



Roj: **STS 2581/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2581**

Id Cendoj: **28079149912019100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **16/05/2019**

Nº de Recurso: **3861/2016**

Nº de Resolución: **374/2019**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3861/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 374/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D.^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de las mercantiles ZOZAYA GAS, SL. y ZOZAYA CISTERNAS, SL., y por la letrada D.^a Alicia Gómez Benitez, en nombre y representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino y D. Abelardo , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de mayo de 2016 , aclarada por auto de fecha 19 de septiembre de 2016 ,recaída en el recurso de suplicación núm. 209/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Madrid, dictada el 14 de abril de 2015 , y aclarada por autos de fechas 13 de mayo de 2015 y 7 de octubre de 2015, en los autos de juicio núm. 1276/2012 y acumulados 1278/2012, 1279/2012, 1280/2012 y 1282/2012, iniciados en virtud de demandas presentadas por D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto



, D. Avelino Y D. Abelardo , contra ZOZAYA GAS, SL., ZOZAYA CISTERNAS SL., CARBUROS METÁLICOS S.A. y TRANSPORTES HAM S.A., sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente.

Ha sido parte recurrida la mercantil CARBUROS METÁLICOS, S.A. representada por la letrada D.^a Noelia Lago Tinoco.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 21 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " **Estimo parcialmente la demanda** formulada por D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Carmelo , y D. Abelardo contra **ZOZAYA GAS, S.L., TRANSPORTES HAM, S.A, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., ZOZAYA CISTERNAS, S.L.** declaro la **improcedencia del despido** comunicado a los demandadas y condeno solidariamente a **ZOZAYA GAS, S.L., SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A. y ZOZAYA CISTERNAS, S.L.** a estar y pasar por esta declaración y a que:

- A su opción: readmitan a D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Carmelo , y D. Abelardo en sus anteriores puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (día siguiente a su fecha de efectos) hasta la notificación de esta resolución (a cualquiera de las empresas responsables), a razón del salario diario declarado probado y descuento de los periodos en que hayan podido permanecer en situación de incapacidad temporal y/o de los salarios que haya podido percibir en posteriores empleos y prestaciones de desempleo que hayan podido percibir para su reintegro al Servicio Público de Empleo hasta el límite del salario diario declarado probado, o les abonen la cantidad que a continuación se indica en concepto de indemnización por despido. En caso de optarse por la readmisión, los trabajadores deberán reintegrar la indemnización por despido y, de optarse por la indemnización, de la cantidad que a continuación se indica, se habrá de deducir la cantidad abonada en igual concepto.

D. Carlos Francisco : 26.753,97 euros

D. Augusto : 22.988,68 euros.

D. Carmelo : 16.148,28 euros

D. Abelardo : 13.920,78 euros

- A opción de D. Aquilino : readmitan al citado trabajador en su anterior puesto de trabajo o le abonen una indemnización de 15.355,15 euros. Y, cualquiera que sea el sentido de la opción, le abonen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (día siguiente a su fecha de efectos) hasta la notificación de esta resolución (a cualquiera de las empresas responsables), a razón del salario diario declarado probado y descuento de los periodos en que hayan podido permanecer en situación de incapacidad temporal y/o de los salarios que haya podido percibir en posteriores empleos y prestaciones de desempleo que hayan podido percibir para su reintegro al Servicio Público de Empleo hasta el límite del salario diario declarado probado. En caso de optar por la readmisión, el trabajador podrá elegir en qué empresa elige continuar trabajando.

La **opción** deberá ser formulada mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y, de no efectuarse en tiempo y forma, se entenderá que se efectúa en favor de la readmisión. En caso de que exista discrepancia entre la opción que formulen las mercantiles integrantes del grupo empresarial prevalecerá la ejercitada por la matriz por ser la que continúa con actividad y está en condiciones de readmitir (Zozaya Cisternas, S.L.) y de producirse una discrepancia entre la opción ejercitada por la cedente (Grupo empresarial) y la cesionaria (Carburos Metálicos) tendrá eficacia la formulada por la empresa en que elija permanecer el trabajador."

Dicha sentencia fue aclarada por Auto de fecha 13 de mayo de 2015, en el que consta el siguiente fallo: "Aclarar el encabezamiento, antecedente de hecho tercero, hecho declarado probado primero y fallo la sentencia recaída en este procedimiento quedando los referidos a D. Augusto , representación, defensa y conclusiones de **ZOZAYA CISTERNAS, S.L.**, del siguiente modo:

Encabezamiento: "En los autos de juicio verbal sobre **DESPIDO Y CANTIDAD**, seguidos entre las partes, de la una y como demandante D. Aquilino , con DNI nº NUM000 , D. Carlos Francisco , con DNI nº NUM001 , D. Augusto , con DNI nº NUM002 , D. Carmelo , con DNI nº NUM003 , y D. Abelardo , con DNI nº NUM004 , defendidos por la Letrada Da. ALICIA GÓMEZ BENITEZ. Y de la otra y como demandados **YA GAS, S.L.**, representada por D. JUAN MANUEL ZOZAYA ARIZTIA y defendida p. el Letrado D. MIGUEL ALZUETA ANDINO, **TRANSPORTES HAM, S.A.**, representada .4r el Letrado D. DAVID CARMONA TOMÁS, **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS ETÁLICOS, S.A.**,



representada y defendida por la Letrada Da NOELIA LAGO TINOCO, y **ZOZAYA CISTERNAS, S.L.**, representada por D. JUAN MANUEL ZOZAYA ARIZTIA y defendida por D. MIGUEL ALZUETA ANDINO".

Antecedente de hecho tercero: "Vista la extensión de la prueba documental, en el acto del juicio se facilitó a las partes el plazo de cinco días para su examen y valoración, emitiendo las partes las citadas conclusiones: el 11.03.2015 Transportes Ham, S.L, el 13.03.2015 Zozaya Gas, S.L. y Zozaya Cisternas, S.L. y el 16.03.2015 la parte actora, quedado los autos vistos para sentencia el día 20.03.2015"

En el hecho declarado probado primero: "D. Augusto : Prestó servicios para orden Zozaya Gas, S.L., con una antigüedad de 01.09.2008, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 85,95 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido."

En el fallo: "D. Augusto : 15.242,58 euros".

Dicha sentencia, fue nuevamente aclarada por auto de 7 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "SE ACUERDA SUBSANAR el defecto advertido en Sentencia de fecha 14/04/2015 , en el sentido de que donde dice "D. Carmelo " debe decir "D. Avelino ", quedando en tal sentido rectificada la sentencia en su encabezamiento, hecho probado primero y fallo, y quedando el resto en sus mismos términos."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales de los trabajadores.**

I. Los actores han venido prestando servicios por cuenta y orden Zozaya Gas, **S.L.**, dedicada a la actividad de transporte nacional e internacional por carretera, mediante un contrato indefinido a tiempo completo y con las siguientes circunstancias laborales:

D. Aquilino : Prestó servicios, inicialmente, para la mercantil Zozaya Cisternas, S.L. y, posteriormente, para la mercantil Zozaya Gas, S.L., que se subrogó en su contrato, con una antigüedad de 03.03.2008, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 76,86 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido. En la fecha del despido, ostentaba la condición de delegado de personal.

D. Carlos Francisco : Nacido el NUM005 .1955, prestó servicios, inicialmente para la mercantil Zozaya Cisternas, S.L. y, posteriormente, para la mercantil Zozaya Gas, S.L., con una antigüedad de 14.04.2005, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 81,14 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido.

D. Augusto : Prestó servicios para orden Zozaya Gas, S.L., con una antigüedad de 01.09.2006, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 85,95 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido

D. Carmelo : Prestó servicios, inicialmente, por cuenta y orden para la mercantil Zozaya Cisternas, S.L. y, posteriormente, para la mercantil Zozaya Gas, S.L., con antigüedad de 03.03.2008, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 80,83 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido.

D. Abelardo : Prestó servicios para la mercantil Zozaya Gas, S.L., con una antigüedad de 18.08.2008, categoría profesional de conductor mecánico y salario de 77,74 euros diarios, con prorrateo de pagas extraordinarias incluido.

SEGUNDO. Sobre la sucesión empresarial:

I. Zozaya Cisternas S.L. (en adelante Zozaya Cisternas), inició operaciones el 24.01.1991, está integrada en el grupo empresarial VOS con sede en Holanda. Se dedica a la actividad de transporte de mercancías por carretera y transporte combinado y tiene domicilio social en la Avda La Ferreira, 70 de Montcada (folios 367, ramo de prueba de CB, y 858 a 887 y 911 ramo de prueba de Zozaya). El 30.09.2008, decidió interrumpir su actividad de transportes de gas traspasándola a la sociedad del grupo Zozaya Gas, S.L (folio 367, ramo de prueba de CB). La mercantil Zozaya Gas S.L. (en adelante Zozaya Gas), está participada al 100% por Zozaya Cisternas S.L., sociedad dominante, con la que no consolida cuentas (folios 302, ramo de prueba de CB, 488 y 663 a 667). Zozaya Gas S.L. inició operaciones el día 21.02.2005, y tiene domicilio social en la Avda La Ferreira, 70 de Montcada (folio 302, ramo de prueba de CB).

II. Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.L. (en adelante Carburos Metálicos) es una empresa que se dedica a la fabricación y comercialización de gases industriales que son entregados a sus clientes en forma líquida o gaseosa por carretera, usando principalmente semirremolques criogénicos de gran volumen (folio 4). Desarrolla su actividad en España y Portugal utilizando 6 plantas de producción y en los años 2008 a 2012, para el transporte, utiliza a dos transportistas (Zozaya Gas, S.L. y Transportes Ham, S.L), asignado a cada uno de ellos tres parques (663 a 667).



III. Zozaya Cisternas, S.L. inició relaciones comerciales con Carbueros Metálicos en el año 1998; en esos momentos la primera colaboraba con la segunda aportando transportistas autónomos para efectuar la entrega de los productos fabricados por la segunda (gases) a sus clientes, utilizando para ello semirremolques cisterna propiedad de Carbueros Metálicos, S.L. En el año 2008, Carbueros Metálicos, S.L. solicita un cambio en las condiciones del transporte que inicialmente consistía en pagar una cantidad fija por kilómetro y por operación de carga y descarga, y pasar a otra modalidad denominada "open books" o libros abiertos, a través del cual Carbueros Metálicos, S.L. asume todos los costes del transporte, servicios, administración, y cualquier otro que pueda ser cargado a Zozaya Gas, S.L, a excepción de los permisos de circulación, y Zozaya Gas obtiene un margen de beneficios fijo del 3,5% calculado sobre determinados costes y otro variable en función del rendimiento. Para ello, exige a la transportista, para firmar el contrato, que el 100% de los conductores fueran de plantilla de la adjudicataria del servicio, que la citada empresa fuese titular de las cabezas tractoras encargadas de mover las cisternas de Carbueros Metálicos, S.L. y que esta última empresa fuese el único cliente de la empresa para evitar problemas contables (folio 488 y 663 a 667).

IV. El 29.05.2008, Zozaya Cisternas, S.L modifica la denominación social de una empresa inactiva que pasa a denominarse Zozaya Gas S.L. a la que se adjudica el contrato e inicia la actividad de transporte de gas el 01.10.2008 con personal propio (34 trabajadores) y 10 empleados de Zozaya Cisternas, S.L., en cuyos contratos se subrogó (folio 488 y 663 a 667). El 01.08.2008, cursó el alta de centros de trabajo en la Avda Ferreira de Montcada i Rexasac (Barcelona), C/ Parque B1, bajo C (Sevilla), C/ Oro parcela 159 (Tarragona), Carretera de Alicante km 253,7 de Massana (Valencia), C/ Paris, 3 San Martín de la Vega (Madrid) (folios 991 a 995, ramo de prueba de Zozaya). El domicilio C/ Paris, 3 San Martín de la Vega (Madrid) es el de un trabajador de la empresa (D. Nazario) (folio 51, vuelta, del ramo de prueba de la parte actora); en realidad, los trabajadores (conductores y administrativos) que prestaban servicios en Madrid lo hacían en el centro de trabajo de Tres Cantos de Carbueros Metálicos, S.L.

V. El 01.10.2008, Zozaya Gas suscribe un contrato con Carbueros Metálicos con vencimiento el 30.09.2012, que obra a los folios 1 a 11 del ramo de prueba de CM y 491 a 506 de las actuaciones, cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido. En resumen, se pacta que Zozaya Gas realizará el transporte de gases industriales con la flota y semirremolques aportando el número acordado de tractores, conductores y personal administrativo necesario para ello, debiendo emitir documentos de embarque (albaranes, conocimientos de embarque, etc), realizar la carga y descarga, proveer de prendas protectoras, llevar a cabo la limpieza de tractores y semirremolques, realizar las revisiones de seguridad, representar los intereses de CM ante los clientes, emitir informes de incidencias, cumplir las instrucciones de CM y emitir partes de accidente, atención telefónica. Zozaya Gas se compromete a garantizar que los servicios son prestados por un número de empleados cualificados especificados en el contrato y ambas partes se comprometen a acordar el tratamiento de cualquier elemento de los contratos de trabajo y los acuerdos colectivos aplicables; asimismo CM se reserva el derecho a rechazar que un empleado preste el servicio sin necesidad de justificarlo. También se pacta que son de cargo de C; todos los gastos en los que incurra Zozaya Gas en la prestación del servicio, excepto las tarjetas de transporte, y sobre dicho importe resultante se aumentaba un margen fijo del 3,5% y con la posibilidad de un incremento variable del 4,5% si se cumplían los objetivos anuales fijados en los anexos del contrato. El contrato entre Zozoya Gas y Carbueros Metálicos indicaba que la primera debía responsabilizarse de proporcionar el mantenimiento de los tractores que forman parte de la flota y asegurarse de que estos trabajos son realizados por talleres debidamente cualificados (folios 488 y 663 a 667).

VI. Zozaya Cisternas tiene un centro de trabajo en Barcelona, donde prestaba servicios el jefe de administrativos de Zozaya Gas. Los demandantes y el resto de trabajadores, incluidos los administrativos, que trabajaban para la planta de Tres Cantos prestaban servicios en el citado centros de trabajo de Carbueros Metálicos (folios 663 a 667).

VII. Los trabajadores de Zozaya Gas accedían al centro de trabajo de Carbueros Metálicos mediante tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." y al "Grupo Air Products". En las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carbueros Metálicos, de color verde, aparecen referencias a "Carbueros Metálicos, S.L." y al "Grupo Air Products" (folios 83, 85, 88 y 86 ramo de prueba de CB y 663 a 667).

VIII. Zozaya Gas ha realizado cursos formativos de tacógrafos, conducción segura, renovación de carnet ADR, CAP, conducción fleet board, prevención de riesgos laborales, etc (folios 97 y 191 a 1207, ramo de prueba de CB, y 645 a 794, ramo de prueba Zozaya). Carbueros Metálicos entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, cómo frenar y controlar la velocidad, entre otras cuestiones) y "tacógrafo" (aplicación de



normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos, conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones) (folios 206 a 257 y 261 a 270, ramo de prueba de la actora, y 663 a 667)

IX. Zozaya Gas ha informado y formado a sus conductores en materia de prevención de riesgos laborales y ha realizado los controles de salud y revisiones médicas destinadas a constatar la aptitud de sus trabajadores (folios 100 a 130 y 154 a 173, ramo de prueba de CB)

X. Zozaya Gas es quien ha planificado los calendarios de vacaciones de sus trabajadores (folios 132 a 134, ramo de prueba de CB y 756 a 821 ramo de prueba de Zozaya)

XI. Zozaya Gas es quien ejerce la facultad disciplinaria respecto de sus trabajadores (folios 174 a 190, ramo de prueba de CB, y 822 a 840, ramo de prueba de Zozaya), si bien, Carburos Metálicos se ha reservado, en el contrato, la facultad de rechazar a cualquier trabajador designado para prestar el servicio (folio 495).

XII. Los conductores recibían instrucciones sobre rutas de la siguiente manera: en el centro logístico que Carburos Metálicos posee en Cornellá, se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, realizándose la correspondiente planificación de horarios y rutas. Se volcaba todo informáticamente y de pasaban a terminales situadas en los centros de trabajo de la Carburos Metálicos, a donde se dirigían los conductores de Zozaya Gas para conectar las PDAs que previamente Carburos Metálicos les había suministrado. La planificación de rutas que debían realizar se cargaba directamente en sus PDAs, sin pasar por los administrativos de Zozaya Gas. Los trabajadores de Zozaya Gas, con funciones administrativas, disponían para realizar su trabajo de un portátil suministrado por Carburos Metálicos y otro ordenador suministrado por Zozaya Gas (folios 663 a 667).

XIII. Las cabezas tractoras con las que Zozaya Gas realizaba los transportes para CB fueron adquiridas por aquélla en la modalidad de arrendamiento financiero por cuatro años. Dichos contratos estaban avalados por Zozoya Cisternas y su coste lo abonaba Carburos Metálicos entre los gastos del servicio. Mercedes-Benz se comprometió a volver a adquirir las cabezas tractoras tras constatar el estado del vehículo en los diez días siguientes a su entrega (folios 243 a 280, ramo de prueba de CB). Zozaya Gas tenía suscritos contratos de mantenimiento con Mercedes Benz y con Michelin, respecto de veinticuatro cabezas tractoras. Las tarjetas de transporte eran propiedad de Zozaya Gas, S.L. (folios 12 a 73 y 208 a 242 del ramo de prueba de CB, 132 a 583 y 663 a 667).

XIV. Los albaranes y cartas de porte eran emitidos por Carburos Metálicos (folios 139, ramo de prueba de CB, y 663 a 667)

XV. El 28.09.2012, se presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y los Delegados de Personal del Centro Trabajo Madrid Zozaya Gas, SL contra Zozaya Gas, SL, Zozaya Cisternas SL, Carburos Metálicos, SA y Air Product, en la que se solicitaba que se declarase la existencia de cesión ilegal respecto de los trabajadores afectados por el conflicto, así como su derecho a integrarse en la plantilla de Carburos Metálicos S.A. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 15.11.2012 que estima la excepción de falta de legitimación pasiva de Zozaya Cisternas y estima de oficio la excepción de falta de acción y desestima la demanda de conflicto colectivo, dejando imprejuzgada la pretensión. La citada sentencia fue confirmada por otra de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30.09.2014 (folios 947 a 966, ramo de prueba de Zozaya)

XVI. La sociedad Zozaya Cisternas, S.L. carga a Zozaya Gas, S.L. los gastos generales de administración correspondientes a servicios de administración y gestión, incurridos de forma generalizada (folio 339, ramo de prueba de CB). Han existido constantes trasferencias de capital entre Zozoya Cisternas y Zozoya Gas; en concreto, en el listado mayor de Zozoya Cisternas figuran los siguientes: 4.726,64 euros el 13.02.2012, 2.346,86 euros el 14.03.2012, 42.312,49 euros el 20.04.2012, 73.661,71 euros el 15.05.2012, 66.956,81 euros el 14.06.2012, 44.599,53 euros el 13.07.2012, 206.090,42 euros el 21.11.2012 y 34.006,91 euros el 28.12.2012, bajo los epígrafes "liquidaciones de cuentas ZG/ZC y otras "pago liquidación de cuentas" (folios 1047 a 1050, ramo de prueba Zozoya).

XV. Zozoya Gas ejerce opción de compra respecto de 4 cabezas tractoras y adquiere 5 vehículos de reparto de pequeño tamaño de Airtrans (folio 332, ramo de prueba CB). Asimismo, en octubre del 2012, Zozaya Cisternas se subroga en el contrato de dos cabezas tractoras de Zozaya Gas (folios 121 a 131, de ramo de prueba de Zozaya Gas)

XVI. El día 01.10.2012, Carburos Metálicos, S.L. suscribió con Transportes Ham, S.L el contrato de transporte para toda España que obra a los folios 281 a 301, ramo de prueba CB, y 2 a 12 del ramo de prueba de HAM, cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido. El 30.09.2012, dicha mercantil se subroga en el contrato de arrendamiento financiero de 5 vehículos de Zozoya Gas (folio 332, ramo de prueba CB y 222 a 241, ramo de



prueba de HAM). Dicha mercantil contrató un total de 34 trabajadores para prestar el servicio, en los meses de agosto a octubre, 13 de ellos anteriormente prestaron servicios en Zozoya Gas (folio 34 a 61 ramo de prueba HAM)

TERCERO. Sobre el cese y circunstancias concurrentes:

I. En diciembre de 2011 se inició un concurso, tras comunicar Carbueros Metálicos a Zozaya Gas y a HAM SA que pasaría a tener un único transportista en la península Ibérica. El 27.03.2012 Carbueros Metálicos comunicó a Zozoya Gas que con fecha 30.09.2012 finalizaría su relación comercial, al no haber resultado adjudicataria del servicio. Carbueros Metálicos era el único cliente de Zozaya Gas (folios 663 a 667).

II. El 13.08.2012 Zozaya Gas remitió a los delegados de personal y a los trabajadores de los centros sin representación, documentación en orden a iniciar el período de consultas para un despido colectivo, suscribiéndose acta de inicio formal del mismo el 28.08.2012. El 16.08.2012 tuvo entrada en el registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social comunicación de Zozaya Gas de apertura de Expediente de Regulación de Empleo para la extinción de los contratos de trabajo de 43 de los 44 trabajadores y que afectaba a los centros de trabajo radicados en Barcelona, Tarragona, Valencia, Madrid y Sevilla. Dicho expediente finalizó sin acuerdo el 12.09.2012. Se comunicó a la Inspección dicho resultado así como que se iba a proceder a la extinción de 34 contratos de trabajo (folio 188 a 196, 345 a 465)

III. El día 04.09.2012, Zozaya Gas, S.L comunicó a los actores la extinción del contrato por causas objetivas (productivas y económicas), con efectos del día 30.09.2012, mediante carta que obra en las actuaciones y su contenido se tiene por íntegramente reproducido. No se puso a su disposición, de forma simultánea a entrega de la carta de despido, la indemnización reconocida alegando falta de liquidez.

IV. El único cliente de Zozaya Gas, S.L. y del que procedía la mayor parte de sus ingresos era Carbueros Metálicos (folios 617 y 618)

V. Zozaya Gas, S.L. cerró el ejercicio fiscal del año 2011 con beneficios (225.388,55 euros), acordando en junta extraordinaria y universal realizada el 23.06.2012 distribuir los mismos, asignado el 40% de los dividendos a su socio único (Zozaya Cisternas, S.L.) y el 60% a reservas voluntarias (folio 342 y 343, ramo de prueba de CB). Igualmente, cerró el ejercicio fiscal del año 2012 con beneficios (93.669,97 euros) acordando en junta extraordinaria y universal realizada el 25.06.2013 distribuir los mismos, asignado el 40% de los dividendos a su socio único (Zozaya Cisternas, S.L.) y el 60% a reservas voluntarias (folio 308, ramo de prueba de CB).

VI. En el año 2012 Zozoya invirtió en pagarés Bankinter en las fechas y con las cancelaciones que figuran en el documento 1055 de su ramo de prueba que se tiene por reproducido. A fecha 06.07.2012, Zozaya Gas, S.L., tenía una póliza de crédito en Bankinter por valor de 450.000,00 euros y vencimiento en fecha 25.10.2012. Se produjo la cancelación de la inversión en Bankinter el 01.10.2012 lo que supuso un ingreso de 500.000,00 euros más 70.042,74 euros de intereses (folio 1071, ramo de prueba Zozoya). El 27.09.2012, traspasó 90.300,00 euros de su cuenta corriente a la póliza del crédito y el 02.10.2012 liquidó el resto de la póliza (folio 1051, ramo de prueba de Zozoya). En el libro mayor de Zozoya gas figura un saldo positivo a 04.09.2012 de 367.497,75 euros y el 13.09.2012 el abono de 334.465,22 euros y un saldo de 583.307,70 euros (folio 1070).

CUARTO. Formalidades del procedimiento y proceso. Se interpuso papeleta de conciliación el día 05.10.2012, celebrándose el acto el 24.10.2012, que terminó: sin avenencia. Se presentaron demandas por despido el día 25.10.2012 que, turnadas a este Juzgado, tuvieron entrada el día 29.10.2012."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la letrada D^a Alicia Gómez Benitez, en nombre y representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino y D. Abelardo , la procuradora D.^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de ZOZAYA GAS, S.L. y ZOZAYA CISTERNAS S.L., y por la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2016, recurso 209/2016 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la mercantil SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS S.A. y desestimando los demás recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto D. Carmelo y D. Abelardo y por la representación letrada de ZOZAYA GAS S.L. y de ZOZAYA CISTERNAS S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 21 de Madrid, de fecha catorce de abril de dos mil quince y los autos de aclaración de fecha 13-05-15 y 7-10-15, en virtud de demanda formulada por D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto D. Carmelo y D. Abelardo frente a ZOZAYA GAS S.L., TRANSPORTES HAM S.A., SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS S.A. y ZOZAYA CISTERNAS S.L., sobre Despido, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en relación con la condena de la empresa Sociedad Española de Carbueros Metálicos S.A. a la que se absuelve de las pretensiones de la demanda, confirmando la misma en el resto de su pronunciamiento. Se condena en costas



a las empresas recurrentes que han visto desestimado sus recursos, las cuales deberán abonar cada una de ellas al Sr. Letrado impugnante de los recursos, en concepto de honorarios, la cantidad de 400 euros. Dese el destino legal a la consignación y depósitos constituidos una vez sea firme la presente resolución".

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 19 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: " **LA SALA ACUERDA**

Aclarar y completar el fallo de nuestra sentencia en el sentido de incluir en él lo siguiente: *En consecuencia de lo anterior, se otorga a D. Aquilino el ejercicio de un nuevo derecho de opción, en los términos expresados en la sentencia recurrida, pero en relación con las empresas ZOZAYA GAS SL Y ZOZAYA CISTERNAS SL.*"

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la procuradora D.^a Silvia Albite Espinosa, en nombre y representación de las mercantiles ZOZAYA GAS, SL. y ZOZAYA CISTERNAS, SL., y por la letrada D.^a Alicia Gómez Benitez, en nombre y representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino y D. Abelardo , interpusieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron ante esta Sala mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 31 de mayo de 2016, recurso 574/2016 , para el primer motivo del recurso y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 24 de septiembre de 2014 , recurso 1768/2014, para el segundo motivo del recurso.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la mercantil CARBUROS METÁLICOS SA y por D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino y D. Abelardo , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de interesar la improcedencia del recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 5 de febrero de 2019, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 24 de abril de 2019, fecha en que se llevó a efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1 .- En este recurso de casación para la unificación de doctrina se plantean dos motivos de recurso. El primero es determinar si la contrata suscrita entre ZOZAYA GAS SL y CARBUROS METÁLICOS SA. encubre una cesión ilegal de trabajadores. La segunda se ciñe a resolver si las empresas ZOZAYA GAS SL y CARBUROS METÁLICOS SA constituyen un grupo patológico de empresas operando, por tanto, la responsabilidad solidaria de ambas.

2.- El Juzgado de lo Social número 21 de Madrid dictó sentencia el 14 de abril de 2015 , autos número 1276/2012, estimando la demanda formulada por D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino y D. Abelardo contra ZOZAYA GAS SL, TRANSPORTES HAM SA, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS SA y ZOZAYA CISTERNAS SL, declarando la improcedencia del despido, condenando solidariamente a ZOZAYA GAS SL, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS SA y ZOZAYA CISTERNAS SL, a que, a su opción, a ejercitar en el plazo de cinco días, readmitan a todos los actores en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la comunicación de la sentencia o les abonen, en concepto de indemnización, la cantidad que se consigna. El trabajador D. Aquilino tiene el derecho de opción, dada su condición de delegado de personal.

Dicha sentencia fue aclarada por auto de 13 de mayo de 2015 y por otro auto de 7 de octubre de 2015.

Tal y como resulta de dicha sentencia, los actores han venido prestando servicios inicialmente para la demandada ZOZAYA CISTERNAS SL y, posteriormente para ZOZAYA GAS SL, a excepción de D. Augusto y D. Abelardo , que prestaron servicios únicamente para esta última.

ZOZAYA CISTERNAS SL inició operaciones el 24.01.1991, está integrada en el grupo empresarial VOS con sede en Holanda. Se dedica a la actividad de transporte de mercancías por carretera y transporte combinado y tiene domicilio social en la Avda La Ferreira, 70 de Montcada. El 30.09.2008, decidió interrumpir su actividad de transportes de gas traspasándola a la sociedad del grupo Zozaya Gas, S.L. La mercantil Zozaya Gas S.L., está participada al 100% por Zozaya Cisternas S.L., sociedad dominante, con la que no consolida cuentas. Zozaya Gas S.L. inició operaciones el día 21.02.2005, y tiene domicilio social en la Avda La Ferreira, 70 de Montcada. Sociedad Española de Carbueros Metálicos, S.L. es una empresa que se dedica a la fabricación y comercialización de gases industriales que son entregados a sus clientes en forma líquida o gaseosa por carretera, usando principalmente semirremolques criogénicos de gran volumen. Desarrolla su actividad en España y Portugal utilizando 6 plantas de producción y en los años 2008 a 2012, para el transporte, utiliza a dos



transportistas (Zozaya Gas, S.L. y Transportes Ham, S.L.), asignado a cada uno de ellos tres parques. Zozaya Cisternas, S.L. inició relaciones comerciales con Carburos Metálicos SA en el año 1998; en esos momentos la primera colaboraba con la segunda aportando transportistas autónomos para efectuar la entrega de los productos fabricados por la segunda (gases) a sus clientes, utilizando para ello semirremolques cisterna propiedad de Carburos Metálicos, SA. En el año 2008, Carburos Metálicos, SA solicita un cambio en las condiciones del transporte y pasar a otra modalidad denominada "open books" o libros abiertos, a través del cual Carburos Metálicos, SA asume todos los costes del transporte, servicios, administración, y cualquier otro que pueda ser cargado a Zozaya Gas, S.L, a excepción de los permisos de circulación, y Zozaya Gas SL obtiene un margen de beneficios fijo del 3,5% calculado sobre determinados costes y otro variable en función del rendimiento. El 29.05.2008, Zozaya Cisternas, S.L modifica la denominación social de una empresa inactiva que pasa a denominarse Zozaya Gas S.L. a la que se adjudica el contrato e inicia la actividad de transporte de gas el 01.10.2008 con personal propio (34 trabajadores) y 10 empleados de Zozaya Cisternas, S.L., en cuyos contratos se subrogó. El 01.08.2008, cursó el alta de centros de trabajo en la Avda Ferreira de Montcada i Raxisac (Barcelona), C/ Parque B1, bajo C (Sevilla), C/ Oro parcela 159 (Tarragona), Carretera de Alicante km 253,7 de Massana (Valencia), C/ Paris, 3 San Martín de la Vega (Madrid). El domicilio C/ Paris, 3 San Martín de la Vega (Madrid) es el de un trabajador de la empresa (D. Nazario). Los trabajadores (conductores y administrativos) que prestaban servicios en Madrid lo hacían en el centro de trabajo de Tres Cantos de Carburos Metálicos, SA.

El 01.10.2008, Zozaya Gas SL suscribe un contrato con Carburos Metálicos SA con vencimiento el 30.09.2012, en el que se pacta que Zozaya Gas SL realizará el transporte de gases industriales con la flota y semirremolques aportando el número acordado de tractores, conductores y personal administrativo necesario para ello, debiendo emitir documentos de embarque (albaranes, conocimientos de embarque, etc), realizar la carga y descarga, proveer de prendas protectoras. El contrato entre Zozaya Gas SL y Carburos Metálicos SA indicaba que la primera debía responsabilizarse de proporcionar el mantenimiento de los tractores que forman parte de la flota y asegurarse de que estos trabajos son realizados por talleres debidamente cualificados.

Zozaya Cisternas SL tiene un centro de trabajo en Barcelona, donde prestaba servicios el jefe de administrativos de Zozaya Gas SL. Los demandantes y el resto de trabajadores, incluidos los administrativos, que trabajaban para la planta de Tres Cantos prestaban servicios en el citado centro de trabajo de Carburos Metálicos SA. Los trabajadores de Zozaya Gas SL accedían al centro de trabajo de Carburos Metálicos SA mediante tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." y al "Grupo Air Products". En las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carburos Metálicos SA, de color verde, aparecen referencias a "Carburos Metálicos, S.L." y al "Grupo Air Products".

Zozaya Gas SL ha realizado cursos formativos de tacógrafos, conducción segura, renovación de carnet ADR, CAP, conducción fleet board, prevención de riesgos laborales, etc. Carburos Metálicos SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" y "tacógrafo". Zozaya Gas SL ha informado y formado a sus conductores en materia de prevención de riesgos laborales y ha realizado los controles de salud y revisiones médicas destinadas a constatar la aptitud de sus trabajadores.

Zozaya Gas SL es quien ha planificado los calendarios de vacaciones de sus trabajadores. Zozaya Gas SL es quien ejerce la facultad disciplinaria respecto de sus trabajadores, si bien, Carburos Metálicos SA se ha reservado, en el contrato, la facultad de rechazar a cualquier trabajador designado para prestar el servicio. Los conductores recibían instrucciones sobre rutas de la siguiente manera: en el centro logístico que Carburos Metálicos SA posee en Cornellá, se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, realizándose la correspondiente planificación de horarios y rutas. Se volcaba todo informáticamente y de pasaban a terminales situadas en los centros de trabajo de Carburos Metálicos SA, a donde se dirigían los conductores de Zozaya Gas SL para conectar las PDAs que previamente Carburos Metálicos SA les había suministrado. La planificación de rutas que debían realizar se cargaba directamente en sus PDAs, sin pasar por los administrativos de Zozaya Gas SL. Los trabajadores de Zozaya Gas SL, con funciones administrativas, disponían para realizar su trabajo de un portátil suministrado por Carburos Metálicos SA y otro ordenador suministrado por Zozaya Gas SL. Las cabezas tractoras con las que Zozaya Gas SL realizaba los transportes para CB fueron adquiridas por aquélla en la modalidad de arrendamiento financiero por cuatro años. Dichos contratos estaban avalados por Zozoya Cisternas SL y su coste lo abonaba Carburos Metálicos SA entre los gastos del servicio. Mercedes-Benz se comprometió a volver a adquirir las cabezas tractoras tras constatar el estado del vehículo en los diez días siguientes a su entrega (ramo de prueba de CB). Zozaya Gas SL tenía suscritos contratos de mantenimiento con Mercedes Benz y con Michelin, respecto de veinticuatro cabezas tractoras. Las tarjetas de transporte eran propiedad de Zozaya Gas, S.L. Los albaranes y cartas de porte eran emitidos por Carburos Metálicos SA. La sociedad Zozaya Cisternas, S.L. carga a Zozaya Gas, S.L. los



gastos generales de administración correspondientes a servicios de administración y gestión, incurridos de forma generalizada. Han existido constantes transferencias de capital entre Zozaya Cisternas SL y Zozaya Gas SL; en concreto, en el listado mayor de Zozaya Cisternas SL figuran los siguientes: 4.726,64 euros el 13.02.2012, 2.346,86 euros el 14.03.2012, 42.312,49 euros el 20.04.2012, 73.661,71 euros el 15.05.2012, 66.956,81 euros el 14.06.2012, 44.599,53 euros el 13.07.2012, 206.090,42 euros el 21.11.2012 y 34.006,91 euros el 28.12.2012, bajo los epígrafes "liquidaciones de cuentas ZG/ZC y otras "pago liquidación de cuentas". Zozaya Gas SL ejerce opción de compra respecto de 4 cabezas tractoras y adquiere 5 vehículos de reparto de pequeño tamaño de Airtrans. Asimismo, en octubre del 2012, Zozaya Cisternas SL se subroga en el contrato de dos cabezas tractoras de Zozaya SL. El día 01.10.2012, Carbueros Metálicos, S.A. suscribió con Transportes Ham, S.L el contrato de transporte para toda España. El 30.09.2012, dicha mercantil se subroga en el contrato de arrendamiento financiero de 5 vehículos de Zozaya Gas SL. Dicha mercantil contrató un total de 34 trabajadores para prestar el servicio, en los meses de agosto a octubre, 13 de ellos anteriormente prestaron servicios en Zozaya Gas SL.

En diciembre de 2011 se inició un concurso, tras comunicar Carbueros Metálicos SA a Zozaya Gas SL y a HAM SA que pasaría a tener un único transportista en la península Ibérica. El 27.03.2012 Carbueros Metálicos SA comunicó a Zozaya Gas SL que con fecha 30.09.2012 finalizaría su relación comercial, al no haber resultado adjudicataria del servicio. Carbueros Metálicos SA era el único cliente de Zozaya Gas SL. El día 04.09.2012, Zozaya Gas S.L comunicó a los actores la extinción del contrato por causas objetivas (productivas y económicas), con efectos del día 30.09.2012. No se puso a su disposición, de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, la indemnización reconocida alegando falta de liquidez. El único cliente de Zozaya Gas S.L. y del que procedía la mayor parte de sus ingresos era Carbueros Metálicos SA. Zozaya Gas S.L. cerró el ejercicio fiscal del año 2011 con beneficios (225.388,55 euros), acordando en junta extraordinaria y universal realizada el 23.06.2012 distribuir los mismos, asignado el 40% de los dividendos a su socio único (Zozaya Cisternas, S.L.) y el 60% a reservas voluntarias. Igualmente, cerró el ejercicio fiscal del año 2012 con beneficios (93.669,97 euros) acordando en junta extraordinaria y universal realizada el 25.06.2013 distribuir los mismos, asignado el 40% de los dividendos a su socio único (Zozaya Cisternas, S.L.) y el 60% a reservas voluntarias. A fecha 06.07.2012, Zozaya Gas S.L., tenía una póliza de crédito en Bankinter por valor de 450.000,00 euros y vencimiento en fecha 25.10.2012. Se produjo la cancelación de la inversión en Bankinter el 01.10.2012 lo que supuso un ingreso de 500.000,00 euros más 70.042,74 euros de intereses. El 27.09.2012, traspasó 90.300,00 euros de su cuenta corriente a la póliza del crédito y el 02.10.2012 liquidó el resto de la póliza. En el libro mayor de Zozaya Gas SL figura un saldo positivo a 04.09.2012 de 367.497,75 euros y el 13.09.2012 el abono de 334.465,22 euros y un saldo de 583.307,70 euros.

3 .- Recurrida en suplicación por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo , por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS y ZOZAYA CISTERNAS SL, y por la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 12 de mayo de 2016, recurso número 209/2016 , estimando el recurso formulado por la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, desestimando el recurso interpuesto por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino y otros y el formulado por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, revocando la sentencia de instancia en relación con la condena de la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, confirmando la misma en el resto de sus pronunciamientos.

Dicha sentencia fue aclarada por auto de 19 de septiembre de 2016, en el sentido de incluir en el Fallo lo siguiente: "Aclarar y completar el fallo de nuestra sentencia en el sentido de incluir en él lo siguiente: *En consecuencia de lo anterior, se otorga a D. Aquilino el ejercicio de un nuevo derecho de opción, en los términos expresados en la sentencia recurrida, pero en relación con las empresas ZOZAYA GAS SL Y ZOZAYA CISTERNAS SL.*"

La sentencia entendió que no existe cesión ilegal entre ZOZAYA GAS SL y la SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA ya que no es posible apreciar posición empresarial en la citada mercantil "por cuanto que se justifica la contrata de transporte en donde la empresa contratada ha puesto en juego y para el cumplimiento de la contrata su organización productiva y gestión empresarial.

Las empresas del grupo Zozaya, y en concreto la que ha suscrito el contrato de transporte, no aporta exclusivamente mano de obra y ello no puede obtenerse por el mero hecho de que la empresa Carbueros Metálicos tenga atribuida la posibilidad de rechazar algún trabajador de la empresa Zozaya ya que esa facultad no se puede identificar con la figura de empleador de aquellos trabajadores sino como reserva que, estipulada a favor de Carbueros para rechazarlos aunque lo sea sin justificación alguna, se entendería



desde el propio contrato de arrendamiento del servicio con conductor que debe ostentar determinadas y específicas habilitaciones y formación. No hay que obviar que la flota, vehículo y conductor, se someten a las especificaciones que se estipulan en el contrato y cuyas alteraciones se someten al acuerdo de ambas partes -Sección 2, referida al tipo y alcance de los servicios de Zozaya- El que se haya estipulado, en la Sección de empleados, que "las partes acordarán el tratamiento de cualquier elemento de los contratos de trabajo que no esté cubierto por este acuerdo o los acuerdos laborales colectivos aplicables y que la empresa Zozaya proponga", no implica que la mercantil Carbueros impongan las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista sino que cualquier alteración que sea producto de la variación que sufran las condiciones laborales de quienes integran como personal la flota y que, lógicamente incida, en el acuerdo suscrito al que aquellos están adscritos, serán negociados por las partes pero no para establecer esas condiciones laborales sino para determinar la repercusión que sobre el contrato de servicios pueda tener, como incremento de costes. Esto es, no se puede decir que sea Carbueros Metálicos el que fija las condiciones laborales de quienes realizan el transporte de la mercancía.

Del mismo modo, no se puede entender que la recurrente Carbueros sea la que abona los salarios a los conductores cuando se deja constancia de que las nóminas se abonen por Zozaya, sin que el hecho de que la remuneración del servicio, descrita en la Sección 6ª del contrato, haga referencia a los costes y gastos de los conductores, ello solo se refiere a los derechos de la empresa que presta el servicio -Zozaya- al "margen de beneficios sobre los servicios que se configura con diversos elementos entre los que se toman los costes salariales dentro del elemento fijo que sirve para determinar esos beneficios.

Y, desde luego, no se puede decir que sea Carbueros el empleador, ejerciendo la facultad directiva y organizativa, por el hecho de que señale los horarios y rutas a seguir para el transporte de sus cisternas y producto ya que, precisamente, es su producto el que debe ser entregado a sus clientes y los tiempos que ella concierte con aquellos sin que de ello se pueda decir que impone a los trabajadores de la empresa de transporte el horario ni rutas, máxime la especialidad del producto a transportar. En definitiva, el hecho de que los miembros de la tripulación que configura la flota puedan conocer del expedidor determinadas circunstancias ello no implica que éste se convierta en empleador de aquella cuando tal conexión es propia y admisible en la legislación aplicable."

La sentencia razona que existe grupo patológico de empresas entre ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, manteniendo el pronunciamiento de la sentencia de instancia, razonando que la empresa ZOZAYA GAS SL es un mero instrumento generado para atender un servicio sin que la figura del empresario se agote en ella cuando su socio único contribuye en igual condición y con responsabilidades propias de aquel. Tras enumerar la reciente jurisprudencia de esta Sala sobre grupo de empresas señala "la dirección unitaria, nota característica del grupo de empresas mercantil, por total o intensa que se entienda, requiere una nota que sirve como definitoria del grupo laboral, máxime en una sociedad unipersonal o de socio único en donde esa unidad de estructura y dirección organizativa común es total por coincidente en la base misma de su estructura. En este caso, esa unidad no sería la decisiva pero se advierte un ejercicio que se ha derivado en abusivo por perjudicial para los trabajadores.". Continúa razonando: "La prestación de trabajo en común, en principio, podría no existir desde la figura de lo que sería una sucesión empresarial en tanto que los trabajadores de Zozaya Cisternas que atendían el servicio de transporte pasan totalmente a Zozaya Gas para atender el nuevo servicio contratado por ésta, quien asumió voluntariamente ese personal, pero ello realmente no es más que una forma de trasladar a una figura societaria una actividad sin que se configure un desplazamiento o transmisión real de una actividad económica autónoma e independiente. Y ello porque la confusión patrimonial, en el sentido de promiscuidad de la gestión económica, se advierte en la medida en que los patrimonios y contabilidades no se presentan, en su estructura esencial, como diferenciados cuando, además, existe un relevante apoyo financiero que se escapa de su consideración de contribución o colaboración económica entre las empresas sino como verdadera estructura de medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad a la que va dirigida la asumida por la empresa reactivada". Añade que también podría configurar una responsabilidad solidaria la doctrina del "levantamiento del velo", que se observa en las dos empresas que "por razones de mera atención de un servicio determinado y en un momento específico, se dota a una actividad de una configuración empresarial que no es más que, a los efectos que aquí nos ocupa, un medio para poder asumir el servicio, dotando de los medios materiales que son financiados por Zozaya Cisternas y asignando el personal que lo venía atendiendo"

4. - Contra dicha sentencia se interpusieron por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo y por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, sendos recursos de casación para la unificación de doctrina.



Para el primer motivo del recurso ambos recurrentes aportan, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 31 de mayo de 2016, recurso número 574/2015 .

Para el segundo motivo del recurso formulado por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 24 de septiembre de 2014, recurso número 1768/2014 .

5.- La Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo ha impugnado el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, ha impugnado ambos recursos.

El Ministerio Fiscal ha informado que no existe contradicción con la sentencia invocada como contradictoria en el segundo motivo del recurso formulado por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, existiendo contradicción en el primer motivo y en el formulado por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino y otros, proponiendo que el recurso se declare improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada por ambos recurrentes -el interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL, para el primer motivo del recurso- para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 31 de mayo de 2016, recurso número 574/2016 , desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Carburos Metálicos SA y Zozaya Gas SL frente a la sentencia de fecha 25 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Sabadell , en autos número 910/2012, confirmando la sentencia impugnada.

Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios para Zozaya Gas SL desde el 1 de julio de 2003, con la categoría de conductor mecánico, habiendo recibido carta de la empresa el 14 de septiembre de 2012, tras finalizar la tramitación de despido colectivo sin acuerdo, expediente 458/2012, por la que le comunicaba la extinción de su contrato, con efectos de 20 de septiembre de 2012, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, manifestando que no puede poner a su disposición la indemnización que le corresponde por falta de liquidez.

Los restantes hechos probados son similares a los de la sentencia recurrida, siendo asimismo demandadas Carburos Metálicos SA, Zozaya Gas SL, Zozaya Cisternas SL y Transportes Ham SA. La sentencia de instancia, confirmada por la de suplicación condenó solidariamente a Carburos Metálicos SA y Zozaya Gas SL, absolviendo por falta de legitimación pasiva a Zozaya Cisternas SL y Transportes Ham SA.

A los efectos que ahora interesan, es decir, si ha existido cesión ilegal de trabajadores entre Carburos Metálicos SA y Zozaya Gas SL, la sentencia, invocando la jurisprudencia de esta Sala Cuarta respecto a dicha cuestión, entendió que existe cesión ilegal.

Tal conclusión se deriva de los hechos probados de la sentencia de instancia, fundamentalmente de los siguientes:

- Carburos Metálicos SA era el único cliente de Zozaya Gas SL.

- Que el contrato entre la empresa Zozaya Gas SL y la empresa Carburos Metálicos SA establece que la empresa Zozaya Gas S.L, debía responsabilizarse "de proporcionar el mantenimiento de los tractores que forman parte de la flota y se asegurará de que estos trabajos son realizados por talleres debidamente cualificados, y por lo cual tenía suscrito con Mercedes Benz y con Michelin contratos de servicio, implicando a veinticuatro cabezas tractoras.

-Las cabezas tractoras con las que la empresa Zozaya Gas SL realizaba los transportes para Carburos Metálicos SA fueron adquiridas por Zozaya Gas SL en la modalidad de arrendamiento financiero por cuatro años, aunque el pago del mismo se realizaba por la empresa Carburos Metálicos SA al ser un gasto más del servicio y Mercedes-Benz se comprometió a volver a adquirir las cabezas tractoras.

- Los trabajadores de la empresa Zozaya Gas SL prestaban sus servicios en los centros de trabajo de la empresa Carburos Metálicos SA, pues accedían a los centros de trabajo de la empresa Carburos Metálicos SA, con una



tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." como a "Grupo Air Products".

Pero las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carburos Metálicos SA, de color verde, aparecen referencias a "Carburos Metálicos" y a "Grupo Air Products".

- La empresa Carburos Metálicos SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", con indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, cómo frenar y controlar la velocidad, entre otras cuestiones) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos, conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones).

- Los conductores recibían instrucciones sobre rutas de la siguiente forma: en el centro logístico que Carburos Metálicos SA posee en Cornellá, se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, se realizaba la planificación de horarios y rutas y se volcaba todo informáticamente y pasaban a las terminales que estaban en los centros de trabajo de la empresa, y a donde se dirigían los conductores de Zozaya GAS SL para conectar las PDAs, ya que de forma previa la empresa Carburos Metálicos SA les había suministrado la planificación de rutas que debían realizar se cargaba directamente en sus PDAs, sin pasar por los administrativos de Zozaya Gas SL.

- Los trabajadores de la empresa Zozaya Gas SL con funciones de administración disponían para realizar su trabajo de un portátil suministrado por Carburos Metálicos SA y otro ordenador suministrado por Zozaya Gas SL y por otra parte los albaranes y cartas de porte eran emitidos por Carburos Metálicos SA.

- La empresa Zozoya Gas SL no tiene estructura productiva ni patrimonio, únicamente tiene los conductores pues los camiones no forman parte de su patrimonio.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos, tras finalizar sin acuerdo un expediente de despido colectivo, se ha producido el despido por causas objetivas de trabajadores que venían prestando servicios a Zozoya Gas SL, interesando los trabajadores que se declare la existencia de cesión ilegal entre dicha empresa y Carburos Metálicos SA, constando en ambas sentencias los mismos hechos, tal y como ha quedado consignado en el apartado 2 de este fundamento de derecho, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida entiende que no hay cesión ilegal, la de contraste concluye que ha existido dicha cesión ilegal.

TERCERO.-1.- Ambos recurrentes alegan que la sentencia recurrida infringe el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , alegando la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino y otros, que en concreto se han infringido los apartados 3 y 4 de dicho precepto, aduciendo ambos recurrentes como infringida la jurisprudencia que citan.

2. - Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca del alcance e interpretación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula la cesión ilegal. Así, entre otras, en la sentencia de 20 de octubre de 2014, recurso 3291/2013 , en la que se examina la situación de la actora, con categoría de azafata, contratada por la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo que prestaba servicios en la sala de autoridades de AENA en el aeropuerto, concluyendo que ha existido cesión ilegal. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"La interpretación del precepto - artículo 43 ET - ha dado lugar a una muy abundante jurisprudencia de esta Sala, con arreglo a la que podemos decir como punto de partida que en nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición para que el empresario pueda utilizar la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTS 27/10/94 -rec. 3724/1993 ; y 17/12/01 -rec. 244/2001 -). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94 -rcud 3400/92 -), pues "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (STS 12/12/97 -rcud 3153/96 -) y porque "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de



empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal" (STS 17/07/93 -rcud 1712/92 -) (STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -).

Con mucha frecuencia y en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular un acuerdo de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario en supuestos en los que la actividad que conlleva la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, como ocurre en el supuesto que resolvemos. En éstos casos la tarea de identificar los fenómenos interpositivos ilícitos se dificulta notablemente y exige un análisis detallado de cada caso concreto para tratar de establecer los límites entre una lícita descentralización productiva lícita (art. 42 ET) y una cesión ilegal de trabajadores del art. 42. ET .

Además, en esa tarea la jurisprudencia ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el "empresario efectivo": 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, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (entre las más modernas, SSTS de 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; 14/03/06 -rcud 66/05 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). En palabras de la STS 30/05/02 (-rcud 1945/2001 -), "para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, 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".

La sentencia concluye: "a pesar de esa existencia real de la empresa Servicios Pasarela Mediterráneo, lo cierto es que esa existencia empresarial independiente en el caso de la contrata con Aena es irrelevante, puesto que la verdadera gestión y dirección empresarial se llevaba a cabo por Aena, desde el momento en que era ésta la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicios a través de la asignación de horarios de apertura, cierre, controles reales previos de acceso para que las personas autorizadas accedan a las dependencias, llevando a cabo incluso un control de idoneidad de esos trabajadores por ejemplo en materia de conocimiento de idiomas, la exigencia de que fuesen dotados de determinados medios de comunicación o transporte, de ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad Aena, y ninguna -de hecho estaba prohibido- con la empresa para la que se decía que prestaban sus servicios.

Resulta también relevante comprobar que diversos medios informáticos imprescindibles para llevar a cabo las funciones relacionadas con los viajes de las personas que acudían a la sala eran en algunos casos alquilados por Aena, que facturaba por tanto su utilización. También la descripción detallada de la manera en la que el servicio debía llevarse a cabo (punto sexto del pliego), en el que la intensidad de la contratista en la descripción y control de las directrices a las que debía sujetarse la actividad son destacables, como el hecho de que los trabajos y las funciones a realizar que se describen en ese punto sexto los son "sin perjuicio de los que en su momento establezca el Director del expediente.

Por eso tiene especial relevancia, como se razona en la sentencia recurrida, la realidad del puesto y de la actividad que llevaba a cabo la coordinadora del servicio de atención y protocolo en salas de autoridades y vip, que si bien es cierto que llevaba a cabo su trabajo en colaboración con la propia coordinadora del servicio que asignaba la empresa contratista --Servicios Pasarela Mediterráneo-- esa función, formalmente independiente, estaba sujeta realmente a esa supervisión de la actividad, de las funciones y de la manera en que debían llevarse a cabo en las propias instalaciones de Aena y dirigidas, como se dijo al comienzo, a desarrollar funciones vinculadas con el tráfico aéreo de pasajeros".

La STS de 26 de octubre de 2016, recurso 2913/2014 , concluyó que existía cesión ilegal en un supuesto en el que la actora, auxiliar de servicios, contratada por la empresa Navalservice SL, prestaba el servicio de reprografía en la Confederación Hidrográfica del Tajo, realizando fotocopias, encuadernación, composiciones para fotocopiar...La empresa Navalservice SL controlaba todos los aspectos relativos a vacaciones, bajas por enfermedad, permisos para ausencias al trabajo, poniendo un sustituto en caso de ausencia de la actora, controlándola por medio de tres inspectores. Tenía una bata naranja diferente a la que utilizaban los trabajadores de la Confederación. Los elementos de trabajo del servicio de reprografía pertenecían a la Confederación y en sus locales se desarrollaba el trabajo.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"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" (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

2. 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."

La sentencia concluye: "Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que -insistimos- todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. La contratista, aunque, según también ponen de relieve los hechos probados, ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados.

Ni siquiera contraría la anterior conclusión el hecho cierto de que "por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CHT) el puesto de trabajo de la actora, y ésta les entregaba los justificantes médicos" (h. p. 4º) porque, con no constar en qué pudiera haber consistido materialmente ese control y esa supervisión, lo que ya de por sí asemeja la función inspectora a la de la propia demandante, en realidad, esas mismas labores aparentemente inspectoras podrían haber incurrido igualmente en el fenómeno interpositorio al no respaldar una actividad empresarial propia y distinta de la cesión de mano de obra".

CUARTO.-1.- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala hemos de partir de los siguientes datos:

- En el año 1998 se inician relaciones comerciales entre Zozaya Cisternas SL y CARBUROS METÁLICOS SA, la primera aportaba transportistas autónomos para efectuar la entrega de los productos fabricados por la segunda (gases) a sus clientes, utilizando semirremolques cisterna propiedad de la segunda (HP 3º)..
- El 29/05/2008 Zozaya Cisternas SL modifica la denominación de una empresa inactiva que pasa a denominarse ZOZAYA GAS SL, a la que se adjudica el contrato de transporte de gas e inicia la actividad el 1/10/2008 con personal propio, procediendo a dar de alta cinco centros de trabajo, siendo el domicilio de la empresa el de uno de sus trabajadores en c) París 3, San Martín de la Vega (Madrid). (HP 4º).
- Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL (conductores y administrativos) que prestan servicios en Madrid lo hacen en el centro de trabajo de CARBUROS METÁLICOS SA sito en Tres Cantos. (HP 4º Y 6º) y ZOZAYA GAS SL no asume gasto alguno por dicha utilización. (FD 5º, con valor de hecho probado). El jefe administrativo de ZOZAYA GAS SL presta sus servicios en el centro de trabajo de Zozaya Cisternas SL sito en Barcelona. (HP 4º Y 6º).



-Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL accedían al centro de trabajo de CARBUROS METÁLICOS SA mediante tarjetas identificadoras de color azul en las que aparecían referencias tanto a "Zozaya Gas, S.L." como al "Grupo Air Products". En las tarjetas identificadoras de los trabajadores de Carburos Metálicos, de color verde, aparecen referencias a "Carburos Metálicos, S.A." y al "Grupo Air Products".. (HP 7º)

-Los trabajadores de ZOZAYA GAS SL recibían instrucciones sobre rutas de CARBUROS METÁLICOS SA En el centro que esta empresa posee en Cornellá se recibían las demandas de servicio de transporte de toda Europa, se planificaban horarios y rutas, se volcaba informáticamente y se pasaban a terminales situadas en los centros de trabajo de dicha empresa donde se dirigían los trabajadores para conectar las PDAs, donde se habían cargado directamente las rutas sin pasar por los administrativos de ZOZAYA GAS SL. (HP12º).

-CARBUROS METÁLICOS SA facilitaba a los conductores de ZOZAYA GAS SL. las PDAs. También facilitaba a los administrativos un portátil y ZOZAYA GAS SL les facilitaba otro ordenador. (HP 12º).

- CARBUROS METÁLICOS SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, como frenar y controlar la velocidad...) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos, conducción y descanso, faltas y sanciones...).(HP 8º).

-CARBUROS METÁLICOS SA se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador de ZOZAYA GAS SL designado para prestar el servicio, sin necesidad de justificación alguna (HP 5º, 11º y FD 5º, con valor de hecho probado).

-Ambas empresas se comprometieron a acordar cualquier elemento de los contratos de trabajo y los acuerdos colectivos aplicables (HP 5º)

Como elementos adicionales podemos señalar los siguientes:

-El único cliente de ZOZAYA GAS SL y del que procedían la mayor parte de sus ingresos es CARBUROS METÁLICOS SL. (HP 4º, del apartado 3º)

-Los albaranes y cartas de porte eran emitidos por CARBUROS METÁLICOS SA (HP 14º).

-En las condiciones de transporte se aplica el sistema "open books", a través del cual CARBUROS METÁLICOS SA asume todos los gastos del transporte, servicios, administración y cualquier otro que pueda ser cargado a ZOZAYA GAS SL, entre los que se encuentran los salarios y coste de Seguridad Social del personal de ZOZAYA GAS SL., a excepción de los permisos de circulación, y esta última empresa obtiene un margen de beneficios fijos del 3,5%.(HP 3º y FD 5º, con valor de hecho probado).

-CARBUROS METÁLICOS SA determina los medios productivos (tractores, conductores y administrativos) que debe utilizar ZOZAYA GAS SL en la prestación del servicio,(HP5º y FD 5º, con valor de hecho probado).

-CARBUROS METÁLICOS SA determina las tareas y responsabilidades, prendas protectoras y equipo a utilizar, así como los requisitos de cualificación de los trabajadores, (HP5º y FD 5º, con valor de hecho probado).

-CARBUROS METÁLICOS SA es el propietario de los semirremolques y las cisternas y ZOZAYA GAS SL aporta las cabezas tractoras. Dichas cabezas tractoras fueron adquiridas en la modalidad de arrendamiento financiero -coste abonado por CARBUROS METÁLICOS SA- por cuatro años, que era la duración del contrato suscrito con CARBUROS METÁLICOS SA (HP 3º y 5º).

Respecto a las facultades e intervención de ZOZAYA GAS SL, hemos de señalar lo siguiente:

-ZOZAYA GAS SL tiene personal propio, 34 trabajadores y 10 empleados de Zozaya Cisternas SL en cuyos contratos se ha subrogado.(HP 4º).

-ZOZAYA GAS SL ha realizado cursos formativos de tacógrafos, conducción segura, renovación de carnet ADR, CAP, conducción fleet board, prevención de riesgos laborales, etc... (HP 8º)

-ZOZAYA GAS SL ha informado y formado a sus conductores en materia de prevención de riesgos laborales y ha realizado los controles de salud y revisiones médicas destinadas a constatar la aptitud de sus trabajadores. (HP 9º)

-ZOZAYA GAS SL ha planificado los calendarios de vacaciones de sus trabajadores.(HP 10º)

-ZOZAYA GAS SL es quien ejerce la facultad disciplinaria respecto de sus trabajadores. (HP 11º)

-ZOZAYA GAS SL para la ejecución del trabajo aporta las tarjetas de transporte y algún ordenador, así como las cabezas tractoras.



2.- A la vista de las circunstancias concretas en las que se llevó a cabo la actividad de los demandantes en el supuesto que ahora resolvemos, hemos de llegar a la conclusión de que realmente existió esa interposición ilícita de trabajadores prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores .

Respecto a las facultades de dirección y organización de la empresa hay que señalar:

- Carbueros Metálicos SA tiene una decisiva intervención respecto al personal contratados por Zozaya Gas SL ya que se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador sin necesidad de justificar el motivo.,

-Las tareas y responsabilidades, prendas protectoras, equipo a utilizar, requisitos de cualificación de los trabajadores y condiciones laborales en las que prestarán servicios son fijadas por Carbueros Metálicos SA.

-Zozaya Gas SL se compromete a acordar con Carbueros Metálicos SA cualquier elemento de los contratos que no esté cubierto por el contrato y los acuerdos laborales aplicables.

-Carbueros Metálicos SA entregaba a los conductores un "Manual de conductor", en el que, junto a abundantes indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también constan instrucciones en materia de "seguridad en la conducción" (manejo defensivo, evitación de distracciones, consejos para la conducción nocturna, situaciones potenciales de riesgo en el transporte de vehículos cisterna, como frenar y controlar la velocidad, entre otras cuestiones) y "tacógrafo" (aplicación de normas sobre el mismo, uso y procedimiento, conservación de los discos), conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones.

-Carbueros Metálicos SA es quien planifica los horarios y rutas que eran entregadas a los conductores directamente, y sin intervención de los administrativos de Zozaya u otros intermediarios, a través de terminales situadas en los centros de trabajo de Carbueros Metálicos, a donde se dirigían los conductores para conectar las PDAs que previamente Carbueros Metálicos les había suministrado.

-No consta intervención alguna de Zozaya Gas SL en la organización y dirección de sus trabajadores ya que no se ha acreditado que existiera algún responsable de esta empresa que ordenara, dirigiera o coordinara la actividad de los citados trabajadores, constando únicamente que los conductores recibían las órdenes en los centros de trabajo de Carbueros Metálicos SA a los que acudían, a través de las terminales situadas en dichos centros, donde conectaban los Pdas que previamente les había facilitado Carbueros, no interviniendo en las órdenes los administrativos de Zozaya Gas SL, quienes también acudían al citado centro de trabajo.

Tales datos ponen de relieve que las facultades de organización y dirección empresarial las ejerce Carbueros Metálicos SA, sin que se oponga a tal conclusión el hecho de que Zozaya Gas SL concediera las vacaciones, ejerciera la facultad disciplinaria y les impartiera cursos formativos de tacógrafos, conducción segura, renovación del carnet ADR, CAP, conducción fleet board y prevención de riesgos laborales, ya que dichas facultades resultan muy escasas en comparación con las ejercidas por la mercantil Carbueros Metálicos SA, que afecta a la esencia del contrato de trabajo.

Hay que señalar que, aun cuando la empresa Zozaya Gas SL sea una empresa real y no ficticia, tal dato, por si solo, no impide que pueda apreciarse la existencia de cesión ilegal ya que, no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19 de enero de 1994; recurso 3400/92), pues "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner en contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (STS de 12 de diciembre de 1997; recurso 3153/96).

Respecto al lugar y medios materiales de prestación del servicio hay que poner de relieve:

-Las instalaciones a las que acuden los conductores, reciben instrucciones y donde trabajan los administrativos son de Carbueros Metálicos SA y Zozaya Gas SL no abona gasto alguno.

-Carbueros Metálicos SA determina en el contrato los medios productivos (tractores, conductores y administrativos) que deben utilizarse en la prestación del servicio. -Los semirremolques y cisternas son propiedad de Carbueros Metálicos SA y las cabezas tractoras de Zozaya Gas SL, que se han arrendado durante cuatro años, que era la duración prevista del contrato suscrito con Carbueros Metálicos SA-

-Carbueros Metálicos SA facilita PDAS a los conductores y ordenadores al personal administrativo.

Las anteriores circunstancias revelan que los medios materiales imprescindibles para llevar a cabo la actividad de la empresa Zozaya Gas SL son propiedad de Carbueros Metálicos SA ya que Zozaya Gas SL únicamente aporta las cabezas tractoras, que han sido adquiridas mediante la modalidad de arrendamiento financiero, por un plazo de cuatro años - duración prevista del contrato entre ambas mercantiles- siendo las instalaciones, cisternas, ordenadores y PDAS propiedad de Carbueros Metálicos SA.



4.- Por lo anteriormente expuesto y razonado, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo y del primer motivo del recurso interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS SL y ZOZAYA CISTERNAS SL.

QUINTO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada por por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS y ZOZAYA CISTERNAS SL, para el segundo motivo del recurso- para determinar si concurre el requisito de la contradicción.

2.- La sentencia aportada como contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 24 de septiembre de 2014, recurso número 1768/2014 , desestimó el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Zozaya Gas SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Valencia el 13 de marzo de 2014 , en virtud de demanda presentada por D. Vicente Miret Flors, D. Rafael Ortín Gil y D. Jesús Carreta Huertas, confirmando la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia, apreciando la excepción de litispendencia respecto de la cuestión de existencia de cesión ilegal entre Zozaya Gas SL y Carbuos Metálicos SA, por existir conflicto colectivo pendiente, declaró improcedente el despido de los actores, condenando a Zozaya Gas SL a que, a su opción, a ejercitar en plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, proceda a la readmisión de los trabajadores y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido o al abono de las indemnizaciones consignadas en la sentencia.

Tal y como resulta de dicha sentencia, los actores han venido prestando servicios para la demandada Zozaya Gas SL, habiendo prestado servicios con anterioridad para Cano y Corell SL. habiendo recibido carta de la empresa el 14 de septiembre de 2012, tras finalizar la tramitación de despido colectivo sin acuerdo, por la que les comunicaba la extinción de sus contratos, con efectos de 30 de septiembre de 2012, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, manifestando que no puede poner a su disposición la indemnización que les corresponde por falta de liquidez. Los restantes hechos probados son similares a los de la sentencia recurrida, siendo asimismo demandadas Carbuos Metálicos SA, Zozaya Gas SL, Zozaya Cisternas SL y Transportes Ham SA.

La sentencia, tras rechazar las revisiones fácticas propuestas por la recurrente, razona que procede mantener la declaración de improcedencia de los despidos dado que la empresa no ha acreditado su situación de iliquidez a la fecha de los mismos. Señala que aun aceptando la existencia de la pignoración señalada, dado que la suma de las indemnizaciones de los 3 actores no llegaba a los 20.000 euros, falta la prueba de que éstas, o incluso el total de las indemnizaciones debidas satisfacer fueran de imposible cumplimiento a dicha fecha; tampoco aparece que la empresa procediera a negociar el pago diferido o procediera a abonar parte de la indemnización. Si tan fácil fue para Zozaya Cisternas, como empresa matriz del grupo Vos, poner a disposición de Zozaya Gas el crédito para hacer frente a la restitución del valor residual de la flota de vehículos, debió, dada su limitada cuantía, hacer lo mismo con la satisfacción de los créditos de los trabajadores, que constituye uno de los requisitos imprescindibles para dotar de legalidad a la decisión extintiva.

A continuación examina si se debe extender la responsabilidad de los despidos a Transportes Ham, razonando que no procede dicha extensión de responsabilidad, dado que no existe sucesión de empresas, ni tampoco los Convenios Colectivos establecen la subrogación.

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

Si bien entre la sentencia recurrida y la de contraste existe identidad de hechos, no puede apreciarse contradicción ya que el debate planteado en uno y otro asunto ha sido deferente. Así, en la sentencia recurrida se plantea si existe grupo patológico de empresas entre Zozaya Gas SL y Zozaya Cisternas SL, cuestión por completo ajena a la examinada en la sentencia de contraste, que se ha limitado a analizar si la demandada había acreditado la alegada falta de liquidez que le había impedido poner a disposición de los trabajadores



la indemnización por despido objetivo. Por lo tanto, aunque el resultado de las sentencias comparadas sea diferente, no son contradictorias, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

SEXTO.- Por lo anteriormente expuesto y razonado, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo y del primer motivo del recurso interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS y ZOZAYA CISTERNAS SL, lo que conduce a casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar los recursos formulados por dichos recurrentes y por la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de los de Madrid, en autos número 1276/2012, seguidos a instancia de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo contra ZOZAYA GAS SL, TRANSPORTES HAM SA, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS SA y ZOZAYA CISTERNAS SL, en reclamación por DESPIDO.

No procede la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

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 la Letrada Doña Alicia Gómez Beneítez, en representación de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo y el primer motivo del recurso interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Albite Espinosa, en representación de ZOZAYA GAS y ZOZAYA CISTERNAS SL.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar los recursos formulados por dichos recurrentes y por la Letrada Doña Noelia Lago Tinoco, en representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METÁLICOS SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de los de Madrid, en autos número 1276/2012, seguidos a instancia de D. Aquilino , D. Carlos Francisco , D. Augusto , D. Avelino Y D. Abelardo contra ZOZAYA GAS SL, TRANSPORTES HAM SA, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS SA y ZOZAYA CISTERNAS SL, en reclamación por DESPIDO.

Declarar la firmeza de la sentencia de instancia.

Sin costas.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir y que se dé a la consignación el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA Nº 8/3861/2016, LOS EXCMOS. SRES. DON Jesus Gullon Rodriguez Y DON Angel Blasco Pellicer.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulamos Voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación de referencia para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, acogiéndonos de esta forma, a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto discrepamos de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a la solución alcanzada en uno de los extremos debatidos, al entender que el recurso de las empresas demandadas debió ser estimado íntegramente por no existir la cesión ilegal que se ha apreciado en la sentencia mayoritaria.

El presente voto es idéntico, en lo que se refiere al fondo, al que se formula al Recurso 4092/2016.

La postura que sostenemos se fundamenta en las siguientes consideraciones:

Según la sentencia de contraste, la cesión ilegal deriva de que es Carburos Metálicos la que planifica las rutas y los horarios, asumiendo el gasto de las cabezas tractoras, confeccionando albaranes y cartas de porte, no teniendo infraestructura productiva alguna ni patrimonio de los camiones, siendo en esas circunstancias en las que se apoya la parte recurrente, junto a otras, para obtener la declaración de cesión ilegal. Sobre estos elementos se centra la sentencia mayoritaria de la que discrepamos.



Por su parte, la sentencia de esta Sala, tras recoger los hechos probados, señala que en orden a las facultades de dirección y organización de la empresa Carbueros Metálicos tiene una decisiva intervención respecto del personal de Zozaya Gas SL por diversas circunstancias que, a nuestro entender no tienen el alcance dado por la Sala.

1. Respecto a que Carbueros Metálicos se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador sin necesidad de justificar el motivo.

Este elemento no convierte a la empresa Carbueros en empleador porque hay que valorarlo en atención al contenido del servicio que se va a prestar, en el que el conductor debe ostentar determinadas y específicas habilitaciones y formación lo que, en definitiva, se encuadra en las cláusulas pactadas, como la que consta en la Sección de empleados, cuando dice que "las partes acordarán el tratamiento de cualquier elemento de los contratos de trabajo que no esté cubierto por este acuerdo o los acuerdos laborales colectivos aplicables y que la empresa Zozaya proponga" lo que no significa que sea Carbueros Metálicos la que impone las condiciones laborales sino que con ello se controla por las partes contratantes la repercusión que sobre costes del contrato pueda tener cualquier circunstancia que surja durante la vigencia del contrato, y en atención a la modalidad contractual al que se ha sometido el servicio contratado. Esto es, no se puede decir que sea Carbueros Metálicos el que fija las condiciones laborales de quienes realizan el transporte de la mercancía.

2. En relación con que Carbueros Metálicos entrega a los conductores un Manual de conductor, en el que constan instrucciones en materia de seguridad en la conducción y tacógrafo, conducción y descanso, faltas y sanciones, entre otras cuestiones.

Al respecto debemos decir que, según indica el art. 35 del RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, "los miembros de la tripulación se instruirán sobre las particularidades de la materia que van a transportar, debiendo conocer lo aplicable a las etiquetas asignadas a las materias transportadas en las instrucciones escritas y recabando del expedidor, cargador o intermediario cuantas aclaraciones precise, asegurándose de que tanto la carta de porte como las instrucciones escritas según el ADR se encuentran a bordo del vehículo al iniciar el transporte", y ello en relación con lo que dispone el art. 4, sobre la operación de transporte, al igual que el art. 20 de dicha norma en orden a la actuación que debe seguir la tripulación en caso de avería o accidente.

3.- Respecto de la emisión de la carta de porte.

Y lo mismo cabría señalar en relación con otro elemento que refiere la sentencia de contraste, aunque no se menciona en la sentencia mayoritaria. Nos referimos a la carta de porte. Por lo que se refiere a la confección de la misma, ésta debe ser emitida por el expedidor -persona física o jurídica por cuya orden y cuenta se realiza el envío de la mercancía peligrosa, para el cual se realiza el transporte (art. 3 d)- antes de iniciarse el transporte, tal y como dispone el art. 35.1 del citado RD, por lo que, esa circunstancia, derivada de la normativa que regula el transporte que es objeto del servicio, no permite entender que se desplace el poder de dirección y organización de quien realiza el transporte sobre el que ostenta la figura de expedidor.

4.- Respecto a la planificación de horarios y rutas y medios informáticos.

Igualmente, se centra la sentencia de la que discrepamos en que Carbueros Metálicos planifica los horarios y rutas que eran entregadas a los conductores directamente, sin intervención de Zozaya, y lo hacía por medio de terminales sitas en el centro de trabajo a las que conectaban las PDA que Carbueros les había proporcionado. Tampoco esta forma de proceder es relevante.

En orden a la planificación de las rutas y horarios, ha de decirse que no es elemento significativo en este caso por cuanto que no debemos olvidar, una vez más, que estamos ante un transporte de mercancías peligrosas que, en orden a los itinerarios, deben ajustarse a las normas legalmente establecidas a tal efecto, tal y como se indica en el art. 5.2 del RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español. Del mismo modo, está justificado que horarios y rutas en el transporte de las mercancías sean dadas por Carbueros Metálicos al ser ésta la que ha concertado con los clientes las condiciones en la compra de la mercancía transportada, como la de fecha y lugar de entrega. Y ello al margen de las posibles restricciones que, en relación con la circulación, puedan afectar al transporte de la mercancía y que, incluso en algunos casos y según el material transportado, se deben hacer constar en la propia carta de porte. En relación con esto, tampoco es relevante que el instrumento por el que se daba aquella información haya sido unas tablets entregadas por la empresa Carbueros Metálicos porque tampoco se podría decir lo contrario por el mero hecho de que Zozaya fuera la que hubiera dado dicho material informático que, en todo caso, debería contener la información facilitada por Carbueros Metálicos. Además, esa puesta a disposición de esos instrumentos no se considera por la doctrina de esta Sala como decisivo a estos efectos [STS 08/01/2019, rcud 3784/2016]



5.- Organización y dirección de los trabajadores.

Sigue diciendo la sentencia mayoritaria que Zozaya no tiene intervención alguna en la organización y dirección de sus trabajadores. Tal circunstancia negativa, como tal, no figura en el relato fáctico, sino que lo que en él se indica es lo contrario, cuando declara probado que los trabajadores recibían comunicados de Zozaya Gas en orden a las actividades y formas de atenderlas (h.p. 13º, al recoger el h.p.11 de la SAN), sin que el mayor o menor número de las que se han declarado probadas sea relevante cuando en el conjunto de las demás circunstancias que acompañan a las mismas existen otros datos que revelan que la organización y dirección que ostenta Zozaya Gas. Así es, se resta relevancia al hecho probado relativo a que la fijación de vacaciones y las facultades disciplinarias y la formación en prevención de riesgos laborales las desempeñaba Zozaya en una comparación con las que pudiera tener Carbueros Metálicos, siendo que la intervención de ésta lo era respecto de circunstancias propias y específicas de su actividad y del control que le impone la normativa en el transporte de esas singulares mercancías que, en ningún caso, correspondería a Zozaya.

6.- En relación con el centro de trabajo y tarjetas identificadoras.

Tampoco se comparte la interpretación que se ha dado al hecho de que la actividad se pueda desplegar, lógicamente en el inicio de la jornada, en la sede de Carbueros Metálicos cuando se trata de una actividad que, aunque se inicie en la sede por estar allí el producto a transportar y que suministra dicha entidad, el desarrollo de la misma se realiza fuera de esa ubicación. Además, según los hechos probados, los trabajadores de Zozaya Gas accedían a la sede de Carbueros Metálicos mediante tarjetas identificadoras en la que, expresamente, se identificaba a dicha mercantil como Zozaya Gas y eran de color diferente a las que portaban los propios trabajadores de Carbueros Metálicos. Esto es, no podría entender que existiera una confusión de plantillas de unos trabajadores y otros en el tiempo de permanencia en la sede de Carbueros Metálicos.

7. Medios de transporte. Semirremolques y cisternas y cabezas tractoras

Como tampoco se entiende relevante el que los semirremolques y cisternas sean propiedad de Carbueros Metálicos cuando el producto que distribuye a sus clientes es especial y requiere de continentes específicos que justifican que la propiedad de éstos no sea de la empresa que realiza el transporte que, por el contrario, sí que debe aportar el medio de transporte -cabezas tractoras- sin que el hecho de que las mismas estén en su posesión en virtud de un contrato de arrendamiento venga a alterar la realidad de que dispone de medios materiales para atender la actividad concertada.

En efecto, las cabezas tractoras fueron adquiridas por Zozaya Gas mediante un arrendamiento financiero, por cuatro años, tiempo de duración del servicio de transporte concertado con CM. Pues bien, las mismas deben ser consideradas como parte esencial de los medios materiales de que dispone la empresa transportadora, aunque resulte que el precio de dicho arrendamiento haya sido tomado en consideración a la hora de fijar el coste del servicio de transporte, lo que no priva que la posesión del bien mueble la tenga quien lo ha adquirido y el adquirente deba responder frente a quien lo ha puesto a su disposición en virtud del título jurídico en el que se ha plasmado dicho arrendamiento.

Es más, esta Sala llegó a decir que el pago que pudiera hacer un tercero no implica que la titularidad del bien no la ostente quien lo ha adquirido, al decir que "siendo admisible, además, el pago por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, conociéndolo, o no, el deudor conforme al art 1158 del CC, y pagar por cuenta de otro por el título o razón que fuere y con derecho, o no, en función de los mismos, a repetir del deudor u obligado". [STS de 30 de septiembre de 2014, R. 193/2013, que resolvió el recurso frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la AN que reflejan los hechos probados].

8. Clientela de la empresa Zozaya Gas.

Y a todo ello no se opone el hecho de que Zozaya tenga un solo cliente ya que, por sí sola esa circunstancia no convierte a ésta en empresa interpuesta cuando, además, los hechos probados -h.p.13º, en el apartado relativo al h.p.4º de la sentencia de la AN- ponen de manifiesto que el servicio de transporte no lo tenía asignado exclusivamente Carbueros Metálicos con la empresa Zozaya Gas sino que, desde 2008, también era atendido por otra mercantil que gira bajo el nombre Ham, SA, -quien luego asumió también el que atendía Zozaya Gas-, lo que permite sostener la conclusión anterior en orden a comprender que Carbueros Metálicos, en definitiva, tenía derivado el servicio de transporte de sus productos a otras mercantiles.

9.- Contrato open books

La cesión ilegal se ha dejado también descansar en el hecho de que los costes del servicio atienden a elementos materiales y personales que permiten entender que realmente es Carbueros Metálicos la que aporta la real infraestructura para atender el servicio. No sería posible aceptar tal conclusión



El contrato suscrito entre Zozaya y Carbueros Metálicos, bajo el sistema de "open books", es una modalidad contractual perfectamente válida. Esto es, el sistema de contratación entre Carbueros Metálicos y Zozaya Gas, denominado open books o libros abiertos, precisamente, es una opción de contratación en la que el precio viene determinado por los gastos de los servicios que se prestan más un porcentaje que, en este caso, se anudaban a unos objetivos anuales expresados en el contrato, lo que no implica que los medios materiales no sean titularidad del operador logístico ni que deba atribuirse la misma a Carbueros Metálicos por el simple hecho de que el precio del servicio de transporte, se haya calculado contemplando como costes lo que pueden venir determinados por los medios materiales que han de destinarse al mismo, como tampoco podría decirse que los salarios de la tripulación encargada de llevar a cabo el servicio sean abonados por Carbueros por el solo hecho de que, al señalar el precio del servicio de transporte bajo esa modalidad, se haya contemplado los costes del personal que se adscribe a él, sin que por ello se pueda cuestionar que es Zozaya Gas la que abona los salarios a sus trabajadores.

Además, a título meramente indicativo, debemos recordar que aquella modalidad de contratación viene asumida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 100).

En consecuencia, ni los trabajadores de Zozaya Gas se han integrado en la plantilla de Carbueros Metálicos ni ésta ha puesto a disposición de ellos los medios esenciales para que lleven a cabo la actividad de transporte en general, haciéndose cargo Carbueros Metálicos tan solo de controlar y supervisar en esa actividad todo aquello de lo que puede resultar responsable por razón del producto que gestiona.

En definitiva, no es posible apreciar en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de Carbueros Metálicos sobre la plantilla de Zozaya Gas porque el objeto del contrato de servicios entre las empresas aquí implicadas no se ha limitado a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; tampoco puede concluirse que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable y no disponga de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad sino que, por el contrario, ha ejercido las funciones inherentes a la condición de empresario.

En Madrid a 16 de mayo de 2019