



JUZGADO DE LO SOCIAL ÚNICO

M I E R E S

(Asturias)

JARDINES DEL AYUNTAMIENTO S/N

Tfno: 985464981

Fax: 985453627

NIG: 33037 44 4 2017 0000988

Autos: 974 y 975/17

Cesión Ilegal

Sentencia: 67

OC

m

En la villa de Mieres del Camino, a veinte de febrero de dos mil dieciocho.

El Ilmo. Sr. **DON MANUEL GONZÁLEZ-PORTAL DÍAZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social de MIERES; tras haber visto los presentes autos sobre CESION ILEGAL; instruidos entre partes, de una y como demandantes DAVID SANCHEZ LOPEZ y JORGE ENRIQUE LOPEZ SENDINO que comparecen representados por el Letrado EVARISTO PÉREZ BANGO y de otra como demandados ZEMSANIA TECH OUTSOURCING SERVICES S.L.U. que comparece representado por el Letrado MANUEL CANO DIAZ y CAPGEMINI ESPAÑA S.L. que comparece representada por el Letrado MARTA DOMINGUEZ ROYO,

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Los actores, una vez celebrada la preceptiva conciliación con el resultado de intentada sin avenencia



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

respecto de CAPGEMINI ESPAÑA S.L y sin efecto respecto de la otro codemandada , presentaron escritos de demanda en fecha 17 de noviembre de 2017, en el que solicita por sentencia estimatoria se declare su condición de trabajador fijo de la empresa cesionaria CAPGEMINI ESPAÑA S.L.; acordándose la acumulación de los autos 975/17 a los presentes; se dio traslado a los demandados y citando a las partes para la celebración del correspondiente juicio oral, y en su caso previo acto de conciliación judicial en fecha 7de febrero de 2018 en que tuvieron lugar las actuaciones, compareciendo las partes, solicitando sentencia de acuerdo a sus intereses, practicándose las pruebas que fueron declaradas pertinentes y elevando finalmente a definitivas sus conclusiones.

HECHOS PROBADOS

1º.- El actor, DAVID SANCHEZ LOPEZ, y ZEMSANIA SERVICE SUPPORT MANAGER S.L.U. concertaron el 15 de junio de 2016 contrato de trabajo temporal, para la prestación de servicios como codificador, a tiempo completo, en régimen de turnos, en los términos que obran a los folios 323 y 324 de autos, que se dan por reproducidos. En la cláusula adicional se establece que la obra o servicio consiste en "servicios contratados con la empresa CAPGEMINI. El proyecto o servicio concreto en el que el trabajador prestará sus servicios quedará vinculado al contrato de servicios y consiste en: operating Packages (backup recovery, supervisión y scheduling). La fecha de inicio del servicio 15/06/2016 hasta su finalización".

El actor, JORGE ENRIQUE LOPEZ SENDINO, y ZEMSANIA SERVICE SUPPORT MANAGER S.L.U. concertaron el 1 de marzo de 2016 contrato de trabajo temporal, para la prestación de servicios como codificador, a tiempo completo, en régimen de turnos, en los términos que obran a los folios 79 y 80 de autos, que se dan por reproducidos. En la cláusula adicional se establece que la obra o servicio consiste en "servicios contratados con la empresa CAPGEMINI. El proyecto o servicio concreto en el que el trabajador prestará sus servicios quedará vinculado al contrato de servicios y consiste en: colaboración en proyectos de servidores UNIX y MS. La fecha de inicio del servicio 15/03/2016 hasta su finalización".

2º.- En escritura de 25 de noviembre de 2016 se acordó la disolución por fusión de ZEMSANIA SERVICE SUPPORT MANAGER S.L.U., entre otras, la cual es absorbida por la que, en virtud de la propia escritura, pasa a denominarse ZEMSANIA TECH OUTSOURCING SERVICES S.L.U. (en adelante ZEMSANIA).

3º.- ZEMSANIA ha venido abonando a David Sánchez López una retribución conforme a la siguiente estructura: salario base, 700,79 €; gratificaciones extraordinarias, 124,98 €; plus de convenio 49,09 €; mejora voluntaria absorbible, 125,14 €.

ZEMSANIA ha venido abonando a Jorge Enrique López Sendino una retribución conforme a la siguiente estructura: salario base, 700,79 €; gratificaciones extraordinarias, 124,98 €; plus de convenio 49,09 €; mejora voluntaria absorbible, 166,80 €.

4º.- ZEMSANIA y CAPGEMINI ESPAÑA S.L. suscribieron acuerdo marco para la prestación de servicios de asistencia técnica en

los términos que obran a los folios 297 a 322, que se dan por reproducidos.

En la cláusula séptima de dicho acuerdo marco se contiene entre otros los siguientes particulares:

“SÉPTIMA - INSTALACIONES Y PERSONAL.

Si con motivo de la relación contractual, trabajadores pertenecientes a la plantilla del PROVEEDOR, tuvieran que prestar sus servicios en instalaciones de Capgemini o en las de un tercero (cliente de Capgemini), estos trabajadores prestarán sus servicios bajo las órdenes del PROVEEDOR, quién abonará su salario, fijará el horario de trabajo, y cumplirá con las normas de seguridad e higiene en el trabajo. La relación entre proveedor y Capgemini tiene carácter exclusivamente mercantil y a tal efecto los trabajadores del PROVEEDOR, nunca se hallarán bajo poder disciplinario de Capgemini. PROVEEDOR designará un Responsable de Coordinación que actuará como coordinador del servicio, impartiendo las instrucciones precisas a sus equipos de trabajo, y como interlocutor único frente a Capgemini para cuantas cuestiones o incidencias surjan en la ejecución de los servicios.

Para la prestación de los servicios se utilizarán los medios materiales propios de PROVEEDOR, tales como software, hardware, dispositivos de telecomunicación en los que se incluyen, ordenador portátil o dispositivos de telefonía. Con carácter excepcional cuando por la alta especialización del servicio o por cualquier otra causa que impida la consecución del alcance del mismo podrán usarse los medios materiales de Capgemini o de Cliente, siempre y cuando, la empresa contratista no pueda adquirirlo por ella misma y a los únicos efectos de la prestación del servicio. Proveedor será responsable de cualquier uso indebido de los dispositivos y del estado de conservación de los mismos, quedando obligado a su devolución en el mismo estado y en cualquier momento a petición de Capgemini. Si en el transcurso de la prestación del servicio, surgiera la necesidad de realizar una formación específica y especializada para el desarrollo del mismo, el PROVEEDOR está obligado a realizar la formación de su personal, impartiendo para ello las instrucciones precisas a su equipo de trabajo y como interlocutor único frente a Capgemini”.

5º.- El proceso de contratación de los trabajadores, incluidos a los actores, con ZEMSANIA se desarrollaba en los siguientes términos: el interesado contactaba a través la Web infojob con aquella mercantil, la cual directamente le remitía a una entrevista que habría de realizar en las instalaciones de CAPGEMINI sitas en el polígono industrial de Valnalon. Esta entrevista era conducida exclusivamente por personal de CAPGEMINI. Otorgada por CAPGEMINI la aprobación del aspirante, éste se dirigía de nuevo a ZEMSANIA, quien le remitía por correo electrónico la documentación relativa al contrato, que era devuelta ya firmada por el trabajador.

6º.- Todos los medios de trabajo de los que se servían los actores para su desempeño laboral eran exclusivamente proporcionados por CAPGEMINI.



7º.- Los actores concurrían en la misma sala con trabajadores de CAPGEMINI, ZEMSANI y de otras contratadas. Todos ellos hacían indistintamente las mismas labores en la ejecución de iguales proyectos.

8º.- La jornada y horario de trabajo de los actores venían determinada por los responsables de CAPGEMINI. Los demandantes se dirigían al responsable de CAPGEMINI para obtener aprobación de permisos o ausencias en el trabajo. La organización de las vacaciones de los actores era determinada por personal de CAPGEMINI.

9º.- En comunicación datada el 9 de enero de 2018 ZEMSANIA comunica a Jorge López la extinción de su relación laboral por finalización de obra o servicio, con efectos de 11 de enero de 2018. Se celebró el acto de conciliación el 6 de febrero de 2018 con el resultado de sin avenencia respecto de CAPGEMINI, e intentado sin efecto respecto de ZEMSANIA.

En comunicación datada el 9 de enero de 2018 ZEMSANIA comunica a David Sánchez la extinción de su relación laboral por finalización de obra o servicio, con efectos de 11 de enero de 2018. Se celebró el acto de conciliación el 6 de febrero de 2018 con el resultado de sin avenencia respecto de CAPGEMINI, e intentado sin efecto respecto de ZEMSANIA.

10º.- Presentaron papeletas de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 5 de julio de 2017, celebrándose los preceptivos actos conciliatorios el siguiente día 20 con el resultado de intentado sin avenencia respecto de CAPGEMINI ESPAÑA S.L y sin efecto respecto de la otra codemandada; tuvieron entrada escritos de demanda en este Juzgado el 17 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En el preliminar del acto de juicio quedó suscitada cuestión relativa a la suspensión del procedimiento por motivo del despido de que fueron objeto los actores, cuyo previo acto de conciliación se había celebrado en la jornada anterior. Se acordó la continuación del proceso a la vista del interés de la parte actora en la celebración del juicio, poniéndole de relieve la circunstancia de que la supervivencia de la acción de cesión ilegal no quedaba amenazada por un despido ulterior a la deducción jurídica de aquélla. En el desarrollo del juicio no volvió a suscitarse tal cuestión. Sin embargo, en la contestación aportada por la demandada CAPGEMINI parece incidirse en la cuestión al aludirse en la instrucción a lo que denomina "excepción de carencia sobrevenida del objeto social (sic) falta de acción".

No concurre la excepción así propuesta. Aún no resolviendo directamente, sino dando por supuesta la cuestión relativa a la subsistencia de la acción de cesión que permanece, no obstante un despido ulterior, es suficiente traer a colación la STS de 14 de diciembre de 2017 (ROJ 4782/2017), que, revisando la doctrina contenida en la sentencia de la propia Sala de 29-10-2012, señala que "conforme al art. 63 LRJS la tramitación de un proceso como el presente, en que se ejercita la acción declarativa de cesión ilegal, exigía el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente (por no hallarse dentro de las excepciones del art. 64 LRJS) - y, en el caso de la cesionaria, de la correspondiente





reclamación previa-, requisitos pre-procesales que se ha cumplido con anterioridad a la demanda. Pues bien, si la finalidad de la conciliación previa es la evitación del proceso, permitiendo a las partes la solución extrajudicial de su discrepancia, tanto su naturaleza obligatoria como la finalidad de la misma permiten afirmar que es en el momento en que la papeleta se presenta cuando la parte actora efectúa la manifestación de voluntad expresa de poner en marcha el ejercicio de su derecho, acción que, de no estar sometida a tal requisito previo de procedibilidad, hubiera quedado expresada directamente mediante la demanda. Dada la obligatoriedad del trámite la fecha en que el mismo se lleva a cabo no resulta irrelevante, ya que implica el conocimiento de la decisión del trabajador de efectuar la reclamación del derecho que afirma. Además, la parte actora está delimitando en la conciliación el objeto de su pretensión, con la necesaria congruencia que a la postre deberá tener la postura que mantenga en el proceso. Se rectifica por tanto la conclusión de la STS 29-10-2012, en el sentido de que la posibilidad de accionar para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal exige que la situación a calificar como tal esté vigente en el momento en que el trabajador ponga en marcha la reclamación judicial de su derecho, lo que se concretará en el momento de inicio de los actos de evitación del proceso legalmente exigibles como requisito para la presentación de la demanda ante el Juzgado". En el caso de autos las papeletas de conciliación se formularon el 5 de julio de 2017 teniendo lugar el acto de conciliación el día veinte siguiente. Las demandas fueron interpuestas en el Juzgado el 16 de noviembre, por lo que incluso aplicando la doctrina revisada sería suficiente para desechar la excepción propuesta.

Es sabido que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontratas o cesiones ilegales de trabajadores se ha trazado de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita regulada por el artículo 42 ET; mientras que los casos de contratistas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores prohibida y regulada por el 43 ET.

Para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario considerar 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7567)), debiendo indicarse que la doctrina jurisprudencial viene teniendo en cuenta determinados criterios de valoración para efectuar dicha distinción: 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 tales como capital, patrimonio, solvencia y estructura productiva. De toda esta doctrina jurisprudencial podría decirse que la llamada cesión mediata o indirecta de trabajadores, legalmente admitida por el inalterado artículo 42 ET, 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 (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2005 (RJ 2005, 7333) y de 4 marzo 2008 (RJ 2008, 1902)). Pero esto no significa, como se declaraba expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5230) que, "sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión....(sino que) 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....(y) 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, no implicando en ella su organización y riesgos empresariales".

Las premisas de hecho que han quedado fijadas se han estimado probadas especialmente a virtud de la prueba testifical practicada a instancia de los demandantes y desenvuelta a través de elocuentes declaraciones que, ofrecidas en narración espontánea, matizada y cargada de detalles, han logrado el convencimiento expresado. El testigo propuesto por ZEMSANIA ha incurrido repetidamente en contestaciones genéricas, faltas todas ellas de la necesaria concreción y detalle para atribuirles valor contradictorio de aquellas otras manifestaciones sustancialmente uniformes y específicas. Antes de analizar las declaraciones de aquéllos testigos, ha de ponerse de manifiesto una omisión que se juzga trascendente, esto es, CAPGEMINI, la mercantil a la que la demanda reprocha la entera organización del trabajo de los actores, no ha aportado medio de prueba directo que, más allá de documentos que ciertamente expresan su preocupación por el riesgo de creación de signos externos de cesión ilegal, fuera capaz de revelar bajo la indemnización y contradicción del proceso el modo diario de organización del trabajo en CAPGEMINI, de los actores o en general de los trabajadores adscritos a su codemandada, o incluso a otras contratas que fueron mencionadas en juicio por los primeros testigos. En consecuencia no se ha aportado por CAPGEMINI noticia directa del modo de prestación laboral de los trabajadores de la contrata ni, consecuentemente, de su eventual diferenciación respecto de los propios.





El primer testigo examinado ha sido elocuente acerca del modo en que fue seleccionado única y exclusivamente por personal directivo de CAPGEMINI, en el caso por Rubén Manjón cuyo nombre aparece en los correos aportados por esa mercantil; que tras la selección operada de este modo con resultado aprobatorio, simplemente remitió correo a ZEMSANIA quien le contesta con una copia del contrato que es devuelta firmada por el trabajador así seleccionado. Exactamente el mismo proceso selectivo fue detallado por las dos testigos siguientes. El primero de los ponderados coincidió trabajando con los dos demandantes, cuando ostentaba nivel 1, lo hizo con David Sánchez, y cuando adquirió el nivel 2 con Jorge López. En efecto el testigo, que actualmente es trabajador de CAPGEMINI, ingresó primeramente en la plantilla de ZEMSANIA. En esta empresa progresó del nivel 1 al nivel 2; al comienzo de este progreso continúa prestando aún servicios formalmente para ZEMSANIA; y acto continuo, sin haber cambiado de tareas, ejecutando el mismo proyecto, sin modificación del lugar físico del trabajo -en la misma silla como gráficamente dijo el testigo-, pasa a desarrollar esa tarea con un contrato concertado con CAPGEMINI. Da cuenta el mismo testigo de que nunca conoció personal de ZEMSANIA que organizara su trabajo; que todo lo relativo a vacaciones, permisos, ausencias, etc., había de obtener la aprobación del jefe de CAPGEMINI, sin perjuicio de que ulteriormente se comunicara a ZEMSANIA; conclusión esta última por entero lógica pues, conforme al resultado de la prueba tratándose, como se trata, de equipos de trabajo en cuya formación confluyen indistintamente trabajadores de CAPGEMINI, otros adscritos a ZEMSANIA y otros más a otras contratadas, ejecutando todos de consuno el mismo proyecto, con iguales medios, con sujeción al mismo horario, este modo de trabajo requiere por sí que todo aquello que se refiera a la jornada de unos y otros, el sistema de turnos, las ausencias y la cobertura de las mismas, sea gestionado y decidido por el personal responsable de CAPGEMINI, que no ha establecido previamente ninguna diferenciación en el régimen de prestaciones que recibe, y no por aquél otro cuyo contacto con la realidad laboral de los actores sólo ha tenido lugar a través de comunicaciones de correo, que son únicamente cursadas cuando desde el seno de esa realidad laboral y por quien podía darla al ser el organizador del trabajo de todos, se obtenía la pertinente conformidad. Sobre la presencia en el centro de trabajo del denominado en el contrato mercantil -en el acuerdo marco de colaboración empresarial- coordinador del servicio, todos los testigos manifestaron con coherencia la misma respuesta, esto es, que no entraban en contacto nada más que con responsables de CAPGEMINI para la resolución de todos aquellos asuntos laborales, que nunca conocieron a otros mandos que los de esta mercantil. La tercera testigo examinada, aunque comenzó trabajando para otra contratista (referida en sala como CREI o término similar), refiere igualmente el mismo ambiente laboral: idéntico proceso selectivo en el mes de septiembre de 2015; subsiguiente proceso de formación exclusivamente por quien después fue su jefe en CAPGEMINI, en donde ingresa en el año 2016 para continuar haciendo exactamente las mismas funciones antes y después del cambio empresarial. La cuarta testigo, igualmente trabajadora de otra contrata, concurrió en el trabajo con los dos demandantes, "en el mismo grupo", señalando que "todos hacían lo mismo", no comentando las cuestiones relativas con





la organización de vacaciones, permisos, cambios de horarios, turnos y jornadas más que con los jefes de CAPGEMINI.

Los actores, como de igual modo los referidos testigos, se valían en el desempeño de su actividad laboral únicamente de los medios que le proporcionaba CAPGEMINI. Era ella la única suministradora de cuantos medios materiales eran precisos para un desempeño laboral que se confundía en el mismo espacio físico con otros trabajadores, en los términos ya dichos. En la cláusula séptima cuyo texto se llevó a la premisa de hecho de esta resolución se contempla como regla general que los medios materiales han de ser prestados por el proveedor, con unas excepciones cuya concurrencia no consta, como tampoco se ha hecho prueba de que el proveedor haya realizado la formación de aquellos trabajadores tras haber entrado en contacto con ellos a la vuelta del correo en el que se le remite el contrato firmado, en los términos ya señalados. Tampoco esta exclusiva aportación se puede deducir de exigencias de Telefónica. En el apartado de seguridad lógica de la documentación relativa al servicio de explotación de aplicaciones de Telefónica (f.553), en modo alguno se infiere la necesidad que todos los elementos de trabajo -incluidos el hardware- sean suministrados por CAPGEMINI en el desenvolvimiento de sus contrataciones, quedando aseguradas las políticas de gestión de password, cambio periódico de contraseñas, programa antivirus, administración remota del puesto de trabajo, limitaciones de acceso a direcciones no seguras de Internet, etc.

Las premisas así razonadas permite concluir que los demandantes se hallan bajo el pleno poder organizativo de la empresa principal. Ya no se trata solo de facultades de supervisión o de control para la buena marcha de la contrata, sino de una plena relación funcional de los actores con los responsables de CAPGEMINI, brillando por su ausencia cualquier supervisión por parte de la contratista, que se limita al abono de las nóminas, a efectuar los reconocimientos médicos y hacer un curso de prevención de riesgos, que no se estiman datos suficientes para desvirtuar aquella realidad de cesión ilegal, pues en efecto esta realidad pone de relieve que ZEMSANIA, no ha puesto de modo efectivo elementos de su organización empresarial en la ordenación del trabajo de los actores, cuya prestación, como queda dicho, ha sido siempre decidida por CAPGEMINI, único suministrador de medios materiales precisos para esa ejecución y en suma único empresario real de los demandantes, consideraciones que conducen al acogimiento de la acción declarativa deducidas en demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando** las demandas deducidas por **DAVID SANCHEZ LOPEZ y JORGE ENRIQUE LOPEZ SENDINO** contra **ZEMSANIA TECH OUTSOURCING SERVICES S.L.U. y CAPGEMINI ESPAÑA S.L.**, debo declarar y declaro la existencia de una cesión ilegal de los trabajadores demandantes, reconociéndoles la condición de trabajador fijo de CAPGEMINI ESPAÑA S.L., con la antigüedad y categoría que quedan respectivamente fijadas.





Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndole que contra ella podrán interponer **Recurso de Suplicación** ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 €, en la cuenta abierta en el Banco de **SANTANDER de MIERES** a nombre de este Juzgado con el núm. 3339000065 (**nº procedimiento 974 y 975/17**) acreditando mediante la presentación del justificante al momento de anunciar el recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el mismo número de cuenta y banco a nombre de este Juzgado, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de su presentación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

