

Id Cendoj: 28079340052009100860
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 3106/2009
Nº de Resolución: 915/2009
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JUAN JOSE NAVARRO FAJARDO
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0003106/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00915/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 915

ILMO. SR. D. JUAN JOSÉ NAVARRO FAJARDO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

ILMA. SRA. Dª. CONCEPCIÓN URESTE GARCÍA

En Madrid, a diez de noviembre de dos mil nueve.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 915/09

En el recurso de suplicación nº 3106/09, interpuesto por TELEFÓNICA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SAU, representado por el Letrado D. Pablo Bernal de Pablo-Blanco, por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., representado por el Letrado D. Jesús Carrillo Álvarez, y por NOVA NOTIO S.L., asistida por el Letrado D. Delfín I. Acín Lisa, contra la sentencia nº 310/08 dictada por el Juzgado de lo Social Número 34 de los de Madrid, en autos núm. 735/08, siendo recurrido D. Heraclio , representado por el Letrado D. Alfonso Jesús García Sánchez, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN JOSÉ NAVARRO FAJARDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D.

Heraclio contra TELEFÓNICA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SAU, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA y NOVA NOTIO SL, en reclamación de RECONOCIMIENTO DE DERECHO POR CESIÓN ILEGAL, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 16 DE OCTUBRE DE 2008 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

"Hecho probado 1º.- Presta el demandante sus servicios de carácter laboral ordinario por cuenta, formalmente, de Nova Notio SL, con antigüedad de fecha 9 de Diciembre de 1999, categoría profesional de Programador y salario mensual total 3.917,61 euros.

Hecho probado 2º.- Además de las expresadas retribuciones fijas, entre las que se computa un plus de disponibilidad que percibía en cuantía invariable, el demandante percibía un llamado plus de disponibilidad variable que se le satisfacía por Nova Notio SL de acuerdo con la certificación de horarios y cálculo que efectuaba Telefónica Investigación y Desarrollo SAU.

Hecho probado 3º.- Dicha prestación de servicios tiene lugar inicialmente en el centro de trabajo de Emilio Vargas núm. 6, perteneciente a Telefónica de España SAU y desde principios del año 2002 en el Río Ulla 10 perteneciente a Telefónica Investigación y Desarrollo SAU.

Hecho probado 4º.- El trabajador demandante era el único contratado por Nova Notio SL adscrito a los centros de trabajo antes referidos, desplegando en los mismos funciones de Administración de Sistema (reparación, mantenimiento, preventivas...) con relación a la red de Identificación Personal (IP) de Telefónica, que desde el año 2001 se concreta en la Red RIMA, que es el desarrollo tecnológico de un Sistema anterior en el que también prestó sus servicios el actor.

Hecho probado 5º.- Desde 18 de Julio de 2000, cuando menos, TELEFONICA DE ESPAÑA SAU y TELEFONICA INVETIGACION Y DESARROLLO SAU mantienen entre sí un contrato marco de desarrollo de productos de telecomunicación y tecnologías de la información, en cuya virtud la segunda se obliga a prestar servicios por cuenta de la primera y demás Empresas del Grupo Telefónica que se adhieran "de consultoría, diseño, desarrollo, implantación, pruebas, soporte técnico de sistemas y servicios de telecomunicación, cualquiera que sea su cuantía y ámbito territorial; cuya realización sea solicitada por Telefónica de España SAU mediante las correspondientes peticiones de servicio".

A cambio de ello, Telefónica Investigación y Desarrollo SAU percibirá el precio total del trabajo y/o servicios prestados que "será el que figure en las Condiciones particulares de cada petición de servicio. Dicho precio será el resultado de aplicar: 1º Nº de jornadas/hombre previstas de personal propio, por los precios unitarios establecidos en el Anexo II; 2º Subcontrataciones; 3º Prototipos de desarrollo; 4º 13% sobre el importe de las subcontrataciones y prototipos; en concepto de gestión; 5º Otros costes directos no incluidos en los precios unitarios".

El citado Anexo II establece un precio único en pesetas/jornada y pesetas/año por actividad de personal propio y un precio único por actividad de personal ajeno. En este último caso en menor cuantía. Este esquema básico, con la lógica revisión de precios, se reproduce en los Contratos marcos de 29 de Enero de 2001, 1 de Enero de 2002, 1 de Enero de 2003; 1 de Enero de 2004, 1 de Enero de 2005, 1 de Enero de 2006 y 1 de Enero de 2007 y 31 de Diciembre de 2007, con efectos de 1 de Enero de 2008.

A partir del Anexo II del Contrato marco suscrito en fecha 1 de Enero de 2006 se establece un precio en euros por unidad de tiempo dependiendo de la actividad de que se trate (innovación tecnológica/consultoría tecnológica y jefatura de proyecto/Desarrollo/Soporte y mantenimiento e Implantación). Las normas de aplicación establecen que "Para el cálculo del precio de cada actividad en euros/año se multiplica el precio unitario en euros/un tiempo/año. A todos los efectos la unidad de tiempo: día, cuyo precio se establece más arriba comprende la realización de cada tipo de servicio durante ocho horas..."

Hecho probado 6º.- Entre TELEFONICA INVESTIGACION Y DESARROLLO SAU y NOVA NOTIO S.L. se suscribieron Acuerdos Marcos cuando menos en los siguientes años: 2001, 2003; 2004, 2005, 2006 y 2007, pactándose "anexos" con actualizaciones o novaciones modificatorias en el 2007 y 2008. Dichos Acuerdos Marcos son en gran parte mera reproducción de los suscritos entre Telefónica de España SAU y Telefónica Investigación y Desarrollo SAU, siguiendo de manera literal la estructura de éstos. Se dan por reproducidos.

Sin embargo ha de resaltarse como en materia de precio total, aparte de establecerse en el correspondiente Anexo II unas cuantías inferiores por precios unitarios, se dice que es el resultante de aplicar el precio unitario a los recursos previstos pero, aquí, multiplicados por el coeficiente 0,95. Este descuento en el contrato de 2001 se justifica por el hecho de "realizarse los trabajos y servicios en las instalaciones de la Empresa del Grupo correspondiente por lo que alguno de los conceptos que integran el precio unitario será asumido por la Empresa correspondiente del Grupo Telefónica". Esta mención desaparece en el Acuerdo de 2003 y posteriores. Además se establece un descuento por volumen de facturación que se calculará con arreglo a la fórmula que se indica.

De acuerdo con la *Cláusula 4* de los Acuerdos Marcos los precios unitarios incluyen: estudios y cálculos previos; mano de obra auxiliar de cualquier tipo y concepto; medios auxiliares y materiales de cualquier clase precisos para la buena ejecución de los trabajos, así como su transporte, preparación, montaje y desmontaje, salvo aquéllos que se pacte expresamente en la Petición de Servicio que sean aportados por Telefónica I+D; transporte de NOVA NOTIO de todo tipo (personal; equipos...); Acometidas y consumo de energía eléctrica, teléfono, fax, etc. que sean necesarias para la ejecución de los trabajos, salvo aquellos que se pacte expresamente en la petición de servicio que sean de cuenta de Telefónica I+D; Medios de seguridad precisos para cumplimentar toda la normativa vigente en materia de Seguridad; gastos de Administración y dirección, incluidas cargas sociales; beneficio industrial; cualquier otro concepto que, a tenor de lo dispuesto, en el Contrato, deba tenerse por incluido.

En el Anexo IV de cada uno de esos Acuerdos Marcos se recoge el Modelo de Peticiones de Servicio en cuyas Condiciones Particulares se establece de igual modo que "el precio total del servicio encomendado será el que resulte de aplicar los precios bases unitarios que se establecen en el Anexo nº II al Contrato en el momento de su firma multiplicados por el coeficiente 0,95 a los recursos humanos empleados durante el tiempo efectivamente consumido, todo ello desglosado según el siguiente cuadro que aplica a cada categoría (Consultor Estratégico, Jefe de Proyecto, Técnico de Sistemas, Analista Funcional, Analista Programador, Programador, Operador de Sistema u Operador de Planta) y jornadas realizadas un precio unitario (folio 1376 respecto del Acuerdo para 2004). Ello para el supuesto que el proyecto sea por soporte técnico, ya que cuando se trate de proyectos por precio cerrado, aunque se aplica el precio pactado, debe ser igualmente desglosado por categorías, jornadas y precio unitario.

Hecho probado 7º.- A efectos de comparación de precios, el contrato entre Telefónica de España SAU y Telefónica Investigación y Desarrollo SAU para el año 2007 fijaba los siguientes:

Innovación Tecnológica: 460,00 euros

Consultoría Tecnológica/Jefatura de Proyecto: 450,00 euros Desarrollo: 333,00 euros

Soporte y Mantenimiento/Implantación: 273,00 euros

Por su parte el contrato para el mismo año entre Telefónica Investigación y Desarrollo SAU y Nova Notio SL, sin considerar el descuento por facturación y el coeficiente 0,95%, establece los siguientes precios por unidad de tiempo:

Consultoría/Jefatura de Proyecto: 320,64 euros

Administración Bases de Datos/Técnica de Sistemas/Técnica de Desarrollo: 252,00 euros.

Análisis/Análisis funcional/Análisis Sistemas/Técnica de Desarrollo: 252,00 euros

Análisis Programación/Análisis Orgánico: 237,00 euros Programación: 220,50 euros.

Hecho probado 8º.- En fecha 9 de Junio de 2008 se celebró ante el SMAC de Madrid acto de conciliación solicitado por el trabajador demandante que resultó sin avenencia conciliatoria".

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente FALLO: "Que debo estimar íntegramente la demanda interpuesta por DON Heraclio contra NOVA NOTIO, S.L., TELEFONICA DE ESPAÑA SAU y TELEFONICA INVESTIGACION Y DESARROLLO SAU y a su tenor declarar la existencia de cesión ilegal de mano de obra de NOVA NOTIO S.L. (cedente) a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU y TELEFONICA INVESTIGACION Y DESARROLLO SAU (cesionarias) respecto del trabajador demandante y desde la fecha en que fue objeto de contratación por NOVA NOTIO S.L. Y por efectuada la opción a favor de su fijeza en Telefónica de España SAU".

CUARTO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de suplicación cada una de las codemandadas, siendo impugnados de contrario por el demandante D. Heraclio . Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Magistrado Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha acogido favorablemente la pretensión del demandante de que se declare judicialmente la cesión ilegal de que estima ha sido objeto, así como su derecho a ser trabajador fijo de la empresa cesionaria Telefónica de España SAU.

Frente a esta decisión se alzan las tres empresas codemandadas, las dos empresas contratantes, Telefónica de España SAU y Telefónica de Investigación y Desarrollo SAU, y la tercera empresa subcontratista Nova Notio S.L.

Los dos recursos interpuestos en representación de la empresa Telefónica de Investigación y Desarrollo SAU, en lo sucesivo, Telefónica I+D, considerada por la sentencia como intermediaria en la cesión ilegal, y Telefónica de España, en lo sucesivo Telefónica, constan de tres motivos; el primero tiene por objeto que se declare la nulidad de la sentencia, por entender que se han infringido normas y garantías de procedimiento que han producido indefensión; el segundo, la revisión fáctica de la sentencia; mientras que el tercero denuncia errores in iudicando. El recurso de la empresa subcontratista, Nova Notio, S.L. se compone de dos motivos dirigidos a modificar la declaración de hechos y de un tercero de censura jurídica.

En el primer motivo de los recursos de Telefónica I+D y de Telefónica, se denuncia básicamente que la sentencia recurrida, en su relación de hechos probados, no contiene prácticamente ningún elemento de los que, en la fundamentación jurídica, le sirven al Juzgador a quo para llegar a un fallo condenatorio.

No le falta toda la razón a los recurrentes cuando consideran que la sentencia no cumple regularmente la exigencia del *art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral* de declarar expresamente los hechos que estime probados, por cuanto que, efectivamente, la sentencia recurrida contiene en sus fundamentos de derecho muchas declaraciones con valor fáctico, que ciertamente son decisivas para el fallo estimatorio de la pretensión del trabajador accionante; pero esta irregularidad, puramente formal, no provoca ni indefensión a las partes ni la invalidez de la sentencia, como tampoco desvirtúa el valor fáctico de las declaraciones que con este carácter se recogen en la fundamentación jurídica, declaraciones que por incorporar verdaderos hechos probados podrán ser impugnadas en suplicación por el cauce procesal correspondiente, sin que sea obstáculo para ello su inadecuada ubicación en la sentencia.

Aunque los ordinales del relato fáctico de la sentencia no sean exhaustivos ni suficientes para fundamentar por sí mismos los pronunciamientos de la sentencia, lo decisivo al respecto es que el supuesto de hecho que se enjuicia quede descrito en la sentencia de manera detallada y completa, aunque sea acudiendo a los datos de carácter fáctico que se recojan en sus fundamentos jurídicos, pues lo importante es que los litigantes tengan completo conocimiento de los hechos que fundamentan el fallo de la sentencia recurrida y puedan así combatirlos, y que los órganos judiciales de grado superior dispongan de los datos de hecho necesarios para resolver adecuadamente los recursos extraordinarios de que sea susceptible la sentencia.

SEGUNDO.- En el recurso de Telefónica I+D, el motivo fundado en el apartado b) tiene por objeto incluir en el inicio del hecho probado quinto y al final del mismo, respectivamente, dos párrafos, con la siguiente redacción:

(Al inicio) "Telefónica de España SAU y Telefónica Investigación y Desarrollo SAU tiene concertados una serie de contratos marco en los que de manera específica se enumeran los sistemas que son objeto de la prestación, entre los que figuran cubiertos en la Red Rima, sobre los que el actor venía prestando sus servicios.

(Al final) "Telefónica Investigación y Desarrollo SAU y Nova Notio, SL, suscribieron una serie de contratos marco en los que se especifica la necesidad de suscribir ofertas específicas para la contratación de los servicios objetos de la subcontrata, entre los que figuraban en autos aquellos en los que prestaba servicios el actor. Dichos servicios tenían por objeto, tal y como se deriva de multitud de ofertas analizadas, la "asistencia técnica", "soporte" o el "mantenimiento" de los sistemas."

La modificación del hecho probado quinto que propone la parte recurrente es irrelevante para el

sentido del fallo, porque lo decisivo no es lo que aparezca reflejado en los contratos marco a que en el motivo se alude, puesto que a lo que, en esencia, hay que atender es el modo efectivo y concreto en que esos contratos marco y los servicios que en ellos convenidos se prestaron en relación con el trabajador demandante, y porque esos documentos no son un hecho, ni demuestran por sí mismos la equivocación del Juzgador de instancia.

Por lo expuesto, la revisión propuesta no merece ser favorablemente acogida.

En el recurso de Telefónica, el motivo amparado en el apartado b) tiene por objeto incluir en el mismo hecho probado quinto un nuevo párrafo con el siguiente texto:

"Telefónica I+D ejecutará por su cuenta, bajo su total responsabilidad jurídica y empresarial, los trabajos objeto del contrato. En el supuesto de que Telefónica I+D desarrolle los trabajos mediante la subcontratación o colaboración con terceros, mantendrá indemne a Telefónica de España de cualquier responsabilidad que pudiera ser objeto de reclamación a esta última como consecuencia de las relaciones establecidas por Telefónica I+D con sus subcontratistas o colaboradores, asumiendo frente a Telefónica de España, solidariamente con el propio subcontratista, la obligación de que este último cumplirá todas y cada una de las obligaciones contenidas en el presente contrato."

El texto propuesto se extrae de las cláusulas 7ª de los contratos marco suscritos sucesivamente por las codemandadas aludidas; pero resultan intrascendentes para la solución de la presente controversia judicial, porque tales cláusulas pueden fundar responsabilidades y dar lugar a acciones de una de estas codemandadas frente a otra, acciones que no son ejercitables en el presente proceso, por su carácter civil y porque tales cláusulas de exención de responsabilidad no pueden afectar al demandante que no suscribió las mismas.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- El primer motivo del recurso de Nova Notio tiene por objeto la modificación del hecho probado segundo, incluyendo dos párrafos, con la siguiente redacción: "Nova Notio, previa valoración del tiempo a invertir en la actividad a contratar, pasaba una oferta cerrada de precio y en base a ello realizaba la facturación"

El actor pasaba a su empresa Nova Notio SL. parte mensual de actividad realizada."

Las adiciones propuestas quedarán incorporadas al relato fáctico por aparecer respaldadas por la documental citada en el motivo.

En cambio, debe rechazarse la adición que se solicita de un nuevo hecho, dado que la redacción que se propone no se infiere de la documental en que pretende basarse, y además porque no contiene hechos sino conclusiones o valoraciones jurídicas, con las que se intenta predeterminedar la decisión de fondo del litigio, como son que la empresa ejerce su poder disciplinario, desarrolla todas sus obligaciones en materia contractual, tales como la fijación de vacaciones, y en materia de formación.

CUARTO.- En el último motivo de los tres recursos, de censura jurídica, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del *art. 43 del Estatuto de los Trabajadores*, en relación con lo dispuesto en el *art. 42* del mismo texto legal.

Dado el contenido sustancialmente similar de estos tres motivos, que inciden en aspectos conexos y complementarios de las mismas cuestiones, procede su examen conjunto.

Las empresas recurrentes argumentan las infracciones denunciadas sobre la base de las cláusulas y especificaciones que se contienen en los ya referidos contratos marco, es decir, que fundan las infracciones alegadas en hechos total o parcialmente diferentes a los que la sentencia declara probados, bien en su relato fáctico, bien en su fundamentación jurídica, pues como ya hemos anticipado, lo decisivo no es lo que aparezca reflejado en los contratos marco a que en el motivo se alude, sino que lo relevante es el modo efectivo y concreto en que esos contratos marco y los servicios que en ellos convenidos se prestaron en relación con el trabajador demandante

Atendiendo a lo que el Magistrado de instancia declara probado, hay que concluir que la aportación de la contratista Nova Notio SL a la actividad de las otras dos codemandadas se limitó al suministro de mano de obra, sin poner en juego su organización, sus medios propios ni su dirección, dado que el

trabajador cedido prestaba sus servicios en las dependencias determinadas por Telefónica de España, que era la que, a través de su personal, le impartía ordenes directas y supervisaba inmediatamente su actuación. Esto es lo decisivo, no el contenido de las cláusulas o condiciones pactadas en los contratos marco, ni tampoco que la empresa contratista abonara los salarios, tuviera de alta al trabajador en la Seguridad Social o que, eventualmente, fuese la encargada de tramitar sus bajas por enfermedad.

En el presente caso, no hay dato alguno que indique que la empresa contratista o arrendataria del servicio pusiera en juego ninguna organización o infraestructura necesaria para la ejecución de la actividad contratada, prueba de ello es que para conocer de la labor desarrollada por el trabajador demandante, este debía confeccionar un parte mensual de la actividad por él realizada.

La situación de hecho descrita por la sentencia indica a que el trabajador cedido se integró, igual que otros trabajadores aportados por otras empresas contratistas, en el proceso productivo normal de las empresas arrendatarias, siguiendo las instrucciones directas del personal de éstas, por lo que puede afirmarse con rotundidad que entre la empresa contratista y las arrendatarias no hubo una transferencia del resultado del trabajo (contrata), sino del trabajo mismo (cesión ilegal), por lo que no cabe estimar que la sentencia de instancia, al estimar la demanda, haya infringido los preceptos alegados, lo que obliga a rechazar también último motivo del recurso.

En suma, que, como señala el Magistrado de instancia, nos hallamos claramente ante una operación de interposición a tres bandas (Telefónica de España y Telefónica I+D, como empresas cesionarias, y Nova Notio, como cedente, al poner al trabajador demandante a disposición de las anteriores.

QUINTO.- En virtud de lo expuesto, se impone la desestimación de los tres recursos, con las consecuencias prevenidas en el *art. 202 de la Ley de Procedimiento Laboral* en orden a la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal, imponiendo las costas a la parte recurrente en los términos que prevé el *art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral*.

FALLO

DESESTIMAMOS los recursos de suplicación interpuestos en representación de las empresas TELEFÓNICA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SAU, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA y NOVA NOTIO SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 34 de los de Madrid, de 16 de octubre de 2008, en autos 735/2008, seguidos a instancia de DON Heraclio contra la empresas recurrentes, sobre derechos (cesión ilegal). Confirmamos la expresada sentencia, condenando a la empresas recurrentes al pago de las costas causadas, consistentes en el pago, por cada una de ellas, de 250 euros por honorarios al Letrado que impugnó sus recursos, y se decreta la pérdida del depósito que constituyeron para recurrir, a los que se dará su destino legal, todo ello una vez que sea firme esta sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral*, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 287600000310609 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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