usuaria lo que incardinaba el supuesto en el previsto en el artículo 7.2 de la Ley Reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, según el cual "si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido". Precepto éste que autoriza la solución acordada en la sentencia recurrida que, además, estimó que al fin se había utilizado a la empresa de trabajo temporal con el propósito de eludir las consecuencias de una evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 43 del E.T. Estas circunstancias diferencian el supuesto que hoy resolvemos del contemplado en la sentencia de Cataluña. Hay pronunciamientos diferentes pero no contradictorios. Concorre una causa de inadmisión que, en éste trámite procesal, debe dar lugar a la desestimación del recurso. Con imposición de costas al recurrente.

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

#### FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de SIDERURGICA DEL MEDITERRANEO, S.A. contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2001, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 472/01, interpuesto por la misma parte contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia, en autos núm. 230/00, seguidos a instancia de D. J.J.G.C. contra SIDERURGICA DEL MEDITERRANEO, S.A., sobre despido. Con imposición de costas al recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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.

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando

Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 1999**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- El 17 de marzo de 1.998 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Éibar, en los autos nº 277/97, seguidos a instancia de D. Millán contra dicha recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Millán frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Éibar dictada el 21 de noviembre de 1.997 en sus autos nº 277/97 seguidos a instancia del recurrente contra ADECCO TT, S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, debemos revocar como revocamos la precitada resolución, y previa declaración de haber operado la empresa demandada un despido improcedente en la persona del trabajador demandante con fecha 13 de septiembre de 1.997, debemos condenar como condenamos a que ADECCO TT, S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL indemnice en la cantidad de cuarenta y dos mil ochocientos veintitrés pesetas (42.823 ptas.) a Millán, y asimismo le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 31 de diciembre de 1.997, en cifra de seiscientos ochenta y ocho mil trescientas sesenta y ocho mil pesetas (688.368 ptas.), sin costas del recurso".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 21 de noviembre de 1.997, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Éibar, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Que la empresa demandada Adecco, TT S.A. Empresa de Trabajo Temporal suscribió con G.S.B. Forja, S.A. contrato de puesta a disposición en virtud del cual, la demandada formaliza en fecha 1-7-97 con el actor, contrato de trabajo en la modalidad de acumulación de tareas con duración estimada hasta el 31-12-97 para

prestar sus servicios como peón en la empresa G.S.B. Forja, S.A. en la localidad de Legazpia (Guipúzcoa). ----2º.- Que con fecha 11 de septiembre de 1.997, la empresa usuaria, G.S.B. Forja S.A. remite a la demandada el siguiente comunicado: "Por la presente queremos comunicarle, de conformidad con el artículo 41 del vigente Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, la intención de esta empresa de resolver con fecha 13-9-97, y por tanto, antes de su vencimiento, el contrato de Puesta a Disposición suscrito entre ambas partes debido a la finalización de la causa que lo originó: acumulación de tareas por incremento de pedidos provenientes de GKN, General Motors y Volkswagen en las secciones de Acabado, Forja y Mantenimiento, dada la normalización de tales pedidos; y que afecta al trabajador D. Millán ". ----3º.- Interesada la justificación de la causa de resolución por parte de la demandada, la usuaria remite documentación de la que se deriva que la caída de pedidos en el mes de septiembre es evidente. ----4º.- Que, desaparecida la causa del contrato de puesta a disposición, la demandada comunica al actor en fecha 13-9-97 la resolución anticipada de su contrato de trabajo. ----5º.- Que el actor no ha ostentado en el último año la condición de representante legal de los trabajadores. ----6º.- Que se celebró el oportuno acto de conciliación ante la Sección de Conciliación de Guipúzcoa, con el resultado de sin efecto".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por Millán contra ADECCO TT S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, debo declarar y declaro procedente el despido de que fue objeto el actor en fecha 13-9-97, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos en aquélla contenidos".

TERCERO.- El Letrado Sr. Sánchez de León, mediante escrito de 27 de mayo de 1.998, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 1.997.

SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 6.2.b), 7.1 y 10.1 de la Ley 14/94, 14.f) y 15.2.f) del Real Decreto 4/95 y 41 del II Convenio Colectivo Estatal de

Empresas de Trabajo Temporal, en relación con el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 3 del Real Decreto 2546/94.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de mayo de 1.998 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- No habiéndose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El actor concertó con la empresa de trabajo temporal demandada un contrato eventual por acumulación de tareas con una duración estimada desde el 1 de julio de 1997 al 31 de diciembre de 1997 para prestar servicios en la empresa GSB, Forja, S.A. El 11 de septiembre la empresa usuaria remitió a la empresa de trabajo temporal una comunicación por la que resolvía con fecha 13 de septiembre de 1997 el contrato de puesta a disposición debido a la finalización de la causa de acumulación de tareas que lo motivó, lo que se considera probado por la caída de la cartera de pedidos. La empresa de trabajo temporal comunicó la extinción del contrato de trabajo, pero, impugnada esta decisión, la sentencia recurrida declara el despido improcedente porque considera que el contrato de trabajo eventual es un contrato con un término cierto y, por tanto, su vigencia no queda condicionada a que mantenga la efectiva necesidad o causa por la que fue concertado, ni queda sometida a los avatares del contrato de puesta a disposición. La sentencia excluye la aplicación del artículo 41 del Convenio Colectivo de las Empresas de Trabajo Temporal (Boletín Oficial del Estado de 3 de marzo de 1997), sobre denominada extinción anticipada de la relación laboral porque considera que esta previsión convencional es contraria a la configuración del contrato eventual en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia aportada para contraste es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 1997, que en una controversia sustancialmente igual - denuncia extintiva "ante tempus" en contrato



eventual concertado con una empresa de trabajo temporal por desaparición de la acumulación de trabajo en la empresa usuaria- resuelve en sentido contrario. Para esta sentencia la duración prevista en el contrato no puede estimarse vinculante porque, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/1994, en los contratos de trabajo otorgados entre las empresas de trabajo temporal y los trabajadores, cuando son contratos de duración determinada, "su duración es coincidente con el contrato de puesta a disposición, de tal forma que concluido éste, por finalización de la actividad, no puede prolongarse aquel, y esa interpretación aparece ratificada por el artículo 38 del Convenio Colectivo, que consagra la extinción anticipada de la relación laboral entre las empresas de carácter temporal y los trabajadores, cuando por causas no imputables a tales empresas se imposibilita la continuidad de la prestación de servicios del trabajador, siempre que se acredite la finalización de la causa por la que fue contratado".

Existe la contradicción que se alega, pues la única diferencia reside en el convenio aplicable, que en el caso de la sentencia de contraste es el de 1995, pero tal diferencia es irrelevante, ya que no ha variado la redacción del precepto convencional.

SEGUNDO.- La cuestión planteada presenta dificultades importantes, como pone de relieve la parte recurrente en su cuidado escrito de interposición, en el que en definitiva denuncia la infracción de los artículos 6.2.b), 7.1 y 10.1 de la Ley 14/1994, 14.f) y 15.2 f) del Real Decreto 4/1995 y 41 del II Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal. Para la parte recurrente el tratamiento jurídico del contrato de duración limitada en el marco de las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) debe ser distinto del contrato eventual común regulado en el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, pues en ese marco el contrato eventual deja de ser un contrato a término puro ("certus an" y "certus cuando") para pasar a ser un contrato de estructura temporal más compleja, en el que la certidumbre en el cumplimiento del término se produce sólo en cuanto al plazo máximo de duración, pero no en cuanto a la permanencia de la causa. Por ello, entiende que no hay ningún límite temporal mínimo, lo que permite establecer una duración estimada, que no resulta vinculante cuando cesa la causa que motivó la contratación. De esta forma, si la circunstancia

que justifica la temporalidad termina, el contrato se extinguirá aunque no haya vencido el término pactado ni, en su caso, el plazo máximo de duración.

TERCERO.- Para dar respuesta a la denuncia de infracción que se formula hay que estudiar primero el carácter de la temporalidad en el contrato de trabajo eventual para examinar luego si, como señala la parte recurrente, esa carácter presenta alteraciones significativas como consecuencia de la regulación especial en las empresas de trabajo temporal para, finalmente, valorar la regla que contiene el convenio colectivo aplicable en el sector.

El primer punto es el que mayores problemas plantea por la dualidad que en principio presenta el contrato eventual. Es éste un contrato en el que la temporalidad ha de justificarse en atención a una causa vinculada objetivamente a la presencia de circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma. Estas circunstancias (acumulación de tareas por alguna anormalidad del proceso productivo, exceso de pedidos sobre lo que es normal en la demanda de la empresa o cualquier otra circunstancia del mercado, que altere la línea normal de producción) no son permanentes o al menos no aparecen como tales en el marco de las previsiones de organización de la producción en la empresa. La concreta duración de estas circunstancias puede ser conocida o desconocida en el momento de la celebración del contrato. En el primer supuesto el contrato debería concertarse con un término cierto; en el segundo el contrato podría vincular su duración a la subsistencia de esas circunstancias y actuar así como una condición resolutoria, si existe la posibilidad de que la circunstancia excepcional que justifica el carácter temporal de la contratación desaparezca antes del vencimiento del término máximo de duración, ( artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 1113 del Código Civil), o como un término cierto en su producción, aunque incierto en cuanto al momento, como en el contrato para obra o servicio determinado.

Pero en las regulaciones históricas del contrato eventual se han fijado, directamente o por remisión a las normas sectoriales, un término cierto que actúa necesariamente sobre la duración del contrato. De esta forma, se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa

justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues la relación puede extinguirse aunque subsista la causa y ésta podría desaparecer y mantenerse, sin embargo, el vínculo si no ha vencido el término pactado o el máximo aplicable. Lo que sucede es que en su formulación literal en la ley sólo se menciona el plazo máximo (seis meses), lo que, en principio, permitiría tres opciones: 1ª) Mantener que el contrato ha de estar sometido siempre a un tiempo cierto, que será el que corresponde a la duración prevista para la circunstancia que justifica la contratación temporal o al máximo de seis meses, si aquélla excede de ese tope máximo, de forma que el contrato debe respetar siempre el término aunque haya desaparecido la circunstancia de hecho que justifica la temporalidad, sin perjuicio de que en este caso la empresa podrá acudir al correspondiente mecanismo extintivo conforme a los artículos 51 o 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, 2ª) Sostener que, dentro de un término cierto que opera de forma flexible como máximo (los seis meses), la duración del contrato queda, a su vez, condicionada a la subsistencia de la circunstancia que justifica la contratación, con lo que dentro de ese término máximo el contrato quedaría sometido a condición resolutoria, adquiriendo así un carácter mixto, porque se extinguiría tanto por el cumplimiento de la condición ("ante tempus"), como por el término máximo cuando la circunstancia motivadora de la temporalidad supera ese máximo y 3ª) Afirmar que dentro del respeto al límite máximo las partes o sus representantes pueden optar por someterse a un término o pactar una condición resolutoria vinculada a la subsistencia de la causa.

Estas dos últimas opciones han sido excluidas por la ley, sin duda ponderando los riesgos de precariedad que entrañan para la situación profesional del trabajador, porque a diferencia del contrato para obra o servicio, en el que la circunstancia a la que se asocia la vigencia del contrato es susceptible de una determinación clara, el carácter difuso de las circunstancias que justifican la eventualidad y la contingencia de su propia proyección temporal provoca una situación insegura por el difícil control de la subsistencia de la causa. El artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las

circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supere la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal. Así se desprende además de la regulación reglamentaria, pues los artículos 3.2.b) y 8.1 y 2 del Real Decreto 2546/1994 se refieren tanto al término máximo como al inferior y vinculan la extinción del contrato a la expiración del término convenido de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1.c) Estatuto de los Trabajadores, diferenciando claramente este supuesto de la extinción por la realización de la obra o servicio contratado o por la concurrencia de las causas específicas previstas para la interinidad. La misma regulación contenía el artículo 3.2.b) y c) del Real Decreto 2104/1984 y así lo puso de relieve también en su momento la doctrina de suplicación, que señaló que el elemento temporal era esencial en la eventualidad, ya que "no se pretende con este contrato la realización de una obra o servicio determinado en que la duración está sometida a su cumplimiento - artículo 1.1.2 del mismo Real Decreto- y éste a su vez condicionado por factores extraños, sino la colaboración en las actividades normales de la Empresa que deben estar programadas al menos por un período tan corto como el que permite su duración y que no debe alterarse por una imprevisión que no puede ser imputada al trabajador (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de enero de 1983).

CUARTO.- El segundo paso de la argumentación debe responder a la alegación de la parte recurrente sobre las especialidades de la contratación temporal en el marco de las ETT. El precepto básico en esta materia es el artículo 10.1 de la Ley 14/1994, a tenor del cual el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición. Así es, pero esta regla ha de ponerse en relación con el artículo 6.2 de la misma Ley a tenor del cual la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, que constituye el objeto del contrato de puesta a disposición, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal y entre ellas la de atender las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, lo

que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal. Así se desprende además del artículo 7 de la Ley 14/1994 sobre la duración máxima del contrato de puesta a disposición, que también es de seis meses cuando se trata de una necesidad eventual y que sólo para la obra o servicio determinado y la interinidad por sustitución se remite a la subsistencia de la causa que motivó el respectivo contrato, aparte del caso especial de la interinidad en el proceso de selección para la que se reitera el máximo de tres meses del artículo 4.2 b) del Real Decreto 2546/1994. En cuanto a la duración estimada, a la que se refieren los artículos 14.f) y 15.2.f) del Real Decreto 4/1995, al regular la forma de los contratos de puesta a disposición y de trabajo, es obvio, que ni por su contenido, ni por la materia, ni por el rango de la disposición pueden interpretarse tales preceptos como una autorización para excluir la necesidad de término cierto en contrato eventual.

QUINTO.- Por último, hay que hacer referencia a la regla contenida en el artículo 41 del convenio colectivo, a tenor del cual constituye causa de extinción anticipada de la relación laboral suscrita entre la empresa de trabajo temporal y el personal en misión, la resolución total o parcial antes de su vencimiento del contrato de puesta a disposición por causas no imputables a la empresa de trabajo temporal que imposibilite la continuidad de la prestación de servicios del trabajador en favor de la empresa usuaria, siempre que se acredite la finalización de la causa por la que fue contratado. Esta regla autoriza la extinción "ante tempus" del contrato.

Pero esa autorización no puede prevalecer sobre la garantía de estabilidad que la norma estatal establece en los términos a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior y que por su función constituye un mínimo necesario, que no resulta disponible "in peius" para la autonomía colectiva (artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1992).

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, debiendo decretarse la pérdida del depósito constituido y dando a la consignación su destino legal, sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido la parte recurrida.

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ADDECO TT., S.A., EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 17 de marzo de 1.998, en el recurso de suplicación nº 204/98, interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de noviembre de 1.997 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Éibar, en los autos nº 277/97, seguidos a instancia de D. Millán contra dicha recurrente, sobre despido. Decretamos la pérdida del depósito constituido y de la consignación constituida que se afectará al cumplimiento de la condena.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 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.

## **22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 1998**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Letrado don Antonio de la Fuente García, en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, presentó escrito ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, iniciando demanda de impugnación de convenio colectivo contra la Asociación Catalana de Empresas de Trabajo Temporal ACETT, la Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal GEESTA, la Unión de Empresas de Trabajo Temporal UETT, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, fundada en los siguientes hechos: El día

31 de Enero de 1997 fue suscrito por la representación empresarial formada por GEESTA, UETT, ACETT y por la representación sindical, U.G.T. y CC.OO. el II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal. El representante de la asociación demandante no firmó el acta de constitución de la comisión negociadora, acto inicial de un convenio colectivo, porque "jamás se le puso a la firma dicho documento"; alega además que no le consta que el resto de las asociaciones que integraban la representación empresarial, acreditaran el número de sus empresas asociadas. Estima la asociación demandante que el convenio impugnado lesiona gravemente los intereses de las empresas y empresarios que integran la asociación de empresas de trabajo temporal. La petición formulada se concreta en que se dicte sentencia por la que se decrete la nulidad del II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, por cuanto que el mismo conculca la legislación vigente e incurre en ilegalidades.

SEGUNDO.- Recibida la demanda por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 12 de Junio de 1997, que se celebró el día señalado, con la intervención de las partes, a excepción del Ministerio Fiscal que estaba emplazado como parte, y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones; antes del inicio del juicio se llevó a cabo, sin resultado, intento de conciliación.

TERCERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 1 de Julio de 1997, cuyo FALLO es el siguiente: "En el proceso de impugnación de convenio colectivo seguido a virtud demanda promovida por ASOC EMPRE TRABAJO TEMPORAL FEDETT contra ACETT, GEESTA, UETT, CCOO, UGT y MINISTERIO FISCAL, estimamos la excepción de falta de legitimación activa en la demanda en relación a la impugnación de los arts.9 y 10 del convenio colectivo que se reseñará; y entrando en lo demás en el fondo de la demanda, con referencia al II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal publicado en el BOE de 3 de marzo de 1997, conforme a lo acordado en Resolución de la Dirección General de Trabajo de 12 de febrero de 1997 que así mismo ordena la inscripción el Registro establecido al efecto en el expresado Centro Directivo, desestimando en lo

demás la demanda". En esta sentencia se recogen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Que por resolución de la Dirección General de Trabajo de 12 de febrero de 1997, publicada en el BOE de 3 de marzo de 1997, se ordena la inscripción en el Registro establecido al efecto en el expresado Centro Directivo y la publicación del II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal con ámbito territorial a todo el Estado Español y vigencia desde 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 1999 y suscrito entre las partes negociadoras en 31 de enero de 1997.

2º).- La Comisión Negociadora del expresado convenio se constituyó el 14 de octubre de 1996 hallándose integrada la representación empresarial, por GEESTA Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal que contaba con una afiliación de ciento quince empresas radicadas en más de una comunidad autónoma, Unión de Empresas de Trabajo Temporal que integraba diez y nueve empresas también radicadas en más de una comunidad autónoma, FEDETT que integraba cuarenta y cinco empresas radicadas así mismo en diversas comunidades autónomas y Associació d'Empreses de Treball Temporal que integraba veinticuatro empresas ubicadas en el ámbito de la Generalidad de Cataluña, todo ello con el detalle que se contiene en los respectivos certificados aportados al ramo de prueba de las demandadas, hallándose inscritas las empresas afiliadas a cada asociación en los correspondientes registros de empresas de trabajo temporal a cargo de la Administración General del Estado y de las respectivas Comunidades Autónomas a la fecha de constitución de la comisión negociadora, según consta en documento unido a la pieza de prueba de las partes demandadas que se da por reproducido, estando integrada la totalidad del sector por un total de 383 empresas entre las inscritas en el Registro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las que lo han sido en el de las respectivas comunidades autónomas y no constando el número de trabajadores que a la fecha referida ocupaban las empresas del sector; la parte social de la comisión negociadora del convenio se hallaba integrada por los sindicatos Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras;

3º).- El acta constitutiva de la mesa negociadora del convenio, que se aportó en el ramo de prueba de las demandadas y que se da por reproducida en todos sus



extremos, fue suscrita por el presidente de la comisión, que se nombró sin discrepancia en la misma sesión y en ella aceptó su cargo; ulteriormente en el curso de la negociación y concretamente en 20 de diciembre de 1996 por la asociación empresarial FEDETT se comunicó a los demás miembros integrantes de la comisión negociadora su decisión de abandono de la mesa de negociación y su voluntad de no asumir en su día el convenio que pudieran concertar los demás miembros del órgano de negociación, cuya decisión comunicó también FEDETT en 27 siguiente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales."

CUARTO.- La Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, FEDETT, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia. En el escrito de interposición de tal recurso se diferencian cuatro números o apartados, y se termina suplicando "se dicte sentencia por la que, revocando la recurrida, se deje sin efecto alguno".

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y tras formular las partes recurridas, Asociación Catalana de Empresas de Trabajo Temporal ACETT, la Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal GEESTA, la Unión de Empresas de Trabajo Temporal UETT, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores la pertinente impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente tal recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 6 de Mayo de 1998, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Como indica el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el recurso de casación que ahora se analiza, se incumplen de forma palmaria los requisitos exigibles en esta clase de recursos, que son de naturaleza extraordinaria, pues el escrito de interposición se estructura como una demanda, o a lo sumo como la formalización de un recurso de apelación, sin atenderse a lo que se establece en los arts. 203 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Y aunque esos defectos de planteamiento justifican el rechazo de dicho recurso, en aras a dar cumplida

satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva se procede seguidamente a analizar las diferentes alegaciones que se exponen en tal escrito de interposición.

SEGUNDO .- En el punto o apartado primero del escrito de interposición del comentado recurso, la entidad recurrente manifiesta su disconformidad con los hechos probados de la sentencia de instancia, aludiendo en concreto al hecho segundo, "en el sentido de que la constitución de la Comisión negociadora del II Convenio Colectivo Estatal de empresas de trabajo temporal no se hizo con los formalismos y requisitos necesarios, toda vez que no existe Acta de constitución de tal Comisión negociadora". Pero esta alegación carece totalmente de virtualidad y fundamento.

En el hecho probado tercero de la resolución impugnada se declara que "el acta constitutiva de la mesa negociadora del Convenio, que se aportó al ramo de prueba de las demandadas y que se da por reproducida en todos sus extremos, fue suscrita por el presidente de la comisión".

A la vista del contenido de esta afirmación fáctica de la sentencia recurrida, quiebra por completo la alegación que expresa el punto o apartado primero del recurso, por cuanto que:

No se dice en qué apartado del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral se funda; es más ni siquiera se menciona este art. 205.

No se menciona tampoco ningún documento que obre en autos que demuestre que la declaración referida es incierta o errónea. Se alude a una "certificación del Presidente de la comisión negociadora", pero dicho documento ni es una certificación, ni acredita en modo alguno tal error de hecho, sino que, por el contrario, lo que en él se expone coincide por completo con esa declaración.

Las afirmaciones fácticas del hecho tercero de la sentencia de instancia no pueden ser desvirtuadas en este recurso de casación, argumentando que el documento en que las mismas se basan "es simplemente una certificación del Sr. Presidente de la comisión negociadora de dicho convenio, pero no el texto y acta firmada por todas las partes participantes en dicha Comisión negociadora". Téngase en cuenta que en un recurso de casación las manifestaciones de carácter fáctico de la sentencia recurrida

sólo pueden ser destruidas mediante prueba que evidencie el error de las mismas; no siendo, en modo alguno, admisible limitarse a poner en duda la fuerza probatoria de los documentos que aquélla tomó en consideración.

A lo que se añade que no consta ni se aprecia razón alguna para no tener por cierta la copia del acta de constitución de la mesa negociadora, que obra a los folios 232 y 233 de estos autos (documento nº 3 de los aportados por las demandadas); sin que esta aseveración resulte quebrantada por la circunstancia de que tal acta sólo aparezca firmada por el Presidente de la comisión. La Sala de instancia, al valorar la prueba practicada, consideró que dicha copia del acta constitutiva era cierta y veraz, y esta conclusión de claro carácter fáctico sólo puede ser desmontada en casación mediante el cauce del apartado d) del art. 205, esto es con base en documentos que obren en autos y demuestren la equivocación de tal aseveración; pero, como se ha indicado, el documento que se alega en este motivo no acredita en modo alguno el pretendido error.

La alegación de que el acta constitutiva carece de validez por estar sólo firmada por el Presidente de la Comisión, es de carácter jurídico; por ello para poder prosperar tenía que haberse fundado en el apartado e) del art. 205 mencionado, y además, y sobre todo, tenía que haberse consignado el precepto o preceptos legales que se consideran infringidos al otorgar validez a la misma. Y nada se ha hecho en este primer motivo en este sentido.

Procede, en consecuencia, el rechazo de la alegación contenida en el punto primero del escrito de formalización del recurso.

TERCERO.- Igual suerte adversa ha de correr el apartado o motivo segundo del escrito que estamos examinando, toda vez que:

Tampoco en este motivo se precisa cual es el apartado del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral en que se apoya; no haciéndose tampoco ninguna alusión a este precepto

Y este defecto cobra especial relevancia en este caso, dado que en este punto segundo se mezclan alegaciones de hecho y de derecho, con lo que no es posible saber en qué apartado del art. 205 se encuadra el mismo.

Como se acaba de consignar, en este motivo se mezclan confusamente razonamientos jurídicos y valoraciones fácticas, lo que constituye razón bastante para su decaimiento.

En relación con los hechos, se reitera la afirmación de que no existe acta constitutiva de la mesa negociadora. Esta cuestión ya fue examinada en el fundamento de derecho anterior, siendo las razones expuestas en el mismo plenamente extensibles a este motivo: por ello, se rechaza esta concreta alegación del motivo segundo con base en los razonamientos contenidos en ese fundamento anterior.

Además se aduce en este motivo que "tampoco se levantó ningún acta de las múltiples reuniones que se celebraron durante la negociación del citado Convenio Colectivo". Pero esta concreta alegación no se formuló en la demanda origen de este proceso, no constando tampoco que hubiese sido expresada en el acto de juicio, ni tampoco ha sido tratada esta cuestión en la sentencia de instancia, lo que pone de manifiesto que la misma constituye una cuestión nueva, planteada por vez primera en este recurso de casación, lo que determina su inviabilidad, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial contenida en numerosas sentencias de esta Sala, de las que citamos las de 23 de Septiembre, de 1997, 8 de Abril de 1991 y 11 de Julio de 1989, entre otras muchas.

En este motivo se hace referencia únicamente a dos preceptos legales: los arts. 82-3 y 3-3 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, en realidad no se alega de forma directa y explícita la conculcación de estos preceptos; la mención de los mismos se debe a que en el motivo se cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de Julio de 1995, en cuyo texto se alude a estos artículos.

En cualquier caso es obvio que la argumentación que se apoya en estas dos disposiciones, afecta sólo y exclusivamente a la alegación de inexistencia de las actas de "las múltiples reuniones que se celebraron durante la negociación" del convenio que se impugna; y, como se señala en el número anterior, dicha alegación ha de ser rechazada "ad límine" por tratarse de una cuestión nueva, que se suscitó por vez primera en este recurso de casación; con lo que carece de viabilidad y eficacia la cita

de los dos artículos mencionados. Es más, aunque, como mera hipótesis de trabajo, entendiésemos que procedía examinar la infracción de los arts. 82-3 y 3-3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la específica materia a que se acaba de aludir, se llegaría a análoga solución desestimatoria de la pretensión de la recurrente, habida cuenta que no pueden considerarse conculcados dichos artículos por la causa comentada, pues la misma no tiene nada que ver con lo que en ellos se dispone.

Debe añadirse además que tampoco puede sostenerse la vulneración de dichos artículos (que como se ha expresado son los únicos que se citan en este motivo segundo) por la inexistencia del acta constitutiva de la mesa negociadora del convenio, pues tal acta constitutiva existe, como declara el hecho probado tercero de la sentencia de instancia; declaración fáctica que no ha resultado alterada ni desvirtuada en este recurso.

Ni el art. 82-3 ni el 3-3 del Estatuto de los Trabajadores disponen que el acta de constitución de la comisión negociadora del Convenio colectivo tenga que ser firmada por todos los intervinientes en ese acto constitutivo; es más, estos preceptos no se refieren a la constitución de dicha mesa negociadora, ni a los requisitos que tiene que cumplir el acta en que se recoja su constitución. Por ende, es evidente que la sentencia impugnada, al dar validez al acta constitutiva de autos, no infringió tales normas.

No puede, en consecuencia prosperar el segundo motivo del recurso.

CUARTO .- El número o motivo tercero del escrito de formalización del recurso también adolece de defectos de planteamiento de indiscutible relevancia, toda vez que tampoco en él se cita el art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni se precisa el apartado del mismo en que dicho motivo se funda; se mezclan de forma indiscriminada distintas cuestiones o temas de impugnación; y en realidad no se alega expresamente la infracción por la sentencia de instancia de alguno o algunos preceptos legales.

Pero además, obligan al rechazo de este motivo las consideraciones siguientes:

En la demanda origen de estas actuaciones se impugna el convenio colectivo de autos no sólo por ilegalidad, sino también por lesividad; y, en relación con esta

impugnación por lesividad, la sentencia recurrida estima la falta de legitimación activa de la Asociación empresarial demandante, basándose para ello en lo que dispone el art. 163-1-b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Es totalmente correcta la decisión adoptada por tal sentencia, puesto que, en lo que atañe a esa impugnación del convenio por lesividad, se ha de tomar en consideración el apartado b) de dicho art. 163-1, y no el apartado a) del mismo, como pretende la recurrente, pues es claro que este último apartado regula las impugnaciones por ilegalidad, mientras que el apartado b) se refiere a las impugnaciones por lesividad. Y las distintas empresas que componen la asociación empresarial FEDETT, actora en esta litis, no son en absoluto terceros en relación con el convenio colectivo a que se contraen en estas actuaciones, lo que pone en evidencia su falta de legitimación, dado que este apartado b) del art. 163-1 únicamente la reconoce, "si el motivo de la impugnación fuera por lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado".

Es evidente, por tanto, que la resolución recurrida no ha vulnerado ninguno de los preceptos que se acaban de indicar.

Tampoco puede sostenerse que dicha sentencia haya infringido los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores al desestimar las pretensiones de la demanda, origen de este proceso relativas a estos preceptos legales, toda vez que:

En la demanda origen de estas actuaciones, y en relación con esos artículos, solamente se afirma (en el número segundo de la misma) que "a mi representada no le consta que las distintas Asociaciones integrantes de la representación empresarial hayan acreditado fehacientemente el número de empresas asociadas a cada una de ellas, por lo que el grado de representatividad exigido por la Ley del Estatuto de los Trabajadores no está acreditado de manera fehaciente". Y esta alegación se mantuvo sin variación alguna en el acto de juicio. Por ello es incuestionable que la impugnación del convenio efectuada por la entidad demandante, en lo que respecta a los citados arts. 87 y 88, se basó única y exclusivamente en la alegación de que las asociaciones empresariales firmantes del Convenio no contaban con suficiente "número de empresas asociadas".

Así pues ni en la demanda inicial, ni en ningún momento posterior de la fase de instancia de este proceso, la entidad demandante y ahora recurrente puso en duda que el número de los trabajadores que prestaban servicios en las empresas integradas en las asociaciones firmantes alcanzase los límites que fijan los arts. 87, números 3 y 4, y 88-1 y la Disposición Adicional Sexta, número 1, del Estatuto de los Trabajadores; en dicha fase de instancia no se alegó, en parte alguna, que el número de tales trabajadores fuese inferior a los porcentajes que exigen estas normas. Por ello, es totalmente correcta la conclusión a que llega la sentencia recurrida al sostener que no basando la parte actora "su impugnación en el dato del censo laboral de empleo en el sector por las empresas que suscribieron el convenio, decae también en este extremo la impugnación deducida por la demandante", siendo indiscutible que tal sentencia, en lo que respecta a este extremo concreto, no ha infringido, en absoluto las disposiciones legales que se acaban de mencionar. Aducir ahora, en el recurso de casación, que "ninguna de las asociaciones firmantes del Convenio Colectivo impugnado ha acreditado, en ningún momento, el número de trabajadores ocupados en las mismas", carece por completo de relevancia y efectividad por cuanto que al no haber alegado la demandante en su demanda que ese número de trabajadores fuese insuficiente, las demandantes no estaban obligadas a demostrar cual era ese número; y además, suscitar tal cuestión por vez primera en el recurso de casación constituye una cuestión nueva que ha de ser rechazada, como se ha indicado en párrafos anteriores.

Y en cuanto al número de empresas encuadradas en las asociaciones patronales firmantes del comentado convenio, es evidente que GEESTA y ACETT cumplen perfectamente los requisitos que en cuanto a este extremo exigen los números 3 y 4 del art. 87 y la Disposición Adicional Sexta, número 1, del Estatuto de los Trabajadores, como explica con detalle y extensión la sentencia recurrida en acertados razonamientos. Y aunque es cierto que esos requisitos no se respetan ni alcanzan por la entidad UETT, esta circunstancia no invalida, en absoluto, el convenio de autos, dado que GEESTA y ACETT sí los cumplen, y por ello su actuación otorga plena validez al mismo; sin que el hecho de que también haya

intervenido UETT pueda quebrantar la legalidad de este convenio, pues no existe norma legal alguna que disponga tal cosa.

Procede, por consiguiente, rechazar el número o motivo tercero del escrito de interposición del recurso, en lo que se refiere a las alegaciones estudiadas en los puntos 1 y 2 inmediatos anteriores.

En este motivo tercero también se alude, una vez más, al acta de constitución de la mesa negociadora y a la falta de firma de los intervinientes en aquel acto, y el art. 29-2 del Convenio conculca el art. 109 de la Ley General de la Seguridad Social. De estas dos cuestiones, la primera ya ha sido examinada y rechazada en los anteriores fundamentos de derecho de esta misma sentencia; y la segunda será estudiada algo más adelante.

QUINTO.- El epígrafe o motivo cuarto del escrito de formalización adolece, como los anteriores, de importantes vicios de planteamiento. Sigue sin hacerse referencia ni mención alguna al art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni al apartado del mismo en que se funda el motivo; es más lo que en realidad hace el recurrente en este cuarto motivo es "reproducir (en buena parte) el texto de la demanda presentada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional", y es obvio que la estructura y forma de un recurso de casación son manifiestamente diferentes de las que corresponden a una demanda.

A estas graves deficiencias, se añaden las consideraciones siguientes:

Se tachan de ser contrarios a ley los arts. 25, 26-6, 28, 30, 32-2, 33 y 37-2 del II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal. Todos estos artículos regulan determinadas condiciones de trabajo del personal en misión, remitiéndose a lo que se establece en los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias. Esta especial regulación, mediante remisión a esos otros convenios, se refiere al salario base de convenio (art. 25), a los complementos salariales (art. 26-6), a las gratificaciones extraordinarias (art. 28), al "proceso de convergencia salarial" (art. 30), a la duración de la jornada laboral (art. 32-2), a las horas extraordinarias (art. 33), y a la retribución de las vacaciones (art. 37-2). La asociación patronal recurrente estima que con este particular modo de regular las condiciones de trabajo dichas "no



se está dando cumplimiento a lo establecido en el art. 37 de la Constitución española".

Ninguna vulneración legal se comete en los citados preceptos del Convenio impugnado; antes al contrario el art. 11-1-a) de la Ley 14/1994, de 1 de Junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, admite perfectamente tal clase de regulación en relación con las retribuciones de los trabajadores en misión; sin que se aprecie razón alguna para sostener un criterio diferente en relación con las demás materias antes citadas. Es más, este modo de regular las condiciones de trabajo de los empleados en misión se acomoda mejor a las exigencias del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, e incluso del art. 14 de la Constitución, pues se evita con ello que trabajadores que desarrollan la misma actividad en el mismo centro tengan condiciones de trabajo diferentes.

Por ende, la sentencia recurrida no ha vulnerado norma legal alguna al haber desestimado esta específica impugnación, a que se refiere el apartado B) del motivo analizado.

Además en el apartado C) de este cuarto motivo se trata de la impugnación de los arts. 9-6 y 10 del Convenio colectivo mencionado, los cuales establecen "los recursos económicos que resulten necesarios" para el funcionamiento de la Comisión Paritaria Estatal, ordenando que tales recursos no superarán "el importe equivalente al 0'05 % de la masa salarial de las empresas de trabajo temporal" (art. 9-6, y además en el art. 10 se prescribe que dicha Comisión "dotará, con cargo al presupuesto contemplado en el art. 9-6", a las Comisiones Delegadas de Seguimiento, "de los medios instrumentales, materiales y personales necesarios" para el funcionamiento de las mismas.

Pero en este apartado C) del cuarto motivo no sólo se razona sobre esos arts. 9-6 y 10, sino que se vuelve a aludir a los preceptos mencionados en el punto 1) inmediato anterior de este fundamento de derecho, que establecieron la remisión a la regulación de los convenios colectivos propios de las empresas usuarias. Lo que en realidad se está haciendo en este apartado C), tanto en relación con aquellos arts. 9-6 y 10 como en cuanto a estas disposiciones, es impugnarlos por lesividad. Esto es

claro, como pone en evidencia la simple lectura de este apartado C), cuyas razones se basan en el elevado coste económico que supone para las empresas de trabajo temporal la aplicación de esas disposiciones, lo que "conlleva la lesión grave para los intereses" de las mismas, reiterándose que con tales normas "se lesionan gravemente los intereses" de esas empresas.

Así pues, es obvio que la alegación base de este apartado C) del cuarto motivo se centra sobre la impugnación del Convenio de autos por lesividad. Ahora bien, ya ha quedado claro, en el número 1 del cuarto fundamento de derecho de esta sentencia que la asociación empresarial FEDETT carece de legitimación para formular tal clase de impugnación, por lo que necesariamente tiene que decaer tal alegación.

En cualquier caso, ni lo que se dispone en los arts. 9-6 y 10 del Convenio vulnera los arts. 37 de la Constitución, 82 del Estatuto de los Trabajadores, ni el 109 de la Ley General de la Seguridad Social, únicos que se citan como infringidos en este motivo cuarto; ni los mismos han resultado conculcados, en consecuencia por la sentencia de instancia. Se recuerda que en el número 1 de este fundamento de derecho se ha desestimado la impugnación por ilegalidad de los arts. 25, 26-6, 28, 30, 32-2, 33 y 37-2 del Convenio de autos.

Resulta claro, por ende, que no pueden prosperar los alegatos recogidos en los apartados B) y C) del cuarto motivo del recurso.

SEXTO.- Queda tan solo por estudiar la impugnación del art. 29-9 del Convenio, impugnación que se expone tanto en los párrafos finales del tercer motivo, como en el apartado A) del cuarto.

Este art. 29-2 establece:

"De las cantidades que las empresas satisfagan al personal estructural por encima de lo pactado en el presente convenio colectivo, se podrá imputar hasta un máximo mensual de 10.000 ptas., en cada una de las doce pagas ordinarias, en concepto de plus extra salarial de transporte y distancia. El mismo criterio regirá para el personal en misión durante el año 1997".

La asociación empresarial demandante y ahora recurrente alega que el artículo del convenio que se acaba de reseñar, vulnera el art. 109 de la Ley General de la

Seguridad Social. Y la sentencia recurrida rechaza esta impugnación con base en las siguientes razones: "debe señalarse que en sí la previsión del convenio al particular no autoriza la transmutación de naturaleza salarial a extra salarial de tales cantidades en cuyo caso sí afectaría a la legalidad establecida en la Ley de S.S., por lo que en principio, y a salvo lo que se derive de su aplicación singular o plural sí pone de relieve una realidad contraria a las previsiones legales, no puede afirmarse que tal precepto por el establecimiento de esta norma en sí, se halle en contradicción con el art. 109 de la LGSS; sin que de suyo sea contraria a derecho, por otro lado, la objetivación a tanto alzado del importe de los aludidos conceptos extra salariales, mientras no se ponga de relieve, como no se pone, su inadecuación a la realidad".

La Sala considera plenamente acertados estos argumentos, que ponen de manifiesto que el comentado art. 29-1 del convenio no permite convertir retribuciones de carácter salarial que se viniesen percibiendo anteriormente en conceptos extra salariales, debiendo ser rechazada cualquier interpretación del mismo que condujese a admitir esa conversión.

Las razones expresadas por la sentencia recurrida hacen ver que la imputación de cantidades al pago del plus extra salarial de transporte y distancia, que dicho art. 29-2 permite, únicamente será posible llevarla a cabo cuando exista realmente una situación que dé derecho a percibir ese plus en la cuantía adecuada.

Es claro, por consiguiente, que la sentencia de instancia no ha infringido el art. 109 de la Ley General de la Seguridad Social, lo que obliga a rechazar las alegaciones que se esgrimen en los párrafos finales del motivo tercero y en el apartado A) del motivo cuarto del recurso.

SÉPTIMO .- A la vista de todo cuanto se deja dicho, procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal FEDETT, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de Julio de 1997.

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación, interpuesto por el Letrado don Antonio de la Fuente García, en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, FEDETT, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 1 de Julio de 1997 en los autos de juicio núm. 88/97, iniciados en virtud de demanda presentada por la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, sobre impugnación de convenio colectivo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, 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.

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

### **XXIII. BIBLIOGRAFIA**

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.
- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.
- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.
- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.



- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones.

<http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas,  
27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, N° 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, n° 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

**T**ALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS  
ET SACRIFICIUM