

# **Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 5/2019 de 8 Ene. 2019, Rec. 3784/2016**

**Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3784/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 5/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 8 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Endesa S.A., representada y asistida por la letrada D.<sup>a</sup>. Eva María Rodríguez Gómez, contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en recurso de suplicación nº 1979/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Sevilla, en autos núm. 199/2014, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup>. Carla contra Sitel Ibérica Teleservices S.A. y la ahora recurrente.

Ha comparecido como parte recurrida D.<sup>a</sup>. Carla representada y asistida por el letrado D. Fernando José Mellet Jiménez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de abril de 2015 el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Dña. Carla, mayor de edad y con DNI NUM000, viene prestando su actividad por cuenta y dependencia de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., desde el 10/01/99, en virtud de un contrato de trabajo temporal, para obra y servicio determinado, teniendo por objeto "El tiempo que dure la campaña de Atención Telefónica según número de Expediente NUM001 de nuestro cliente Grupo Endesa", con categoría profesional de gestor telefónico, con jornada de trabajo reducida de 25 horas semanales, percibiendo un salario diario de 25,98 euros y siendo de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center.

Se da por reproducido el contrato de trabajo, y nóminas, unidos a los folios 184 a 217 de los autos.

**SEGUNDO.-** La empresa Sitel Ibérica Teleservices S.A. venía concertando desde el acuerdo marco de 15/12/1998, expediente n° NUM001 , sucesivos contratos de prestación de servicios con las empresas del Grupo Endesa para la atención telefónica a clientes, los cuales obran aportados a los folios 222 a 319 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

En el acuerdo marco, el objeto del contrato, contemplaba la prestación de servicios del C.A.T., consistentes en la realización de los trabajos necesarios para la gestión completa de las llamadas telefónicas que recibe de sus clientes en el nivel que G.E. determine, entendiéndose por gestión completa la respuesta a la llamada telefónica y a la realización de la gestión demandada por el cliente, aplicando los criterios, procedimientos operativos y sistemas informáticos del Grupo Endesa, comprendiendo el contrato las acciones de emisión de llamadas que el Grupo Endesa pudiera determinar y los trabajos asociados con las actividades anteriores, describiendo en el punto 1 y 2 del acuerdo marco, el objeto del contrato y su alcance.

De otra parte, en el contrato marco se estableció que para la prestación del servicio existiera un Director de C.A.T. responsable de la atención telefónica al cliente, con poder resolutorio en toda la actividad, y un responsable comercial "jefe CAT en cada centro que dependiendo del Director del CAT, sería el único interlocutor único con el contratista, quien realizaba funciones de supervisión del contrato, e implantaba las normas de funcionamiento y resolvía los trámites ordinarios, y un equipo dependiente del Director del CAT, que debía realizar el control de calidad, supervisión de la formación, al tiempo que el acuerdo marco previa (sic) que, en las instalaciones de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., debía reservarse un espacio adecuado y dotado de medios suficientes para el personal del Grupo Endesa que desarrollara las funciones de supervisión y control del contrato suscrito.

De otra parte, se exigía a la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. la existencia de un Director de Servicio para la coordinación y supervisión global del servicio, siendo el único interlocutor válido con el Director del CAT, un jefe de servicio con dedicación exclusiva en cada plataforma quien debía dirigir y controlar todas las operaciones y un equipo de supervisores y teleoperadores que debían llevar a cabo la prestación directora del servicio.

Se preveía en el acuerdo marco, que la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. era la encargada de garantizar que su personal se encontraba debidamente formado, al tiempo que el personal del Grupo Endesa debía informar de las especificidades para completar el plan de formación y a informar a las personas seleccionadas por la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. acerca de los sistemas de información comercial y procedimientos operativos del Grupo Endesa.

**CUARTO.-** La empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., para la prestación del servicio, arrendó, al menos desde el año 2008, diversos locales a la empresa Inmobiliaria del Sur, S.A. Se dan por reproducidos los contratos de arrendamiento unidos a los folios 473 a 499 (documento 11 del ramo de prueba de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A.).

Para la prestación del servicio, algunos de los ordenadores y sistemas operativos utilizados por la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. pertenecen a la empresa Endesa S.A.

Personal del Grupo Endesa se encontraba en las instalaciones de los centros de trabajo de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., y tal personal no se relacionaba con los teleoperadores sino con los jefes de servicio de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., limitando su actividad a la supervisión de la ejecución del contrato.

Personal del grupo Endesa llevaba a cabo la formación de ciertos trabajadores seleccionados por parte de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., y estos últimos se encargaban de proporcionar formación al personal de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A.

Los procedimientos que aplicaban los trabajadores de la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., en la atención de llamadas eran fijados previamente por parte de la empresa Endesa S.A.

Se da por reproducida la documentación unida a los folios 753 a 1668 de los autos.

**QUINTO.-** Mediante correo electrónico de fecha 15/11/13, la empresa Endesa S.A., comunicó a la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., la finalización del servicio prestado al amparo del contrato marco suscrito entre ambos.

Se da por reproducido el correo electrónico indicado unido a los folios 220 y 221 de los autos.

La empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A. comunicó a la representación de los trabajadores la finalización del servicio con efectos para el día 31/12/13.

Desde el 31/12/13, la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., dejó de prestar el servicio que hasta tal fecha le fue adjudicado por el Grupo Endesa.

Se dan por reproducida la indicada comunicación unida a los folios 320 a 324 de los autos.

**SEXTO.-** Mediante escrito de fecha 10/12/13, la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., comunicó a Dña. Carla , la finalización de su relación laboral con efectos para el día 31/12/13 por finalización de la campaña Endesa, indicando que las empresas continuadoras del servicio eran Digitex, Emergia Y Eulen.

Se da por reproducida la comunicación indicada unida al folio 218 de los autos.

**SÉPTIMO.-** Dña. Carla no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a la finalización de la relación laboral la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

**OCTAVO.-** En fecha 8/01/14, Dña. Carla presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 31/01/14 sin avenencia respecto de la empresas comparecidas y sin efecto respecto del resto. Se da por reproducida el acta de conciliación unida al folio 23 de los autos."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimando las excepciones de falta de acción y falta de legitimación pasiva opuestas por la empresa Endesa S.A., y desestimando íntegramente la demanda en materia de despido interpuesta por Dña. Carla , debo absolver y absuelvo a la empresa Sitel Ibérica Teleservices, S.A., y a la empresa Endesa, S.A., de la misma con todos los pronunciamientos favorables."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup>. Carla ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Andalucía (Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 22 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos estimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dña. Carla , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8, de Sevilla, de fecha 21 de abril 2015 , debiendo revocar la resolución recurrida, declarando la cesión ilegal de la trabajadora, teniendo derecho a adquirir la condición de fija, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria y el despido improcedente, condenando a Sitel Ibérica Teleservices, S.A. y Endesa, S.A., de forma solidaria, según elija la actora, a que opten entre readmitir a la misma en su puesto de trabajo, con derecho a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la de la readmisión o indemnizar a ésta, en la cantidad de 16.964,44 euros, la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo."

**TERCERO.-** Por la representación de Endesa S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ) -y tras ser requerido para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- el recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 13 de junio de 2016, (rollo. 1957/2015 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 16 de noviembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara 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 procedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. La sentencia recurrida revoca la sentencia del Juzgado y declara la cesión ilegal de la demandante por parte de su empleadora -la codemandada SITEL- a Endesa SA y, al mismo tiempo, declara que el cese de la misma constituye un despido improcedente, condenando solidariamente a las indicadas demandadas.

2. Sólo ENDESA acude a la casación para unificación de doctrina, para combatir la existencia de cesión ilegal, e invoca, como sentencia contradictoria, la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 13 junio 2016 (rollo 1957/2015 ).

Se da entre la sentencia recurrida y la indicada como referencial la más perfecta identidad a los efectos del art. 219.1 LRJS , pues en ambos casos se trata del cese de trabajadores que, con la misma categoría, tipo y objeto de contrato, prestaban servicios para SITEL asignados a la contrata de ésta con ENDESA y son cesados el mismo día invocando la empresa la misma causa.

Pese a tal identidad, la sentencia de contraste rechaza la existencia de cesión ilegal y condena exclusivamente a SITEL por el cese que considera despido improcedente.

**SEGUNDO.-** 1. La parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 42 y 43 del Estatuto de los trabajadores (ET ).

2. Antes de dar respuesta a las alegaciones del recurso, debemos despejar las dudas que suscita el Ministerio Fiscal en su informe.

Sostiene el Ministerio Público que, dado que la relación laboral se había extinguido antes de la presentación de la papeleta de conciliación, la trabajadora carecía de acción para exigir la declaración de cesión ilegal.

3. La doctrina jurisprudencial de esta Sala IV del Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la relación laboral esté viva en el momento en que el trabajador ejercita la acción para la declaración de la existencia de la relación laboral, puesto que el éxito de la misma precisa de la subsistencia de la cesión, ya que lo que con ella se pretende es la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa de elección -cedente o cesionaria-, en atención al art. 43.4 ET (por todas, STS/4ª de 21 junio 2016, rcud. 2231/2014 ).

4. Excepcionalmente esta Sala ha declarado fraudulenta la actuación empresarial que pretendía evitar la ejecución de sentencias firmes declarando la existencia de cesión ilegal cuando, durante su tramitación, la empresa formal efectuaba el despido del trabajador demandante antes de que recayera sentencia firme en el proceso sobre declaración de cesión ilegal iniciado antes del despido y en la que se reconocía el derecho del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa real ( STS/4ª de 3 octubre 2012 -rcud. 4286/2011 - y 11 diciembre 2012 -rcud. 271/2012 -).

Y también hemos señalado una excepción a aquella regla interpretativa precisamente en aquellos casos, como el presente, en que la cuestión de la cesión ilegal surge con motivo de la impugnación del despido, cuando este se produce vigente la cesión, en cuyo caso es obvio que con el despido también se pone fin a la situación y, por ello, el trabajador puede accionar tanto contra la empresa cedente como contra la cesionaria para que se analice en ese mismo litigio la

responsabilidad derivada de dicha cesión ( STS/4ª/Pleno de 14 diciembre 2017 -rcud. 312/2016 - y 28 febrero 2018 -rcud. 3885/2015 -).

Esta excepción se justifica porque en estos casos de impugnación del despido la existencia o no de cesión ilegal constituye una cuestión previa sobre la que se hace imperativo decidir para establecer las consecuencias del propio despido ( STS/4ª de 19 noviembre y 27 diciembre 2002 -rcud. 909/2002 y 1259/2002, respectivamente -; 8 julio 2003 -rcud. 2885/2002 -, 12 febrero 2008 -rcud. 61/2007 -, 14 octubre 2009 -rcud. 217/2009 -, 19 octubre 2012 -rcud. 4409/2011 - y 31 mayo 2017 -rcud. 3599/2015 -).

En definitiva, hemos admitido que a la demanda por despido pueda acumularse la acción que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última estaba viva en el momento de la decisión extintiva empresarial ( STS/4ª de 7 mayo 2010 -rcud. 3347/2009 -).

5. Es más, en nuestra STS/4ª de 31 mayo 2017 (rcud. 3599/2009 ) hemos señalado que es admisible llevar a cabo el examen de la acción de cesión ilegal cuando "la extinción del contrato se 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". Añadíamos allí incluso que resultaba irrelevante que la extinción del contrato de trabajo se produjera "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".

6. Por consiguiente, no hubiera cabido negar a la trabajadora la posibilidad de accionar en los términos en que lo hizo al pretender que se reconociera la existencia de una cesión ilegal.

**TERCERO.-** 1. Entrando en el núcleo del recurso, recordemos que esta Sala IV del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de conocer diferentes litigios suscitados por trabajadores empleados por SITEL y adscritos a la contrata de ENDESA.

Así, en las STS/4ª/Pleno de 19 junio 2018 (rcud. 823/2017, 824/2017 y 972/2017) confirmábamos la declaración de improcedencia de los despidos de los demandantes entendiendo que la relación que les ligaba con aquella empresa no podía considerarse temporal. No se suscitaba allí la cuestión de la posible existencia de cesión ilegal, pues ésta había sido rechazada por las sentencias dictadas en suplicación y los trabajadores se aquietaron a tal desestimación.

También se daba ese mismo esquema procesal en los asuntos resueltos por el ATS/4ª de 12 y 13 septiembre 2017 ( rcud. 4001/2016 y 4202/2016 , respectivamente) por el que se inadmitió el recurso de casación unificadora de SITEL, al haberse invocado una sentencia referencial -la misma en los dos casos- que no reunía los requisitos de contradicción del art. 219.1 LRJS .

Finalmente, los ATS/4ª de 12 y 13 septiembre 2017 ( rcud. 4137/2016 y 4139/2016 ) inadmiten sendos recursos de casación para unificación de doctrina interpuestos por los respectivos trabajadores, que reproducían su pretensión de que se declarara la existencia de cesión ilegal, por falta de contradicción entre las sentencias recurridas y las que se invocaban como de contraste (también la misma sentencia referencial en ambos casos).

En suma, en ninguno de los pleitos anteriores nos hemos pronunciado sobre el núcleo de la cuestión que ahora se plantea por parte de ENDESA y que hemos de abordar partiendo de los elementos fácticos que constan en la sentencia de instancia, al no haber sido modificados en sede de suplicación.

2. Para que exista cesión ilegal, en términos del art. 43 ET , ha de darse la coordinación de tres negocios: "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; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal" ( STS/4ª de 12 julio 2017 -rec. 278/2016 -).

En su apartado 2 el art. 43 ET describe cuatro conductas de la empresa que comportan "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" ( STS/4ª de 2 noviembre 2016 -rcud. 2779/2014 -).

Ahora bien, para la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica ( STS/4ª/Pleno de 26 octubre 2016 -rcud. 2913/14 -).

3. En el presente caso la prestación de servicios de la trabajadora se había vinculado a la campaña de atención telefónica que la empleadora llevaba a cabo para la empresa cliente, la ahora recurrente. Dicha contrata se desarrollaba en los términos que han quedado establecidos, como hechos probados, en los ordinales segundo y cuarto del relato histórico de la sentencia de instancia.

Analizando los parámetros de valoración que antes hemos expuesto debemos llegar a la conclusión opuesta a la que alcanza la sentencia recurrida.

Destaca el hecho de que los trabajadores de SITEL prestaban servicios en locales arrendados por ésta, sin que haya datos que permitan afirmar que dicha empresa no fuera la que, además, aportara el resto de infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad. Igualmente es decisivo el dato de que las relaciones de organización jerárquica se desarrollaban en el seno de la estructura interna de ésta, siendo así que los teleoperadores solo se relacionaban con los jefes de servicio de la propia SITEL. Finalmente, también es relevante el que fuera SITEL la encargada de formar a sus trabajadores.

No puede considerarse que esta realidad quede alterada en su valoración por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el que la cliente facilitara alguno ordenadores y sistemas operativos, que en la sede de las plataformas la cliente situara a un responsable de supervisión, el cual solo se relacionaba con el jefe homólogo de SITEL; ni que también Endesa hubiera facilitado formación a algunos trabajadores seleccionados de SITEL. Estas tres circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora.

4. El motivo debe merecer favorable acogida puesto que estamos ante una descentralización habitual, afectante a los servicios de atención telefónica de una empresa de suministros, que resulta lícita.

**CUARTO.-** 1. Por lo dicho, estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina, casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida en el sentido de estimar sólo en parte el recurso de suplicación interpuesto por la demandante, absolviendo a ENDESA, S.A. de los pedimentos que contra ella se dirigían, manteniendo los restantes pronunciamientos del fallo.

2. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS no procede la condena en costas de la recurrente.

3. Devuélvase el depósito dado para recurrir, así como las consignaciones efectuadas con tal finalidad.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Endesa S.A. y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 22 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en recurso de suplicación nº 1979/2015 , y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos en parte el recurso de dicha clase interpuesto por la demandante, absolviendo a ENDESA, S.A. de los pedimentos que contra ella se dirigían, manteniendo los restantes pronunciamientos del fallo. Sin costas, procediendo la devolución del depósito dado para recurrir, así como las consignaciones realizadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.