



Roj: **STS 3640/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3640**

Id Cendoj: **28079140012022100723**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2022**

Nº de Recurso: **2498/2021**

Nº de Resolución: **805/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 805/2022

Fecha de sentencia: 04/10/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2498/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2498/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 805/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 4 de octubre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Saturnino , representado y defendido por el Letrado Sr. Montero Vivo, contra la sentencia nº 60/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 14 de enero de 2021, en el recurso de suplicación nº 2001/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 507/2018 de 10 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, en los autos nº 44972017, seguidos a instancia de dicho recurrente contra las entidades Esfermatrans S.C.A., TNT Express Wolrdwide (Spain) S.L.U., Colecpress S.C.A. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida la entidad TNT Express Worldwide Spain, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Fernández de Lis Alonso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Saturnino , con DNI NUM000 frente a la entidad Esfermatrans SCA, con CIF F90187709, con los siguientes pronunciamientos: Se desestima la impugnación por nulidad del despido. Se declara improcedente el despido de D. Saturnino acordado por la entidad Esfermatrans SCA, con efectos de 25 de mayo de 2017. Se condena a Esfermatrans SCA a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión inmediata del trabajador en el puesto de trabajo que desarrollaba, y en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse la referida extinción, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de 25 de mayo de 2017, y hasta la fecha de la readmisión a razón de 35,31 euros/día; o a abonar al referido trabajador una indemnización de 2.524,66 euros. Se condena a Esfermatrans SCA a abonar a D. Saturnino la cantidad de 3.939,84 euros. Esta cantidad devengará el 10% de interés de demora. Se desestima la demanda interpuesta por D. Saturnino frente a la entidad Colecpress SCA, con CIF 91082503, y la entidad TNT Express Worldwide (Spain) SLU, con CIF B28905784. No procede expresa declaración de responsabilidad respecto del Fondo de Garantía Salarial, al no constar acreditado ninguno de los supuestos en que aquélla es exigible, sin perjuicio de su responsabilidad directa o subsidiaria que legalmente corresponda, previa tramitación del expediente oportuno. No obstante, en cuanto parte citada a juicio, deberá estar y pasar por el contenido del fallo".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- D. Saturnino , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios, en primer lugar, para la sociedad "Colecpress S.C.A.", con CIF 91082503 (en adelante Colecpress), entre el 14 de enero de 2014 y el 31 de marzo de 2015, a virtud de un contrato de trabajo temporal, por obra o servicio, a tiempo completo; Al folio 517 consta como causa de la baja en la Seguridad Social del actor en Colecpress la de "despido del trabajador", que no consta que fuera recurrido por el actor. Con fecha de 1 de abril de 2015, comenzó a prestar servicios para la empresa "Esfermatrans S.C.A.", con CIF F90187709 (en adelante Esfermatrans), a virtud nuevamente de un contrato de trabajo temporal, por obra o servicio. Su categoría profesional es la de conductor, a jornada completa. El convenio colectivo de aplicación es el del sector de transporte de mercancías por carretera, publicado por el BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2016 (vida laboral, folio 459). A los folios 612 a 843 de las actuaciones constan los partes de trabajo diarios del actor entre abril de 2016 y mayo de 2017, que se dan por reproducidos. Don Saturnino no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

2º.- El salario mensual bruto de la actora era de 1153,27 euros, que se desglosan en los siguientes conceptos: salario base 714,86 euros, parte proporcional de pagas extras 211,89 euros, plus de asistencia 132,68 euros, y plus de transporte 93,84 euros. Excluyendo el plus de transporte, el salario/día del actor asciende a 35,31 euros (nómina, folio 287).

3º.- Con fecha de 5 de junio de 2015, la entidad Esfermatrans y la entidad "TNT Express Worldwide (Spain) S.L.U.", con CIF B28905784 (en adelante TNT), celebraron contrato de prestación de servicios de transporte, folios 323 a 345, que se dan por reproducidos. Al folio 361 consta incorporada la autorización de TNT como operador de transporte. En el informe emitido por la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia con fecha de 21 de diciembre de 2017, folios 527 a 562, se identifica a TNT como un operador del sector de la mensajería y paquetería, al que se denomina como "integrador", esto es, un operador que dispone del pleno control operativo de la logística de los envíos, de origen a destino, incluido el transporte aéreo y suficiente cobertura geográfica a nivel mundial. En concreto, el contrato antes citado señala que TNT es una empresa dedicada al transporte de mercancías y Esfermatrans es también una empresa de transporte



o prestador autónomo de servicios de transporte para los que dispone tanto autorización administrativa como de tarjeta de transporte correspondiente para el ejercicio esta actividad. En virtud del citado contrato, TNT contrata a Esfermatrans para la realización de servicios de transporte de mercancías dentro del ámbito territorial de la provincia de Sevilla; estos servicios habrán de realizarse de acuerdo con las instrucciones facilitadas por TNT, y a tal fin Esfermatrans recibe un terminal de comunicación, que será empleado para recibir y enviar información sobre el desarrollo de las entregas y recogidas encomendadas al transportista. A cambio de la prestación concertada, Esfermatrans percibirá una retribución por cada servicio realizado, que se determina conforme a las tarifas del anexo tres del contrato. De acuerdo con el contrato, Esfermatrans se compromete a adscribir siete vehículos a motor, cuyos datos se determinan en el Anexo II del contrato. A los folios 362 a 431 de las actuaciones consta la documentación sobre estos vehículos, incluyendo seguros, ITV, y en especial su tarjeta de transporte, todos ellos a nombre de Esfermatrans. No obstante, el contrato prevé que los vehículos asignados a los trabajos contratados por TNT estén identificados con los colores y publicidad que la compañía tenga establecidos en su política de imagen corporativa. Asimismo, el contrato prevé que corresponde a Esfermatrans el nombramiento y remuneración del personal necesario para efectuar los servicios de transporte, comprometiéndose sin embargo a facilitar a TNT en cualquier momento un listado en el que figure el nombre y apellidos del personal que participa en el transporte, así como a justificar el pago de los salarios a dicho personal y de la cotización a la Seguridad Social por las bases y tipos que legalmente correspondan. Igualmente, Esfermatrans se compromete a separar del servicio y sustituir de forma inmediata a aquellos empleados que sean vetados por TNT para transportar sus mercancías (folio 326). A los folios 346 a 360 de las actuaciones figuran las facturas emitidas por la entidad Esfermatrans en relación con los servicios prestados a TNT entre noviembre de 2016 y marzo de 2017.

4º.- Consta en las actuaciones resolución dictada por la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social con fecha 22 de septiembre de 2017, expediente Luisa , que, con base en el acta de liquidación de fecha 30 de marzo de 2017, confirma y eleva a definitiva la liquidación practicada a la entidad Esfermatrans por la cuantía de 43.685,69 euros, folios 844 a 847, que se dan por reproducidos. Igualmente, consta en las actuaciones resolución dictada por la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social con fecha 28 de septiembre de 2017, expediente 41/2017/01/0652/M, que, con base en el acta de liquidación de fecha 4 de abril de 2017, confirma y eleva a definitiva la liquidación practicada a la entidad Esfermatrans por la cuantía de 25.778,61 euros, folios 848 a 852, que se dan por reproducidos.

5º.- Con fecha de 17 de mayo de 2017, la entidad Esfermatrans notificó al actor escrito fechado a día 8 de mayo de 2017, mostrando su intención de tramitar un expediente de despido colectivo por extinción de la totalidad de la plantilla de la empresa, con motivo del cese inminente de la actividad que venía desarrollando, emplazando a los trabajadores al nombramiento de una comisión negociadora. Igualmente, en esta comunicación la empresa informaba a los trabajadores que, durante la tramitación del despido colectivo, quedaban dispensados de comparecer a sus puestos de trabajo, dada la ausencia de trabajo efectivo (folio 320). Con fecha de 25 de mayo de 2017, la empresa demandada notificó al trabajador carta de despido, con efectos a partir de esa misma fecha, cuyo contenido obra a los folios 518 y 519 de las presentes actuaciones, a los que esta resolución se remite en su integridad. La entidad Esfermatrans señala en la carta de despido que concurren razones de naturaleza objetiva para la extinción del contrato de trabajo, y ello tanto por razón de la situación de precariedad general en el mercado del reparto de mercancías como por razón de las actas de liquidación e infracción seguidas por la Seguridad Social, disponiendo la conversión de los contratos a jornada parcial en contratos a jornada completa, y la resolución de los acuerdos mercantiles con las entidades SEUR y TNT. La carta de despido reconoce la ausencia actual de ocupación efectiva, la voluntad de llevar el cabo el cierre completo de la empresa, y reconoce a favor del trabajador una indemnización de 1652,92 euros, que sin embargo no puede poner a su disposición por falta de liquidez. A fecha de 23 de mayo de 2017, la entidad Esfermatrans tenía una plantilla de 10 trabajadores (folio 289 y 290).

6º.- La empresa Esfermatrans adeuda a la parte actora la cantidad de 3939,84 euros, en concepto de dietas devengadas y no abonadas durante los 256 días efectivos de trabajo anteriores al despido, a razón de 15,39 euros/día.

7º.- En fecha de 20 de abril de 2017 se presentó papeleta de conciliación ante el C.M.A.C. de Sevilla. El acto de conciliación se celebró en fecha de 22 de mayo de 2017, con el resultado de intentado sin efecto. En fecha de 12 de julio de 2017, se presentó la demanda que dio lugar al presente procedimiento".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 14 de enero de 2021, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Saturnino contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Social



Número 3 de Sevilla, en autos seguidos a instancias del actor contra Esfermatrans SCA, Colexpress SCA, TNT Express Worldwide SLU, con la intervención del Fondo de Garantía Salarial, sobre despido, debemos revocar y revocamos esa sentencia en el único sentido de fijar la indemnización por el despido declarado improcedente en la cantidad de 3689,90 €, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Montero Vivo, en representación de D. Saturnino, mediante escrito de 19 de mayo de 2021, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 4 de junio de 2020 (rec. 3946/2018). **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 1.1 y 43 sobre cesión de trabajadores del ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28 de abril de 2022 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y hechos relevantes.

El tema objeto de debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si respecto del trabajador demandante se ha producido una cesión ilegal entre empresas o una lícita externalización de servicios. También se discute cuál debe ser el salario aplicable.

1. Datos fácticos relevantes.

Reproducido más arriba el relato elaborado por el Juzgado, y puesto que una de las cuestiones discutidas refiere a la existencia de cesión ilegal entre la empresa principal y la auxiliar, interesa mucho resaltar las condiciones en que ha desarrollado la actividad productiva el demandante, siempre como conductor de vehículos de mercancías:

- * Desde enero de 2014 al 31 de marzo de 2015, al amparo de contrato para obra o servicio, trabaja para "Colexpress, S.A."
- * Desde 1 de abril de 2015 presta su actividad para "Esfermatrans S.C.A.", también al amparo de contrato de obra o servicio y en régimen de jornada a tiempo completo. Esta mercantil es la empleadora codemandada.
- * En junio de 2015 la empleadora y "TNT Express Worldwide (Spain) S.L.U." suscriben contrato de prestación de servicios de transporte y entrega de mercancías en la provincia de Sevilla, fijando un precio por cada servicio realizado.
- * La empleadora pone a disposición de TNT siete vehículos, con su conductor, en los que debe colocarse los logotipos de TNT.
- * Corresponde a la empleadora designar y remunerar al personal que efectúa el servicio, justificar el pago de los salarios y Seguridad Social, así como sustituir a los empleados que vetase TNT.
- * Por su parte, TNT pone a disposición de los trabajadores una herramienta electrónica para indicar los repartos que han de efectuar y controlar las entregas.

La sentencia ahora recurrida rechazó las cuatro modificaciones fácticas pretendidas por el trabajador para que constase: 1º) La existencia de subrogación entre Colexpress SCA y Esfermatrans SCA; 2º) Un salario bruto diario de 51,54 euros. 3º) Que los vehículos utilizados no eran propiedad de Esfermatrans sino de Colexpress. 4º) Determinados aspectos del Informe emitido por la Inspección de Trabajo.

2. Sentencia de instancia.

Mediante su sentencia 507/2018 de 10 diciembre el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla declara improcedente el despido, condenando a Esfermatrans al abono de 2.524,66 euros como indemnización, así como 3.939,84 € en concepto de salarios pendientes. De sus núcleos argumentales debemos destacar lo siguiente:

A) Toma como fecha de inicio de la relación laboral la de incorporación a Esfermatrans, pues no considera que haya existido subrogación empresarial.



B) Descarta la nulidad porque no consta acreditado ni que se haya puesto fin a todos los contratos ni que el número de extinciones haya sido superior a cinco.

C) No considera aplicable la solución acogida por la STSJ Andalucía de 29 octubre de 2015, sobre litigio con las mismas codemandadas porque "a tenor de la prueba practicada" se está ante una subcontratación de la propia actividad: TNT asume la función de integrar las diversas fases del transporte intermodal, lo que requiere la participación de múltiples componentes.

D) "No consta acreditado en las actuaciones que TNT realmente ejercitase funciones de dirección empresarial inescindiblemente ligadas a la existencia de una relación laboral". La aportación del terminal informático por TNT se considera coherente con la subcontratación habida puesto que es la principal quien tiene la relación con el cliente (incluyendo la información necesaria para el reparto, la cual "por razón de confidencialidad no puede proporcionar a Esfermatrans para que fuera ésta quien la gestionase y determinase las rutas y trabajo diario del conductor") ya que "es TNT quien asume frente al cliente la posición de transportista, y en cualquier caso resulta secundario respecto al hecho de que la titularidad, el mantenimiento y el abono de los correspondientes seguros de circulación de los vehículos es realizado por Esfermatrans".

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

La STSJ Andalucía (Sevilla) 60/2021 de 14 enero estima parcialmente el recurso del trabajador, revocando la de instancia "en el único sentido de fijar la indemnización por el despido declarado improcedente en la cantidad de 3689,90 €, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma". Recordemos sus aspectos básicos.

A) Aunque descarta acogerlo como hecho (puesto que se trata de valoración jurídica) considera que existe subrogación por parte de Esfermatrans, por lo que la fecha de inicio de la relación laboral debe ser la de enero de 2014 y la indemnización por despido improcedente la de 3.689.90 euros.

B) Recalca que la diversidad de criterios sostenidos por las sentencias de la propia Sala obedece a "los diferentes hechos que se habían declarado probados en las sentencias recurridas". En ese sentido, explica las razones por las que la citada STSJ de 29 octubre 2015 o la de 4 de junio de 2020 condenan a TNT por cesión ilegal.

C) Recuerda jurisprudencia y doctrina judicial abundante acerca de la relevancia de que se actúe como verdadero empleador laboral para descartar la cesión ilegal.

D) Advierte que la responsabilidad solidaria impuesta en vía administrativa deriva del artículo 42 ET, por ser contrata de propia actividad; añade que la forma de prestar la actividad es la necesaria para que TNT pueda informar a sus clientes y concluye que "no hay indicio alguno de que TNT pudiera ejercer frente a los trabajadores adscritos al servicio contratado las facultades empresariales, organizando turnos o vacaciones, ejerciendo facultades disciplinarias, contratando nuevos trabajadores, etc."

4. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) El Abogado y representante del trabajador ha formalizado el recurso de casación unificadora que ahora resolvemos, articulado en dos motivos. En el primero denuncia la infracción de los artículos 1 y 43 ET por considerar que ha mediado una cesión legal de trabajadores. En el segundo interesa que reconozcamos en su favor una cantidad de 4.212,08 euros por diferencias salariales.

B) Con fecha 23 de mayo de 2022 el Abogado y representante de TNT ha impugnado el recurso. Se opone a los dos motivos del recurso, subraya algunos extremos fácticos del caso e invoca doctrina judicial favorable a su posición.

C) Con fecha 9 de junio de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Considera concurrente la contradicción respecto de la pretendida cesión ilegal, pero a la vista de los datos acreditados se inclina por descartar que concurra ese fenómeno ilícito. Por el contrario, rechaza la similitud entre las sentencias comparadas a efectos de calcular la indemnización adeudada, puesto que la referencial omite cualquier doctrina sobre el particular.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Antes de examinar el acierto de las tesis defendidas por el recurso, hay que examinar si concurre el requisito de contradicción. Se trata de una exigencia de orden público que debemos controlar de oficio, además de que el Ministerio Fiscal ha advertido sobre posibles insuficiencias a este respecto.

1.Exigencias generales.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto



contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

A efectos del contraste legalmente exigido, el recurrente ha seleccionado la sentencia dictada por la propia Sala de Sevilla con fecha 4 de junio de 2020 (rec. 3946/2018). Los hechos son paralelos a los del presente caso, bien que referidos a otro conductor y con ciertas particularidades.

* Desde julio de 2013 al 31 de marzo de 2015, al amparo de contrato para obra o servicio, trabaja para "Colecpress, S.A.". Desde 2010 esta empresa y TNT mantienen un contrato de colaboración.

* Desde 1 de abril de 2015 presta su actividad para "Esfermatrans S.C.A.", también al amparo de contrato de obra o servicio y en régimen de jornada a tiempo completo. Esta mercantil es la empleadora codemandada.

* En junio de 2015 la empleadora y "TNT Express Worldwide (Spain) S.L.U." suscriben contrato de prestación de servicios de transporte y entrega de mercancías en la provincia de Sevilla, fijando un precio por cada servicio realizado.

* La empleadora pone a disposición de TNT siete vehículos, con su conductor, en los que debe colocarse los logotipos de TNT.

* Colecpress primero y Esfermatrans después, adscriben al trabajador para ejecutar los servicios de transporte encomendados por TNT, para lo que el actor debía trasladarse a las instalaciones de TNT con los vehículos de las empresas referidas para recoger las mercancías de reparto y volver a TNT para la entrega de los albaranes conforme a las instrucciones de TNT.

* En fecha 30 de marzo y 4 de abril de 2017 la Inspección de Trabajo consideró la existencia de sucesión empresarial entre Colecpress y Esfermatrans, entendiendo que los contratos celebrados por esta última a tiempo parcial deben considerarse celebrados a tiempo completo (12.4.c ET) y consideró subcontratación de la actividad de TNT a Esfermatrans.

* El 12 de abril Esfermatrans resuelve el contrato de transporte que mantenía con Seur y TNT y el 25 de mayo de 2017 notifica al actor carta de despido objetivo por causas económicas. En fecha 23 de mayo de 2017 Esfermatrans tenía 8 trabajadores de alta y cuatro de ellos incluido el actor figuraban de alta desde el 1 de abril de 2015. El 1 de agosto de 2017 continúan dos trabajadores en la empresa.

* Entre el 4 de enero de 2001 y el 6 de octubre de 2017 Colecpress ha tenido 52 trabajadores de alta en distinto periodos. A 30 de marzo de 2015 cesaron todos y 14 de ellos, entre ellos el actor, pasaron a prestar servicios el 1 de abril de 2015 para Esfermatrans.

La sentencia resuelve con arreglo al criterio de otra precedente (sentencia de 29 de octubre de 2015, R. 2256/14), por entender, que "la actuación de TNT excedió de lo que era propia de un operador de transporte, considerando que no se trata de una externalización de servicios sino de una cesión de mano de obra, pues quien dirigía el trabajo del actor no era... que se limitaba a facilitarle un vehículo con el anagrama y los signos de TNT... sino esta última, que era quien daba las instrucciones sobre el trabajo a realizar una vez personado en sus instalaciones para recoger la mercancía y repartirla, sin que interviniese en ello persona alguna de... poniendo aquella a disposición del actor para el desarrollo de u función un equipo... y asumiendo TNT el coste de la instalación y recibiendo el actor formación de TNT para poder utilizar dicho equipo...". Esa misma conclusión acoge la Sala aun cuando la empresa cuente con estructura y utilizara vehículos propios.

3. Criterio sobre la existencia de contradicción.

A) Siendo las mismas empresas demandadas, no existiendo en cuanto a los hechos declarados probados diferencias sustanciales, y divergiendo los pronunciamientos respecto del alcance del artículo 43 ET, puede considerarse concurrente la contradicción en orden a determinar si ha habido cesión ilegal. Ahora bien, dada la materia sobre la que versa el debate, en la que predomina la valoración de las circunstancias de hecho,



solo el estudio detallado permitirá confirmar (o no) esta valoración interina que realizamos al decidir admitir el recurso.

El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata. En ese sentido, por ejemplo, SSTS 9 diciembre 2010 (rec. 831/2010); 30 enero 2012 (rec. 2720/2010), 19 marzo 2013 (rec. 2334/2012), 28 noviembre 2019 (rcud. 3337/2017); 22 enero 2020 (rcud. 2741/2017); 1061/2021 de 17 octubre (rcud. 3127/2018) y 582/2022 de 22 junio (rcud. 610/2019).

Eso es lo que sucede en el presente caso, porque solo precisando el enlace que haya entre la calificación de la colaboración empresarial y el relato fáctico a partir del cual se edifica podremos determinar si las sentencias acogen doctrinas opuestas que debamos unificar.

B) Sin embargo, por cuanto respecta a la determinación del salario aplicable y de eventuales cantidades adeudadas nuestro criterio es el opuesto. Como queda expuesto, en el presente procedimiento ha habido debate acerca de esta materia, pero no sucede así en el caso comparado.

C) Por tanto, en concordancia con el Informe del Ministerio Fiscal, consideramos que el segundo de los motivos del recurso debió haberse inadmitido a trámite, lo que ahora se traduce en que debamos desestimarlos, con las consecuencias legalmente anudadas a ello.

La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo). Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

TERCERO.- Normas y doctrina general sobre la cesión ilegal.

1. Artículo 43.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores .

El artículo 43 ET ("Cesión de trabajadores") contiene la importante prohibición de contratar trabajadores para cederlos "temporalmente" a otra empresa, salvo que intermedie una empresa de trabajo temporal (apartado 1). Además, enumera varios casos en los que "se incurre en la cesión ilegal de trabajadores" (apartado 2).

Conforme a este segundo apartado "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario."

2. Artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores .

El artículo 43.3 ET afronta las consecuencias de que se incurra en la ilícita conducta que describen los apartados anteriores:

"Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos".

Se trata de norma crucial para la resolución del presente recurso y respecto de la que ahora interesa destacar que no circunscribe esa responsabilidad solidaria a obligaciones de carácter salarial; que deja a salvo la responsabilidad contemplada en cualesquiera otros preceptos; que no topa el alcance de la responsabilidad



ni cuantitativa ni cronológicamente, sino que solo la asocia a que existan empleadoras "que infrinjan" la prohibición de referencia. Como hemos advertido en otras ocasiones, estamos ante un efecto principal de la cesión ilegal que consiste en la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores.

3. Artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores .

El apartado 4 del artículo 43 ET prescribe que "Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

La norma presupone que existen dos empresas reales, como sucede en nuestro caso, y no determina cuándo ha de producirse "la elección" pero es evidente que posee validez la realizada en la propia demanda por despido y cesión ilegal.

4. Doctrina general.

A) El elemento decisivo para discernir si estamos ante un supuesto de cesión ilegal o de descentralización productiva (ex art. 42 ET) se halla en la concurrencia o no de una situación de mero suministro de mano de obra sin que la empresa cedente ponga en juego estructura u organización empresarial alguna, de suerte que se limite a ofrecer una mera apariencia de empleadora (así, por ejemplo, STS 26 octubre 2016, rec. 2913/2014).

B) Lo que persigue el art. 43 ET es que "la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones o la disminución de las garantías y que quien efectivamente es empresario asuma las obligaciones que le corresponden" (SSTS 4 marzo 2008, rec. 1310/2007; 17 octubre 2010, rec. 1673/2010; 4 marzo 2011, rec. 3463/2010; 11 julio 2012, rec. 1591/2011; 12 julio 2017 -rec. 278/2016-).

C) La STS 918/2016 de 2 noviembre (rec. 2779/2914), resolviendo supuesto de una contrata para facilitar información tributaria a los contribuyentes, realiza un balance de nuestra doctrina en los siguientes términos:

Ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial.

[...] De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.



D) Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

E) La STS 30/2022 de 12 enero (rcud. 1903/2020), entre otras, aborda la eventual existencia de cesión ilegal en el marco de una prestación de servicios por parte de empresa auxiliar y en favor de una Comunidad Autónoma. Para afrontarlo, condensa la doctrina que hemos sentado en numerosas ocasiones:

Ha de tenerse en cuenta si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral; el control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

F) Por otro lado, la doctrina de la Sala caracteriza la cesión ilegal afirmando que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) 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; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS de 11 de febrero de 2016, Rcd. 98/2015). Asimismo, hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS de 19 de junio de 2012, Rcd. 2200/2011; y de 11 de julio de 2012, Rcd. 1591/11). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

CUARTO.- Existencia de cesión ilegal (Motivo 1º del recurso).

1. Formulación del motivo.

En su formulación del primero de los motivos de recurso el trabajador realiza diversas consideraciones que interesa subrayar: 1º) Que TNT "no tiene personal para cumplir con su actividad principal de reparto de mercancías y llevarlas al destino". 2º) Que "es errónea" la afirmación contenida en la sentencia recurrida acerca de la titularidad de los vehículos de Esfermatrans. 3º) Que "la mercantil Esfermatrans no era titular de ningún medio productivo propio ni patrimonial para ejercer ninguna actividad de transporte". 4º) Que la sentencia se extralimita al describir el funcionamiento del terminal informático utilizado pues "ni en el punto 6º de la estipulación primera, folio de autos 324, ni en ningún otro documento de autos se describe con el detalle expresado por el tribunal la función de la máquina". 5º) Que "Esfermatrans no tiene actividad empresarial propia, de hecho, una vez resuelto el contrato con TNT se ha visto obligada a prescindir de estos trabajadores", añadiendo que "no tiene ni poder de dirección ni organización estable (los trabajadores reciben las instrucciones de trabajo en las instalaciones de TNT donde recogen la paquetería de TNT para su reparto)". 6º) Que, dada la evidente ficción creada, "hasta los propios clientes particulares que contratan sus servicios, creen que contratan el reparto de paquetería con TNT cuando realmente la empresa que reparte es otra bien distinta".

Sobre esas bases defiende la virtualidad de la solución acogida en la sentencia de contraste.

2. Imposible reformulación de los hechos probados.



A) Hemos de salir al paso del intento de reformular el relato de hechos sobre el que se pronuncia la sentencia recurrida. La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013)]. El error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13)].

La finalidad de este recurso es "evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso" [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)].

B) Para analizar el acierto o desacierto de la decisión de la sentencia recurrida debemos partir, necesariamente, del sustrato fáctico del presente litigio tal y como ha quedado definitivamente declarado probado. Hemos puesto de relieve numerosas veces que la determinación de la existencia o no de cesión de trabajadores, prohibida por el art. 43 ET, obliga necesariamente a ceñirse al caso concreto.

Sin embargo, el recurso parte de una realidad diversa de la judicialmente apreciada de que las empresas concurrentes asumen sus posiciones contractuales, son reales y solventes, han encauzado de forma transparente su colaboración y ejercen sus respectivas facultades.

Basta la lectura del relato fáctico recién recordado y el fracaso de la revisión de hechos postulada en suplicación (apartado 1 del Fundamento Primero) para detectar el erróneo punto de partida asumido por el recurso; sin haber prosperado la corrección a la crónica elaborada por el Juzgado de lo Social razona como si hubiera triunfado y, además, censura lo resuelto por la Sala de segundo grado, a la que reprocha errores acerca de lo acaecido.

Al construir su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión. Al actuar de ese modo propicia el vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Este defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (STS 141/2021 de 2 febrero, rec. 128/2019 y las citadas en ella).

3. Ausencia de cesión ilegal.

A) A la vista de cuanto acabamos de recordar consideramos que en el caso no concurren los presupuestos para apreciar la existencia de una cesión ilegal, sin que el tipo de tareas desarrolladas por la auxiliar aboque a conclusión diversa.

B) Por lo pronto, las seis afirmaciones del recurso mencionadas (véase el apartado 1 de este Fundamento) chocan con las apreciaciones tanto de la sentencia de instancia cuanto de la ahora recurrida: 1ª) Expone la convicción de la ausencia de clientela particular de Esfermatrans, sin que ello aparezca acreditado. 2ª) Niega la existencia de una organización estable, pese a que la prueba practicada ha conducido a que los órganos judiciales que han intervenido en el procedimiento consideran que las empresas codemandadas son reales y la propia Inspección de Trabajo (cuyo Informe se invoca) ha derivado la responsabilidad de TNT a partir del artículo 42 ET (sobre externalización válida) y no del artículo 43 ET (sobre cesión ilegal). 3ª) Censura la extralimitación de la sentencia que explica la funcionalidad del terminal informático, pero sin articular un motivo de índole procesal que nos permita examinar la eventual anomalía apuntada. 4ª) Proclama un hecho negativo frontalmente opuesto a la explicación judicial sobre aportación de vehículos, titularidad, mantenimiento y abono de los correspondientes seguros de circulación. 5º) Sostiene que la empleadora no es titular de los vehículos utilizados, pese a que la sentencia recurrida asume que posee plena disposición sobre ellos y acepta que ha mediado subrogación respecto de Colectrans, precisamente acogiendo el recurso del trabajador; si se transmitió una unidad productiva autónoma, resulta contradictorio que ahora se descarte que posea la infraestructura material precisa para desarrollar su actividad. 6º) Asimila la eventual carencia de personal de conducción por parte de la empresa principal con una cesión ilegal, cuando lo que se ha resuelto,



precisamente, es que esa actividad (nuclear, esencial) ha venido estando externalizada y por eso operan las garantías del artículo 42 ET.

C) Es la empleadora formal quien ha ejercido los verdaderos poderes de dirección inherentes a esa condición. No se ha acreditado que haya habido una mezcla radical entre su personal y el de la empresa TNT. La sentencia recurrida concluyó que "no hay indicio alguno de que TNT pudiera ejercer frente a los trabajadores adscritos al servicio contratado las facultades empresariales, organizando turnos o vacaciones, ejerciendo facultades disciplinarias, contratando nuevos trabajadores, etc."

D) Si consideramos acertada la solución acogida por la sentencia de suplicación es, de manera forzosa, porque partimos de su relato de hechos probados y no de otro; debemos insistir en que está vedada la reformulación indirecta del supuesto de hechos sobre el que se litiga (Fundamento Cuarto, apartado 2). No estamos ante una empresa que se limitara a suministrar vehículo y mano de obra, dejando en manos de la principal el ejercicio de las facultades ordinarias de dirección, en cuyo caso la solución sería la opuesta.

E) En suma: el examen del fondo del problema evidencia que no hay cesión ilegal.

QUINTO.- Resolución.

Por las razones expuestas debemos desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador. Sin embargo, a tenor del artículo 235.1 LRJS y preceptos concordantes, este fracaso no comporta que hayamos de imponerle las costas derivadas de su recurso.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Saturnino , representado y defendido por el Letrado Sr. Montero Vivo.

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 60/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 14 de enero de 2021, en el recurso de suplicación nº 2001/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 507/2018 de 10 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, en los autos nº 44972017, seguidos a instancia de dicho recurrente contra las entidades Esfermatrans S.C.A., TNT Express Wolrdwide (Spain) S.L.U., Colecpress S.C.A. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

3º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.