



Roj: STSJ CL 5201/2011
Id Cendoj: 47186340012011101646
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Valladolid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1111/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01111/2011

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL VALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2010 0203303

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001111 /2011 JM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000475 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., ATOS ORIGIN SAE

Abogado/a: MARTINIANO LOPEZ FERNANDEZ, JOSE ALBERTO RODRIGUEZ LLORENTE

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., ATOS ORIGIN SAE , Manuel , NEXTEL E.S. S.L. , COMPUSOF S.A.

Abogado/a: MARTINIANO LOPEZ FERNANDEZ, JOSE ALBERTO RODRIGUEZ LLORENTE , JAVIER MARIJUAN IZQUIERDO , OLGA LEIRA RUBALCABA , ANA PEREZ SALADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Iltrmos. Sres.: Rec. 1.111/2011

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sección

Dª. Carmen Escuadra Bueno

D. José Manuel Riesco Iglesias/

En Valladolid a veinticinco de octubre de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1.111/2011, interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y ATOS ORIGIN SAE contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Valladolid, de fecha 23 de noviembre de 2.010 , (Autos núm. 475/2010), dictada a virtud de demanda promovida por D^a. Manuel contra las empresas recurrentes y contra NEXTEL, E.S., S.L. y COMPUSOF, S.A., sobre DERECHOS-CESION ILEGAL DE TRABAJADORES.

Ha actuado como Ponente el lltmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2010 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. Dos de Valladolid demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia estimando, referida demanda.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:" PRIMERO.- La demandante D^a. Manuel , ha venido prestando sus servicios de tareas de mantenimiento informático soporte local y de forma telefónica en remoto, en las Instalaciones de Telefónica de España SAU desde el 5 de julio de 2005 para sustituir a un empleado de la citada empresa que pasó a situación de liberado sindical, contratada inicialmente por la codemandada COMPUSOF, S.A. que facturaba a Telefónica Soluciones de OUTSOURCING, S.A. por mensualidades de "técnico de sistemas para Tde y gastos varios" hasta el 5 de julio de 2007 a virtud de condiciones generales que constan a los folios 909 y 910 vueltos. A partir de dicha fecha se adjudicó contrato de prestación de servicios de software hasta el 31.8.2008 a NEXTEL, E.S, S.L. que suscribió contrato de trabajo con la demandante que siguió realizando las mismas tareas en Telefónica. Telefónica adjudica la contratación de servicios de explotación y mantenimiento de puestos de trabajo, que antes tuvieron COMPUSOF y NEXTEL a la codemandada ATOS ORIGIN SAE que suscribe contrato de trabajo con la demandante que sigue desempeñando las mismas funciones en Telefónica en las instalaciones que ésta tiene en la PI Luis Braille en el barrio Vadillos de Valladolid y desde junio de 2009 en las de Huerta del Rey. El contrato de prestación de servicios de Telefónica y Atos obra a los folios 436 y ss que en aras a la brevedad se da aquí por reproducido y se establece como objeto "Prestación de servicios de explotación y mantenimiento de puestos de trabajo (2008-2011)" conforme al pliego ede condiciones cuya copia obra a los folios 469 y ss que se da igualmente por reproducido.- SEGUNDO.- desde el 5 de julio de 2005 la prestación laboral de la actora se ha desarrollado siempre en las instalaciones propias de Telefónica realizando el trabajo de forma presencial para el mantenimiento del soporte local y también de forma telefónica para mantenimiento en remoto.- La demandante ha trabajado en Telefónica integrada en su estructura conjuntamente con otros trabajadores de dicha empresa de forma coordinada compartiendo medios y trabajos.- Las funciones que desarrolla la actora son ordenadas y controladas por D. Adriano y D. Cayetano , personal de Telefónica, que es quien da las oportunas órdenes de trabajos e instrucciones de forma directa a la actora. Es la única trabajadora de ATOS ORIGIN que trabaja en telefónica en Valladolid sin que exista en Valladolid personal alguno que haga funciones de control y ordenación de su trabajo.- La trabajadora ha estado integrada hasta Junio de 2009 en los turnos y rotaciones de los cuatro trabajadores de Telefónica que hacen iguales funciones.- La demandante firmada para Telefónica documento de confidencialidad sobre los datos de clientes y personales.- Se ponían de acuerdo ella y los empleados de Telefónica de Valladolid que realizaban mantenimiento del soporte local y en remoto para el disfrute de las vacaciones, los permisos y la asistencia a actividades de formación para que el servicio quedara cubierto.- Las instrucciones se emitían a través de correo electrónico en red de la propia telefónica y habitualmente a través de cuenta de correo corporativo en el que figuraban empleados de telefónica y la actora, limitándose el coordinador de ATOS D. Gabriel a enviar correos de control a posteriori y con frecuencia mensual.- TERCERO.- La demandante presentó papeleta de conciliación frente a Telefónica y Atos Origin SAU el 16 de abril de 2010, celebrándose el preceptivo intento el 5 de mayo de 2010 que resultó sin efecto. Presentándose demanda el 11 de junio de 2010 que fue turnada a este Juzgado el 14 siguiente.- CUARTO.- El 30 de abril de 2010 el contrato de arrendamiento de servicios que prestaba ATOS ORIGIN SAU se adjudica a otra empresa que no contrata a la demandante que continúa trabajando para ATOS ORIGIN SAU en Boecillo (Valladolid).- QUINTO.- En abril de 2010 ATOS ORIGIN fue objeto de inspección en Madrid levantándose contra la misma acta de infracción por cesión ilegal de trabajadores de 3GH Informática Integral por prestar servicios en Telefónica.- Dicha acta no es firme.-".

TERCERO.- Interpuestos recursos de Suplicación contra dicha sentencia por las demandadas TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. y ATOS ORIGIN SAE, fueron impugnado por las mismas así como ambos

recursos, también fueron impugnados por la demandante, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Valladolid que estimó la demanda interpuesta por DOÑA Manuel contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y ATOS ORIGIN SAE y reconoció la existencia de cesión ilegal de la trabajadora a la primera de las empresas por parte de la segunda, se alzan ambas demandadas.

Por razones de método analizaremos en primer lugar el recurso interpuesto por el Letrado de ATOS ORIGIN SAE, ya que en el mismo se plantea con carácter previo la falta de acción, ya alegada en la vista oral (la otra recurrente TELEFÓNICA, S.A.U. se refiere a esta misma cuestión si bien argumentando que la trabajadora debió ejercitar la acción antes de junio de 2009, momento en que fue cambiada de centro de trabajo desde la plaza Luis Braille a Huerta del Rey, ambos en la ciudad de Valladolid).

Invoca la recurrente ATOS el *apartado tercero del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores*, en el que no se establece un momento preclusivo para ejercitar la acción de incorporación como fijo a la empresa ilegalmente cedente o a la cesionaria, siendo constante la doctrina judicial que ha declarado la ineficacia del ejercicio de la acción de cesión ilegal cuando el contrato de trabajo estaba extinguido. En apoyo de su tesis de que el momento determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores no es el de la presentación de la papeleta de conciliación en el SMAC -criterio sostenido por la sentencia de instancia y por la trabajadora en su escrito de impugnación- sino el de la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social, invoca una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (rec. 3347/09), que más adelante glosaremos detalladamente.

Como acabamos de apuntar, la sentencia impugnada rechaza en el fundamento de derecho tercero la falta de acción opuesta por las demandadas aludiendo a la maniobra llevada a cabo por la empresa ATOS consistente en derivar a la actora a otro puesto de trabajo distinto, tras haber accionado ésta por cesión ilegal presentando la correspondiente papeleta de conciliación frente a las dos empresas demandadas, por lo que tal conducta empresarial no ha de surtir efecto alguno que perjudique a la eficacia de la acción ahora emprendida, al haberse formulado la correspondiente reclamación con anterioridad a que cesara la situación en que se encontraba la trabajadora objeto de la cesión que se pretende ilícita. Por su parte, la trabajadora recurrida en su escrito de impugnación pone de relieve dos circunstancias que, en su opinión, deben ser tenidas en cuenta: a) A partir de la incoación de un acta de infracción por cesión ilegal a ATOS en Madrid, también relacionada con la prestación de servicios en Telefónica se intenta evitar que suceda lo mismo en Valladolid por lo que desde ese momento empiezan a enviarse correos a la actora desde la mencionada empresa para dar la apariencia formal de contrata de servicios legal; y b) se advierte en el fundamento de derecho octavo que el contrato mercantil entre las partes estaba previsto que finalizara en 2011 y, sin embargo, se finaliza con más de un año de antelación ante la reclamación de la actora para así poder alegar que no tenía acción ante los tribunales para regularizar su situación.

La resolución de la cuestión previa planteada por las recurrentes nos exige exponer lo que la Magistrada denomina el proceso cronológico de lo acontecido. Pues bien, la papeleta de conciliación se presentó el día 16 de abril de 2010, celebrándose el preceptivo intento el 5 de mayo de 2010, que resultó sin efecto, presentándose la demanda el 11 de junio siguiente (hecho probado tercero). Entre la papeleta de conciliación y la demanda, concretamente el 30 de abril de 2010, el contrato de arrendamiento de servicios que prestaba ATOS ORIGIN SAE se adjudica a otra empresa que no contrata a la demandante, la cual continúa trabajando para esta empresa en Boecillo (Valladolid), según leemos en el hecho probado cuarto.

Para encontrar la solución jurídica a la alegada falta de acción debemos acudir a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (rec. 3347/09) que se invoca en el recurso interpuesto por la codemandada ATOS. En esa resolución la Sala Cuarta, analizando el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de Galicia, se plantea la determinación del momento en que persiste la acción para declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores. En la sentencia de A Coruña se había revocado la decisión del Juzgado de lo Social Nº 2 de Ferrol, negando que hubiese cesión ilegal entre la empresa que originariamente era titular de las relaciones laborales de los actores y la empresa principal o cesionaria porque en el momento de celebrarse el juicio oral la relación laboral con la primera se había extinguido y habían pasado a formar parte de la plantilla de la segunda, que se hizo cargo de los trabajadores para llevar a cabo la misma actividad (las papeletas de conciliación se habían presentado los días 25 de noviembre y 3 de diciembre de 2005 y

la demanda el día 20 de enero de 2006, haciéndose cargo de la contrata de Navantia la nueva empresa en mayo de ese mismo año).

Como sentencia de contraste se cita la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2007 . En ese caso la papeleta de conciliación se había presentado el 5 de mayo de 2006; cuatro días más tarde, el 9 de mayo, la trabajadora recibió la orden de incorporarse a la central de su empresa abandonando las instalaciones del Instituto Social de la Marina; y el 14 de julio se presentó la demanda contra las dos empresas y contra el I.S.M. La sentencia de la Sala de Madrid habla del proceso histórico y de que con anterioridad a la incorporación de la trabajadora a la central ya había presentado la papeleta de conciliación, fijando ese momento como el determinante para analizar la pervivencia de la situación de cesión ilegal a los efectos de la litispendencia.

El Tribunal Supremo argumenta que *ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre (LA LEY 11269-JF/0000) de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (STS de 8 de julio de 2.003 (LA LEY 119320/2003) -rcud. 2885/02-, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 (LA LEY 61910/2008) -rcud. 61/07- o 14 de septiembre de 2.009 (LA LEY 187382/2009) -rcud. 4232/08 - entre otras). Aplicando esa doctrina el Tribunal Supremo da un paso más matizándola para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues es en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC , cuando se producen los efectos de la litispendencia. Y acude a la jurisprudencia de la Sala Primera (sentencia de la Sección 1ª de 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/05) para señalar que debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC , los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006 , 20 de abril de 2007 (LA LEY 14299/2007), 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008. De acuerdo con esta doctrina, 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, es en ese mismo momento en el que quedan fijados los términos de la litis y, por lo tanto, en el que ha de analizarse si concurren los elementos de hecho que conducirían a la existencia de la cesión ilegal (esta misma tesis ha sido acogida implícitamente por esta Sala en la sentencia de 13 de octubre de 2010, rec. 1.405/10). Pues bien, si regresamos al proceso cronológico que han seguido los hechos concluiremos que en el momento en que presentó la demanda en el Juzgado de lo Social Nº 2 de Valladolid la trabajadora ya no laboraba en las instalaciones de TELEFÓNICA S.A.U. sino en las de ATOS ORIGIN SAE. Falta así el sustrato fáctico esencial para declarar la cesión ilegal, esto es, el trabajo para la empresa principal o cesionaria en el momento en el que se presentó la demanda. Esta conclusión no queda desvirtuada por las circunstancias invocadas por la trabajadora recurrida en su escrito de impugnación: Por una parte, no consta en los hechos probados que la dirección de ATOS comenzase a enviar correos a la actora a partir de la actuación inspectora en Madrid; y por otra, no se ha acreditado que la finalización anticipada de la contrata tuviese como finalidad eludir los derechos de la trabajadora, puesto que al folio 479 figura una comunicación de TELEFÓNICA, fechada el 22 de diciembre de 2009, en la que hace saber a ATOS su firme decisión de resolver unilateralmente el contrato de prestación de servicios en el que se incardinaba doña Manuel .*

Así pues, procede estimar los recursos interpuestos por ATOS ORIGIN SAE y por TELEFÓNICA, S.A.U., que también alega sobre la falta de acción aunque con una argumentación distinta, como ya quedó apuntado al principio.

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

ESTIMAMOS los recursos de suplicación interpuestos por las indicadas representaciones de las empresas **ATOS ORIGIN SAE y TELEFÓNICA S.A.U.** , contra la sentencia de 23 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Valladolid en los autos número 475/10, seguidos sobre **ORDINARIO** a instancia de DOÑA Manuel contra las mencionadas empresas y contra **COMPUSOF, S.A.** y **NEXTEL E.S., S.L.** , **revocando íntegramente** la misma y **absolviendo** , por falta de acción, a las demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Una vez firme esta sentencia devuélvase a las recurrentes los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el *artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **300,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 1111-11 abierta a nombre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el *art. 219.3 en relación con el 192.4 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

Firme que sea esta sentencia, devuélvase los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

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

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fé.