

11/2/14

ES COPIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA

ILMOS. SRES.:

DOÑA MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ,

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO,

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a 29 de enero de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 221/2.014

En el recurso de suplicación interpuesto por S.A. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz, autos nº /12; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos, se presentó demanda por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía contra el Ayuntamiento y S.A., sobre contrato de trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 18-1-12 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

“PRIMERO.- MIGUEL , RAMÓN y FRANCISCO , tras la formalización de sus respectivos contratos con S.A., han venido prestando sus servicios retribuidos por esta, los dos primeros como oficial 3ª con

antigüedad de 16-9-02 y el tercero como oficial 2ª con antigüedad de 19-9-02.

SEGUNDO.- Dichos servicios, hasta la fecha de 28 de abril de 2.010 consistían en los trabajos físicos para llevar a cabo el mantenimiento de la señalización vial (p.e. semáforos, señales verticales de tráfico, pintura de la señalización horizontal de tráfico, etc.) en el municipio de [redacted] cuya competencia administrativa pertenecía al Área de Tráfico, Alumbrado Público, Protección Civil y Transporte Urbano del AYUNTAMIENTO [redacted]. Los mismos se llevaban a cabo de la siguiente manera:

La dirección de dicha área pertenecía a

Bajo las instrucciones de dicho director actuaba otro empleado municipal, José [redacted] que tras recibir las instrucciones de aquel, recogía y transportaba a los tres trabajadores a los puntos exactos donde debían ejecutarse los trabajos y permanecía junto a los mismos dando las órdenes concretas sobre la forma de ejecutar los trabajos; en los días previos a la práctica de la inspección José [redacted] optó por quedar directamente con los trabajadores en el lugar donde debían llevarse a cabo los trabajos;

Todos los gastos del material necesario para llevar a cabo los trabajos tales como vehículos, teléfonos, estructuras metálicas y pinturas, los abonaba el Ayuntamiento.”

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada S.A., que fue impugnado por las demandantes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En la demanda de proceso de oficio que ha dado origen a las presentes actuaciones se reclama por la Consejería demandante que se declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores de la empresa demandada al Ayuntamiento demandado. La sentencia recurrida estima la demanda. La parte recurrente solicita, como primer motivo de suplicación, con base en el artículo 193 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la nulidad de las actuaciones por la infracción del artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable al caso de autos, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley de la Jurisdicción Social, invocando que le ha producido indefensión la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento. Desfavorable acogida merece seguir esta pretensión, pues el procedimiento adecuado es el de oficio. El artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que se iniciará el procedimiento de oficio “en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y el sujeto responsable las haya

impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Por consiguiente, dado que en la impugnación de las actas de infracción se cuestionó la existencia de una cesión ilegal de los trabajadores, que es competencia del orden social, es ajustada a derecho la iniciación del procedimiento de oficio. Con el mismo amparo procesal, se solicita la nulidad de las actuaciones por insuficiencia de hechos probados, invocando la vulneración del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Pues bien, en el caso de autos, la sentencia recurrida contiene todos los hechos probados necesarios para dar una respuesta a lo que constituye el objeto de la litis, sin que esta Sala aprecie en la misma, la insuficiencia alegada por la parte recurrente, por lo que se desestima este motivo de recurso, al no apreciarse la infracción denunciada.

SEGUNDO: La parte recurrente solicita, como tercer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la revisión del hecho probado tercero de la sentencia recurrida; pretensión que no ha de prosperar, pues ya aparece recogido que se han levantado actas de infracción y, por no constituir prueba documental en sentido técnico procesal las alegaciones de la empresa en el expediente sancionador, al contener manifestaciones de parte. Igual suerte desestimatoria ha de seguir el cuarto motivo de suplicación, en el que se solicita la adición de un nuevo hecho probado, en el que conste el sistema de trabajo adoptado a

partir del 28 de abril de 2010, pues no se evidencia error del juzgador de las actas de infracción y, se basa también en las alegaciones de la empresa en el expediente administrativo, que no constituyen prueba documental, como se ha indicado anteriormente.

TERCERO: La parte recurrente denuncia, como quinto motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores; y, como último motivo, la infracción de la jurisprudencia que reseña. Ambos serán objeto de análisis conjunto, pues la controversia suscitada se centra en determinar si ha existido o no cesión ilegal. Debe analizarse si ha existido entre las entidades demandadas una descentralización productiva, que es una práctica lícita que puede llevarse a cabo por el outsourcing o por el help desk, o si ha existido una cesión ilegal de trabajadores. De conformidad con el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores “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”. De la hermenéutica gramatical de precepto se extrae que basta con la concurrencia de alguno de los

requisitos expuestos, para que se aprecie la existencia de cesión ilegal de trabajadores. La segunda circunstancia exigida por el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores para acreditar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores consiste en que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable y de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. Es cierto como han declarado, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (Recurso 1818/2010), de 8 de marzo de 2011 (Recurso 791/2010), de 4 de marzo de 2011 (Recurso 3463/2010), de 3 de marzo de 2011 (Recurso 2092/2010), de 2 de marzo de 2011 (Recurso 2095/2010) y de 28 de febrero de 2011 (Recurso 1661/2010), que no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión lícita, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a suministrar la mano de obra sin contribuir con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. Consta acreditado que, siguiendo las instrucciones del director del área del Ayuntamiento, actuaba otro empleado municipal, que recogía y transportaba a los tres trabajadores a los puntos exactos donde debían ejecutarse los trabajos y permanecía junto a los mismos dando las órdenes concretas sobre la forma de ejecutar los trabajos. En los días previos a la práctica de la Inspección, el empleado municipal optó por quedar directamente con los trabajadores en el lugar donde debían llevarse a cabo los trabajos. Todos los gastos del material necesario para llevar a cabo los trabajos tales como vehículos, teléfonos, estructuras metálicas y pinturas, los

abonaba el Ayuntamiento. Ello nos lleva a afirmar que la empresa cedente no contaba con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, ni tenía una organización propia y estable. Y, además, era el Ayuntamiento el que ejercía los poderes de dirección y organización inherentes a la condición de empleador respecto de los trabajadores. Todo ello permite afirmar que se ha producido una cesión ilegal de trabajadores. Se invoca, por último, por la parte recurrente que a partir del 28 de abril de 2010 se implantó un nuevo sistema de trabajo. Debe resaltarse que cuando la sentencia de instancia indica que, al menos, hasta el 28 de abril de 2010, se mantuvo esta situación, lo hace porque la última visita de la Inspección tuvo lugar en esa fecha, pero no porque a partir de la misma se cambiara el sistema. Procede, en consecuencia, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida. La empresa recurrente pierde el depósito efectuado para recurrir y, es condenada en costas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por S.A. y confirmamos la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz, autos nº /12, promovidos por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía contra el Ayuntamiento y S.A. La empresa recurrente pierde el depósito efectuado para recurrir y, es condenada en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo, se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar haber efectuado el depósito de **600 €**, **en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banesto, en la Cuenta-Expediente nº 4052 0000 35-xxxx (nº ROLLO)-xx (año), especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso"**.

Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado y, en su caso, el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

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 de la asistencia letrada de la parte que impugnó el recurso en cuantía de seiscientos euros (600 euros) 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 artículo 235.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Sevilla a 4-2-14.

La extiendo yo, el/la Secretario/a para hacer constar que, una vez extendida la anterior **sentencia** y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fe.