



Roj: **SAP VI 1383/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:1383**

Id Cendoj: **01059370012019101100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **1146/2019**

Nº de Resolución: **1084/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **DAVID LOSADA DURAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-LEHEN ATALA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL. : 945-004821 **Fax / Faxes** : 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-18/000421

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2018/0000421

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 1146/2019 - C

UPAD CIVIL

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Civil / Gasteizko Lehen Auzialdiko 7 zenbakiko Epaitegia - Arlo Zibileko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario 16/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: ESC SERVICIOS GENERALES S.L.

Procurador/a/ Prokuradorea:IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U.

Procurador/a / Prokuradorea: CARMEN CARRASCO ARANA

Abogado/a/ Abokatua: ANA CASTIELLA LOPEZ-AROSTEGUI

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Emilio Ramón Villalain Ruiz y D. David Losada Durán, Magistrados, ha dictado el día diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 1084/19

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 1146/19 procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Procedimiento Ordinario nº 16/18, promovido por **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.**, dirigido por el Letrado D. Alejandro Huertas, y representado por la Procuradora Dª. Iratxe Damborenea Agorria, frente a la Sentencia nº 37/19 dictada el 15-05-19, siendo parte apelada **MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U.**, dirigido por la Letrada Dª. Ana Castiella López-Aróstegui y representado por la Procuradora Dª. Carmen Carrasco Arana, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Losada Durán.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"QUE ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U representada por el/la Procurador/a Carmen Carrasco frente a ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. representada por el/la Procurador/a Iratxe Damborenea,

DECLARO la obligación de ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. de responder frente a MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U en virtud de la cláusula V del contrato suscrito con la actora el 22.10.2013 de la suma total 724.937,23 euros en concepto de principal, así como los intereses moratorios, y en consecuencia

CONDENO a ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. a pagar a MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U la cantidad de 724.937,23 euros en concepto de principal, más intereses moratorios desde la intimación judicial, hasta el completo pago sin perjuicio de verse incrementado el interés legal en dos puntos desde la fecha de esta sentencia en caso de ejecución forzosa.

Se condena en COSTAS a la demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 19-06-19, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **MERCEDES BENZ ESPAÑA S.A.U.**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 15-10-19 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. David Losada Durán, y por resolución de fecha 15-10-19 se señaló para deliberación, votación y fallo el 12-11-19.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

En la demanda inicial se ejercitó una acción de responsabilidad contractual, respecto de un contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual la parte demandada se comprometía a prestar los servicios de protección contra incendios para la demandante. La pretensión de la parte actora se fundamenta en la cláusula quinta del contrato por la que la demandada se comprometía a asumir las responsabilidades de orden laboral que se derivaran de la prestación de dicho servicio:

" El proveedor será el único responsable de cuantas obligaciones legales deriven en la realización de los trabajos contratados, en cualquiera de los ámbitos laborales, fiscales, de prevención de riesgos o cualquier otro tipo, causados por sus propios operarios o subcontratados, respondiendo en todo caso de las reclamaciones que pudieran derivarse contra MBE".

Como quiera que las dos sociedades mercantiles fueron condenadas en la jurisdicción social, por haber incurrido en un supuesto de cesión ilegal de mano de obra y dado que la actora abonó determinadas cantidades en concepto de diferencias salariales, indemnizaciones por despido y salarios de tramitación, MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A.U. pretende que ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. asuma la totalidad de estas cantidades en cumplimiento del pacto contractual de indemnidad que hemos transcrito.

Subsidiariamente, se ejercitaba acción de regreso por los pagos realizados por la parte demandante en cumplimiento de una obligación solidaria al amparo del artículo 1145 CC. Pagos de los que debía responder la entidad demandada al 100% por efecto vinculante de la cláusula; o al 50 %, por aplicación del artículo 1138 CC, todo ello en exclusiva relación a las cantidades abonadas por MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A.U. en concepto de diferencias salariales en el proceso de cesión ilegal, tal y como se desglosa en el hecho cuarto en relación con la petición subsidiaria del suplico de la demanda.

Por la parte demandada se formuló oposición a la demanda. Como primer argumento impeditivo, se indicó que el contrato mercantil de prestación de servicios suscrito entre las partes tenía una causa ilícita, porque constituyó el recurso jurídico para instrumentar una cesión ilegal de mano de obra. Sentado lo anterior, se sostuvo que había que aplicar el supuesto previsto en el artículo 1306 CC en cuanto a la concurrencia de causa torpe, lo que determinaba que la parte demandante no pudiera reclamar efecto restitutorio alguno derivado



del contrato. Corolario de lo anterior es que la cláusula que fundamentaba la acción principal y parte de la subsidiaria no tenía efecto vinculante para las partes como consecuencia de la nulidad del contrato por causa ilícita. Otro argumento de oposición consiste en impugnar la interpretación de la cláusula en los términos que se realizaban en la demanda, entendiéndose por el contrario que la responsabilidad por cesión ilegal de mano de obra no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la cláusula. Finalmente, en cuanto a la acción subsidiaria por el 50% de responsabilidad por las cantidades abonadas en concepto de diferencias salariales, ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. se opuso a la misma y afirmó que quien debía responder de las mismas era la parte demandante, en cuanto única empleadora que debió ser de los trabajadores a los que pagó dichas cantidades.

Debe tenerse en cuenta que ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. concurre como sucesora de Servimax Servicios Generales, S.A.

La sentencia de instancia estimó la demanda respecto de la acción de cumplimiento contractual, condenando a la parte demandada al abono de la totalidad de las cantidades reclamadas.

ESC SERVICIOS GENERALES, S.L. interpuso recurso de apelación denunciando error en la valoración de la prueba e infracción de las normas jurídicas, cuyos motivos se expondrán en el análisis sobre el fondo de la cuestión planteada a la Sala.

MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A.U. se ha opuesto a las pretensiones formuladas de contrario.

En adelante, nos referiremos a la apelante como ESC o Servimax y a la apelada como MBE.

SEGUNDO.- Efectos de cosa juzgada de las sentencias firmes dictadas en otro orden jurisdiccional.

La parte recurrente denuncia que la sentencia de instancia ha infringido, por omisión, el efecto positivo de la cosa juzgada, artículo 222.4 LEC, que corresponde reconocer a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV), Sala de lo Social, resolución con número 2106/2015, de 10 de noviembre, dictada en el recurso de suplicación 1746/2015, así como otras resoluciones judiciales dictadas por la jurisdicción social en relación con la anterior. Afirma que estas sentencias se dictaron en procedimientos en los que concurrieron las dos partes de este proceso, en relación con los mismos hechos y en relación con una discusión jurídica que giraba en torno al análisis del contrato de prestación de servicios en el que MBE fundamenta su pretensión.

Las SSTs 228/2013 de 12 de abril, 532/2013 de 19 de septiembre, 511/2018 de 20 de septiembre y 191/2019 de 27 de marzo recogen la doctrina jurisprudencial sobre el efecto positivo de la sentencia dictada en otro orden jurisdiccional exclusivamente en cuanto a los hechos declarados probados y por efecto del principio constitucional de seguridad jurídica. Solamente el aspecto fáctico que se declara probado es el que vincula a otro orden jurisdiccional, pero no las cuestiones jurídicas, especialmente aquellas que son propias de una determinada jurisdicción. En particular, la STS 532/2013, de 19 de septiembre, indica que el artículo 222.4 LEC no es aplicable a sentencias de otros órdenes jurisdiccionales porque el mismo solo se refiere a sentencias civiles; no obstante, es el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE el que determina que, en un principio, el órgano judicial posterior quede vinculado por los hechos considerados probados por el que primero conoció de la cuestión. Pero, aun desde esta perspectiva de vinculación fáctica, se admite que se declaren probados hechos contradictorios con los del proceso anterior, si ello se acompaña de una motivación específica que incida sobre dicha contradicción. En cualquier caso, se admiten conclusiones jurídicas diferentes cuando las mismas son fruto del análisis desde diferentes perspectivas jurídicas.

La sentencia de instancia tiene razón en este punto pero, además, las sentencias del orden social no declaran que el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes sea nulo por falta de causa o causa ilícita; esta cuestión es patrimonio exclusivo de la jurisdicción civil y debe analizarse conforme a los criterios y normas de nuestro orden jurisdiccional. La incidencia del contrato de prestación de servicios en el orden social fue la de constituir un elemento de prueba que, valorado conjuntamente con otras circunstancias de hecho como el modo en el que las partes dieron cumplimiento a dicho contrato, permitía alcanzar la conclusión fáctica de que la prestación a la que se obligó Servimax consistía en la mera puesta a disposición de trabajadores en favor de MBE, sin estructura empresarial propia. Este hecho probado condicionó, a su vez, la calificación jurídica de dicha prestación como un supuesto de cesión ilegal de mano de obra del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

No aceptamos el argumento vertido por la apelante en el numeral 3 que figura al folio 28 de su recurso (folio 1421 de la causa). En dicho apartado, la recurrente afirma que, aunque las sentencias del orden jurisdiccional social no decretaron la nulidad del contrato, ello no significa que el objeto del procedimiento no fuera el de analizar si el contrato infringía una norma imperativa, como es el artículo 43 ET regulador de los supuestos en los que se puede ceder mano de obra. Esta cuestión se repite en posteriores apartados del recurso y todo ello para defender que, en realidad, los procesos del orden social analizaron la validez del contrato desde la



perspectiva de la licitud de su causa. En contra de lo sostenido por la recurrente, el objeto analizado en la STSJ PV 2106/2015, de 10 de noviembre, era la relación laboral prestada por los trabajadores recurrentes y, en concreto, la identificación del verdadero empresario que concurría en dicha relación de trabajo; y para resolver esta cuestión, se analizó cómo pactaron MBE y Servimax la prestación que debía cumplir esta última, sus actos posteriores ejecutados en la fase de cumplimiento de contrato, las características propias de la relación laboral por cuenta ajena (estatutaria) y los supuestos que el artículo 43.2 ET configura como cesión ilegal de mano de obra. Por lo tanto, que el contenido del contrato sirviera, junto con otros medios probatorios, para calificar la prestación de servicios de Servimax como un supuesto de cesión ilegal de mano de obra no equivale a declarar la nulidad del contrato por causa ilícita consistente en contravenir una norma imperativa.

Debe tenerse en cuenta que la cesión ilegal de mano de obra no siempre se puede apreciar con fundamento en el contenido del contrato suscrito entre empresario oculto y empresario interpuesto. Sería posible que las partes pactaran un contrato de prestación de servicios propios de una subcontrata, intrínsecamente lícito, pero que, en la ejecución del mismo, actuaran concertadamente para que la prestación consistiera exclusivamente en una puesta a disposición de mano de obra.

En consecuencia, por el mero efecto prejudicial en cuanto a los hechos de las sentencias del orden jurisdiccional social, no puede declararse probado que el contrato tenga una causa ilícita y, por lo tanto, sea nulo en aplicación de los artículos 1261, 1275 y 1300 CC. Esta labor corresponde al orden jurisdiccional civil.

Ello no significa que la causa de oposición de la recurrente, la nulidad del contrato por causa ilícita, no pueda prosperar en el proceso civil, sino que dicha cuestión deberá analizarse en atención a los hechos que resultan probados por los medios de prueba practicados en este procedimiento y a los declarados probados en la jurisdicción social y que nos vinculan por el efecto positivo de la cosa juzgada, así como a las consecuencias propias del principio de intangibilidad de las sentencias dictadas en el orden social, que posteriormente analizaremos.

Esto es precisamente lo que indica la resolución recurrida cuando manifiesta en el fundamento tercero que la nulidad del contrato por ilicitud de la causa debe resultar de la prueba practicada en este proceso civil, entre la que contempla los hechos probados de las resoluciones dictadas en el ámbito de la jurisdicción social. Por ello, la parte recurrente yerra cuando censura a la sentencia de instancia haber partido de una suerte de configuración de la jurisdicción como un sistema de compartimentos estancos, argumento que no se corresponde con la realidad de lo razonado en la resolución apelada como acabamos de indicar.

TERCERO.- El principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.

En adición a cuanto acabamos de exponer, y por su evidente conexión con el objeto del recurso, debemos traer a colación el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, que solo muy tangencialmente se cita en el recurso. El alcance de este principio conforma uno de los contenidos propios del derecho a la tutela judicial efectiva y se explica en la STC 113/2012, de 24 de mayo:

"En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformado la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión, pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio , FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (SSTC 15/2006, de 16 de enero , FJ 6;) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre , FJ 5)".

Desde la perspectiva de la aplicación de este principio, el proceso civil queda vinculado por lo resuelto por la jurisdicción laboral en aquello que resulta propio de su competencia. Para el caso que analizamos, son realidades insoslayables que la relación jurídica que se produjo entre las partes al amparo del contrato de prestación de servicios fue, en realidad, un supuesto de cesión ilegal de mano de obra; del mismo modo, y por la relevancia que tendrá en el análisis de la posible nulidad del contrato por causa ilícita, también destacamos que



la STSJPV 2106/2015, de 10 de noviembre, valoró que la prestación verdaderamente efectuada por Servimax consistió únicamente en poner mano de obra a disposición de MBE.

CUARTO.- Infracción de las normas de la carga de la prueba.

En este motivo, en el que se denuncia la incorrecta distribución de la carga de la prueba efectuada en la sentencia apelada, se termina valorando nuevamente la suficiencia de los medios probatorios aportados por la recurrente en los mismos términos que ya se han expuesto en fundamentos anteriores. Se trata, en definitiva, de un motivo en el que la apelante sostiene haber probado que la jurisdicción social declaró el contrato nulo por causa ilícita y que ello no se tuvo en cuenta por la magistrada de instancia.

No podemos aceptar este aspecto del recurso en la medida en que confunde las cuestiones relativas a la distribución de la carga de la prueba, artículo 217 LEC, con aspectos relativos al error en la valoración de la prueba.

En cuanto a lo primero, la STS 534/2018, de 28 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3335, dice:

"En el proceso civil, la carga de la prueba tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, ni niveles de prueba exigibles, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes, sin perjuicio de que sus reglas y principios rectores puedan servir de advertencia a las partes sobre la conveniencia de proponer prueba sobre ciertos extremos, ante el riesgo de ver desestimadas sus pretensiones si los mismos no resultan probados.

Solo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia (sentencias de esta sala 559/2015, de 3 de noviembre (Rec. 1769/2013), 163/2016, de 16 de marzo (Rec. 2541/2013), 586/2017 , 2 de noviembre (Rec. 2086/2016) " .

La sentencia de instancia consideró que no se había probado que el contrato tenía causa ilícita. En consecuencia, imputó dicha falta de prueba a la ahora apelante, que era quien tenía que acreditar esta circunstancia por constituir el fundamento de la falta de validez del contrato en el que la parte demandante apoyaba su reclamación; falta de validez que ESC introdujo en el debate procesal como hecho impeditivo de la pretensión formulada por la parte demandante. De hecho, la propia apelante asume tácitamente esta conclusión cuando desarrolla el motivo sobre la distribución de la carga de la prueba, valorando si los medios probatorios que ella misma había propuesto acreditaban o no que el contrato de prestación de servicios tenía causa ilícita. Por lo tanto, la sentencia apelada no infringió las normas sobre distribución de la carga de la prueba porque, ante la consideración de que un determinado hecho no había resultado probado, imputó las consecuencias de la falta de prueba a quien correspondía.

Cuestión diferente es que el recurso trate de combatir la conclusión de que no se ha probado la ilicitud de la causa del contrato, pero esto es un motivo sobre error en la valoración de la prueba que analizaremos más adelante. En este momento, solamente reiteraremos que la recurrente incurre en error cuando indica que las sentencias de la jurisdicción social analizaron la validez del contrato de prestación de servicios.

QUINTO.- Pruebas indebidamente admitidas.

En este motivo de recurso, RECURRENTE efectúa una serie de consideraciones sobre la prueba admitida en la instancia. Dichas consideraciones se vierten en dos planos: la inadmisibilidad de la prueba; y las circunstancias concurrentes en estos medios probatorios que deben condicionar su efecto de formar la convicción del juzgador.

El segundo aspecto se analizará más adelante, cuando se valore la prueba. En cuanto a la denuncia de pruebas indebidamente admitidas, el motivo de recurso es superfluo en la medida en que la apelación no se ha estructurado por la apelante como un recurso por infracción de normas procesales con solicitud de declaración de nulidad de la sentencia, artículos 459 y 465.4 LEC. Este no es un supuesto en el que la Sala pudiera plantearse una nulidad de actuaciones de oficio y la falta de petición de dicha nulidad por la parte recurrente impide que se entre a valorar el motivo, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 227 LEC.

SEXTO.-Error en la valoración de la prueba. La causa de los contratos.

Sentado todo cuanto antecede, procede que nos pronunciemos sobre la cuestión de fondo que se plantea en el mismo y es la relativa al análisis de la validez del contrato desde la perspectiva de su causa y, en concreto,



si la causa del contrato era ilícita por constituir un pacto en el que la prestación que correspondía al proveedor de los servicios de protección contra incendio, Servimax, consistía exclusivamente en la puesta a disposición de MBE de mano de obra.

La STS 265/2013, de 24 de abril se pronuncia sobre la configuración de la causa como presupuesto necesario para la existencia de contrato y los supuestos de ausencia de causa y causa ilícita:

"[...]la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2006, de 20 de julio, RC núm. 3121/1999 , y núm. 83/2009, de 19 de febrero, RC núm. 2236/2003) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 426/2009, de 19 de junio, RC núm. 1944/2004 , y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio , de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico" (el subrayado es nuestro).

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en SSTs 575/2015, de 3 de noviembre y 125/2015, de 17 de marzo.

De este modo, el análisis sobre la eventual ilicitud de la causa del contrato de prestación de servicios suscrito entre MBE y Servimax debe efectuarse mediante la evaluación de la función económica que representa su contenido y, en su caso, contrastarla con el propósito buscado por las partes, el cual se puede inferir de sus actos previos, coetáneos y posteriores al contrato.

Por lo que se refiere a la función económica que representa el contrato, el sentido de sus estipulaciones nos conduce a la conclusión de que, como efectivamente se determinara en las resoluciones de la jurisdicción social, constituyó la herramienta para instrumentalizar una cesión ilegal de mano de obra. Se pactó una externalización de los servicios de protección contra incendios en la planta de MBE que consistía, *de facto* , en la mera puesta a disposición de MBE de mano de obra para la incorporación a la estructura empresarial de esta. Aunque el contrato revistiera de la apariencia de una colaboración entre sociedades mercantiles con su propia autonomía empresarial, el grado de invasión con el que MBE incurría en la organización de la actividad empresarial de Servimax condujo a una situación en la que las funciones propias del empresario, como elemento subjetivo de la relación laboral, se realizaban por aquella y no por esta.

Para alcanzar esta conclusión, partimos de la consideración de algunas características del contrato: el claro desequilibrio que existe entre las obligaciones que cada una de las partes asumía; clausulado que fue objeto de imposición por parte de MBE; y contenido de dicho clausulado, por medio del cual, MBE se reservó una serie de facultades por las que podía ejercer un control muy cualificado del ámbito de actuación empresarial.

En primer lugar, la prestación de los servicios de prevención se había de realizar a solicitud de cada departamento de MBE. Esto representa que Servimax no tenía la iniciativa en la actividad preventiva que supuestamente constituía el objeto de su actividad empresarial, sino que esta debía prestarse a demanda de los departamentos de la empresa cliente.

Aunque se estipulara expresamente que la organización y control de los trabajos y de los trabajadores correspondía en exclusiva a Servimax, otras estipulaciones del contrato, correspondientes al apartado de obligaciones del proveedor, ponen de manifiesto lo contrario.

Así, los recursos materiales para la realización de las tareas programadas debían ser determinados por MBE quien, además, debía aceptar el presupuesto de estos recursos. MBE también se reservaba la facultad de controlar, no solo la calidad de los servicios prestados, sino la de los materiales empleados y la de los trabajadores de Servimax; a tal fin, se estipuló que las deficiencias comunicadas por MBE debían subsanarse o, en caso contrario, esta podría poner fin al contrato de forma anticipada sin penalización. También se preveía que si MBE formulaba quejas contra los trabajadores de Servimax, e incluso contra su personal de mando, estos debían ser sustituidos. Este conjunto de estipulaciones ponen en evidencia que el control sobre la mano de obra de Servimax correspondía a MBE, quien podía decidir su sustitución unilateralmente y sin margen de decisión para la supuesta subcontrata. También se evidencia el control de MBE sobre la actividad de prevención que, teóricamente, correspondía a Servimax, pues aquella se reservaba la facultad de determinar



cuándo aquella debía prestar sus servicios, exigir la resolución de deficiencias u optar por la resolución de contrato, sin un mecanismo de solución en el que pudiera intervenir Servimax. Tanta capacidad de control correspondía a MBE, que a esta le correspondía determinar la dotación técnica que debía emplear el personal.

Todo lo anterior adquiere singular relevancia porque supone la intromisión de la empresa cliente no solo en el control de la prestación del servicio en cuanto calidad, sino en el aspecto técnico del modo en el que se debe cumplir la prestación por parte del proveedor. Es, precisamente, el aspecto técnico del servicio lo que justifica que una empresa acuda al recurso de la externalización por causa de la mayor especialización en cuanto a los aspectos personales y materiales que se supone que concurren en la contrata. En relación con este grado de especialización, también resulta relevante que MBE pudiera determinar qué cursos de formación debían impartirse al personal de Servimax, imponer unas condiciones de seguridad del servicio o respecto al medio ambiente por encima de los requisitos legales e incluso se reservaba la facultad de aprobar el material que Servimax se dispusiera a utilizar para la prestación del servicio, antes de que ello tuviere lugar.

También resulta relevante la estipulación por la que MBE se reservaba la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial que pudieran derivarse de la prestación del servicio, con obligación para el proveedor de notificarle todas las invenciones y demás resultados susceptibles de protección. En virtud de esta cláusula, MBE no solo se reservaba facultades de control sobre la actividad empresarial de Servimax, sino también la titularidad de determinados rendimientos que dicha actividad pudiera producir en forma de propiedad intelectual e industrial.

La concurrencia de todas estas características en el contrato, coincidentes en su práctica totalidad con las analizadas por la STSJ PV 2106/2015, de 10 de noviembre, revelan que la prestación de servicio que las partes pactaron que tendría que cumplir Servimax consistiría, únicamente, en la puesta a disposición de mano de obra. Entendiendo el concepto de empresario, desde una perspectiva económica, como la persona o entidad encargada de la organización de los factores de producción (capital, tierra, trabajo y tecnología) en orden a la producción de bienes o prestación de servicios, se observa cómo el contrato pactado por las partes reduce la función empresarial de Servimax a la mera aportación de trabajadores a MBE. La organización del trabajo correspondía a MBE, quien se reservó en el contrato la facultad de determinar qué trabajos y cuándo realizarlos, mediante pedido de alguno de sus departamentos. El lugar de prestación del servicio correspondía a las instalaciones de MBE. En cuanto al modo en el que debía prestarse el servicio, MBE era quien tenía el superior criterio de determinarlo, mediante referencia al cumplimiento de una serie de criterios técnicos, el control sobre los materiales empleados y la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial derivados de la explotación del servicio. De este modo, la esencialidad del servicio prestado por Servimax era la aportación de trabajadores, pero esta aportación ni siquiera se realizaba con criterios de autonomía empresarial, pues las facultades de control que MBE podía ejercer sobre el mismo suponían, *de facto*, la capacidad de decidir si un determinado trabajador debía ser separado del servicio o la posibilidad de decidir el grado de especialización de dicho personal o el tipo de formación que había de recibir. Facultades de control que alcanzaban incluso al personal de mando.

Efectuado el análisis del significado económico del contrato tal y como fue pactado por las partes, resta por contrastar el mismo con el propósito de estas, materializado en los actos de ejecución del contrato. Si acudimos al modo en el que las partes decidieron ejecutar la prestación de servicios, este resulta de los hechos probados de la STSJ PV 2106/2015, de 10 de noviembre, del que se desprende que los medios materiales empleados para la prestación del servicio, a excepción del uniforme y los equipos de protección individual, fueron prestados por MBE. Fiel reflejo de que la actividad esencial de Servimax era la puesta a disposición de mano de obra se encuentra en la oferta que la proveedora hizo a MBE, que obra com documento 3.2 de la demanda, y explicita que, del coste total anual del servicio por importe de 655.246,88 , 595.639,30 se correspondían con mano de obra. Ello representa un 90% del coste total del servicio y contrasta con el hecho probado de la sentencia del orden social sobre el valor de los vehículos que MBE puso a disposición de Servimax, que era de 600.000 . Como puede apreciarse, la aportación por parte de Servimax de cualesquiera otros factores de producción era residual.

De todo ello se infiere que la concurrencia de Servimax en la prestación del servicio solo tenía el valor de constituirse como empleador interpuesto de los bomberos.

A todo lo anterior se añade la circunstancia, también probada en la jurisdicción social, que MBE prestaba, en el pasado, este servicio con personal de su plantilla para, posteriormente, externalizarlo en el modo que se ha descrito.

En estos términos, consideramos que la configuración del contrato solo tenía por objeto encubrir una cesión ilegal de mano de obra como una prestación de servicios entre sociedades mercantiles. La causa del contrato, por tanto, infringe la prohibición de cesión de mano de obra que regula el artículo 43.2 ET y, por tanto, el



contrato debe ser declarado nulo por causa ilícita y, por tanto, no concurrir uno de los presupuestos necesarios para su existencia, artículo 1261 y 1275 CC. Consecuencia de todo ello, es que la cláusula que fundamenta la pretensión principal de cumplimiento contractual y la subsidiaria de repetición al 100% carece de carácter vinculante para las partes porque el contrato no tiene validez. Ambas pretensiones deben ser desestimadas.

SÉPTIMO.- Acción de repetición del deudor solidario. Indeterminación de cuotas y responsabilidad por el 50%. Fraude de Ley.

Al amparo de los artículos 1138 y 1145 CC, MBE pretende la condena de ESC, sucesora de Servimax, en relación con las cantidades abonadas por la primera en concepto de diferencias salariales. Sostiene que la responsabilidad solidaria que se determinó en la jurisdicción social no contenía determinación de cuotas, por lo que corresponde a ESC el pago de la mitad de dichas cantidades.

No resulta procedente analizar la eventual aplicación del artículo 1306 CC en la medida en que este precepto regula el efecto restitutorio de las prestaciones pactadas en el contrato como consecuencia de la nulidad de este, pero lo que ahora examinamos es el ejercicio de una acción de repetición por parte de un deudor solidario frente al otro, por las cantidades abonadas por el primero como consecuencia de un pronunciamiento de condena en el orden social.

Consideramos que esta petición incurre en un fraude de Ley porque, al amparo de la acción de repetición entre deudores solidarios, pretende liberarse de las consecuencias que impone el ordenamiento laboral por medio de la prohibición de la cesión de mano de obra en los términos regulados en el artículo 43.2 ET.

Para comprender bien esta consideración, es preciso atender a cuáles son los efectos perniciosos que pretende evitar la prohibición de cesión ilegal de mano de obra. Para ello, basta con remitirse a la STSJ PV 2106/2015, de 10 de noviembre. Por lo que interesa a este particular aspecto de la controversia, haremos especial énfasis en el aspecto relativo a la adulteración de la relación laboral con el fin de reducir costes por vía de la aplicación de un convenio colectivo que prevea menores retribuciones salariales. Desde esta perspectiva, la utilidad que obtiene una empresa por medio de la cesión ilegal de mano de obra es la de interponer un supuesto empresario, diferente del primero, con el fin de que este actúe, en el ámbito de las relaciones con sus trabajadores, sometido a un determinado convenio colectivo. La predeterminación de esta maniobra permite a la empresa original elegir a qué ramo de actividad debe adherirse la empresa interpuesta para someterse a un convenio colectivo que prevea, para los trabajadores de la empresa interpuesta, unos salarios inferiores a aquellos que resulten de aplicación a la empresa original. Este resultado no solo perjudica a los trabajadores, individualmente considerados en su derecho a la percepción de salario, sino que restringe la efectividad de la negociación colectiva; pues no importaría qué medidas se pudieran adoptar los trabajadores por medio de los cauces de la negociación colectiva, si el empresario tuviera la facultad de trasladar la relación laboral del ámbito propio a uno ajeno, por medio de la colocación de un empresario interpuesto, donde dichas medidas no se han adoptado.

Estos efectos perniciosos se observan claramente en el supuesto que se ha sometido a nuestra consideración, en el que se declaró, en el proceso social, que la relación laboral se tenía que haber constituido entre los trabajadores y MBE. Las relaciones laborales del personal de plantilla de MBE se regían por un convenio colectivo de MERCEDES BENZ ESPAÑA. S.A., mientras que los trabajadores de Servimax se regían por el convenio colectivo de dicha empresa. Consecuencia de la cesión ilegal fue que los bomberos que prestaban servicios por cuenta de Servimax se estuvieron sometidos al convenio colectivo de esta empresa y percibieron inferiores salarios de los que les habría correspondido si, como debió suceder, hubieran sido contratados directamente por MBE. Ello justifica que la sentencia del orden social condenara a las dos empresas al pago de las diferencias salariales entre lo percibido conforme al convenio colectivo de Servimax y lo que se debería haber percibido conforme al convenio colectivo de MBE.

En consecuencia, si admitiéramos que MBE pudiera obtener, por vía de la acción de repetición, que Servimax le abonara el 50% del importe de las diferencias salariales que tuvo que pagar a los trabajadores como consecuencia de la cesión ilegal de mano de obra, MBE estaría beneficiándose de esta operación ilícita, obteniendo una reducción del coste laboral en ese 50%. Lo explicamos a continuación.

Por medio de la cesión ilegal, MBE obtuvo inicialmente un ahorro en costes laborales de 225.720 . Después del proceso laboral por cesión ilegal de mano de obra, y cuando MBE abonó la totalidad de las diferencias salariales objeto de condena, se restituyó la relación laboral a como debió haber sido desde un principio. Si, ahora, MBE obtuviera el pago, por cuenta de Servimax, del 50% de las cantidades pagadas, lograría, en definitiva, una reducción indebida del coste de personal; en tal caso, los trabajadores del servicio de prevención de incendios habrían tenido, para MBE, un coste de 112.860 menos de lo que habrían tenido si los hubiera contratado directamente en su plantilla. Este ahorro del 50% del sobrecoste supondría un incentivo para que



los empresarios acudieran al recurso de la cesión ilegal de mano de obra porque, después de la intervención del ordenamiento jurídico, aun lograrían dicho ahorro.

Por todo ello, aun siendo solidaria la condena original emitida en el proceso social, sin determinación de cuotas, entendemos que el artículo 43 ET perdería su eficacia protectora de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores si MBE, que era la empresa que, en definitiva, tenía la obligación de contratar directamente a los trabajadores del servicio de prevención de incendios, lograra obtener en todo o en parte un ahorro del coste laboral.

Como este resultado de la acción de repetición ejercitada por MBE conduce a un resultado prohibido por el artículo 43 ET, consideramos que la acción del artículo 1145 CC se ha ejercitado en fraude de Ley y, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.4 CC, debe ser desestimada.

Todo ello sin que signifique, a juicio de la Sala, la indemnidad de la empresa cedente, en este caso ESC como sucesora de Servimax, quien podrá ser responsable de otro tipo de consecuencias, tal y como refiere el artículo 43.3 ET.

OCTAVO.- Costas de la instancia.

La estimación del recurso de apelación supone que la demanda deba ser íntegramente desestimada por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 394 LEC, procede la condena en costas de la parte demandante.

NOVENO.- Costas procesales de la apelación.

Siendo íntegra la estimación del recurso de apelación, no procede especial imposición de las costas ocasionadas en esta alzada, de conformidad con lo previsto en el artículo 398 LEC.

FALLAMOS

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por ESC SERVICIOS GENERALES, .L. frente a la sentencia dictada el 15 de mayo de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria en el juicio ordinario 16/2018, **REVOCANDO** la misma y, en su lugar, **DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A.U., imponiendo a la parte demandante las costas de la instancia y sin especial imposición de las ocasionadas en apelación.

Dése el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art.478.1. 2º LEC)

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-00-1146-19. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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



PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ