

**AL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MALAGA
PARA ANTE
EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
(Sede en Málaga)**

D. JAVIER BLANCO MORALES, letrado en ejercicio, actuando en representación de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros, Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), según queda constancia en Autos, con domicilio a efectos de notificación en la sede de la C.G.T. sita en **C/ Madre de Dios nº 23, 29012 MALAGA**, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía comparezco y como mejor proceda en Derecho,

D I G O :

Que me ha sido notificada Providencia que tiene por anunciado en tiempo y forma el Recurso de Suplicación frente a la Sentencia dictada en este procedimiento, pone a disposición de esta parte los autos y concede plazo legal para formalizar el Recurso anunciado.

Que por medio del presente escrito, y en el plazo conferido, vengo a **FORMALIZAR EL RECURSO DE SUPLICACIÓN**, que se fundamenta en los siguientes,

M O T I V O S :

PRIMERO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión del **Hecho Declarado Probado Sexto de la Sentencia** recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se pretende a través de este motivo la adición de un nuevo párrafo en el mencionado Hecho Probado, con el siguiente texto: “ **consta como trabajadora de BBVA S.A. en el TC2 de dicha entidad, correspondiente al mes de mayo de 2.008. Asimismo, consta como trabajador de BBVA S.A. en el TC2 de dicha empresa correspondiente al mes de junio de 2.008. Por su parte, es uno de los trabajadores de BBVA S.A. que han pasado a OPPLUS, según consta en la relación de trabajadores aportada por la empresa y que consta a los folios 977 y 978.**”

La documental en la que se fundamenta la pretensión revisora son las copias de los TC2 aportadas como documento número 5 de esta parte actora, en los que aparecen tanto como como trabajadores de plantilla de BBVA S.A., con su número de seguridad social y la base de cotización correspondiente.

El soporte de la revisión fáctica referente a la condición de trabajador procedente de BBVA de consta al folio 978, en el que aparece en la relación aportada por la demandada como uno de los trabajadores de BBVA que ha pasado a OPPLUS.

Los documentos a los que se ha hecho referencia han de ser reputados como válidos y suficientes a estos efectos revisorios, puesto que se trata de documentos no impugnados por ninguna de las partes que reflejan, en el primero de los casos (TCS de la empresa), que BBVA S.A. siguió cotizando por dos de las personas que formaban parte del Consejo de Administración de OPPLUS y, en el segundo de los casos (relación de trabajadores que han pasado de BBVA a OPPLUS aportada por BBVA a la que se refiere la propia Sentencia en el Hecho Probado Decimoprimer), que la tercera de las personas reseñadas en el Hecho Probado como apoderado solidario de OPPLUS (.....) ha sido una de las personas traspasadas de una entidad a otra.

Estos hechos resultan trascendentes a la hora de valorar la realidad empresarial de OPPLUS S.A. y su autonomía en las decisiones que adopta. Si precisamente uno de los ejes del debate jurídico radica en la independencia o dependencia directa de una empresa (OPPLUS S.A.) respecto de la otra (BBVA S.A.), parece que es relevante el dato de que las personas que constan como presidenta y apoderados de la primera de las empresas o bien permanecen en nómina de la segunda de las empresas, o bien son trabajadores de esta última empresa que han pasado a OPPLUS con un contrato que puede ser resuelto en cualquier momento por el

propio BBVA S.A. con retorno del trabajador a la dependencia directa del banco.

Con independencia de la trascendencia que finalmente se otorgue a este dato, en el conjunto de datos que han de ser analizados para el análisis jurídico de la situación planteada, no puede obviarse que la circunstancia de que la Presidenta de OPPLUS S.A. sea trabajadora de BBVA S.A. incide en la capacidad de autonomía de aquella empresa, lo mismo que ocurre con la procedencia o dependencia de los otros dos administradores o apoderados de OPPLUS S.A.. Es por ello que la referencia a la procedencia o dependencia de quienes tienen la máxima capacidad de administración de OPPLUS debe ser reflejada, al objeto de no primar la comodidad sobre la complejidad de los hechos a la hora de resolver el conflicto jurídico.

SEGUNDO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión del mismo **Hecho Probado Sexto** de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Concretamente se pretende la adición de un nuevo párrafo con el siguiente contenido:
“La fecha de inscripción registral del nombramiento de como Presidenta y consejera de OPPLUS S.A. y de e como apoderados de dicha empresa es de 10/10/2007.”

Resulta necesario fijar en el tiempo el momento a partir del cual las personas a las que se hace referencia en el Hecho Probado Sexto de la Sentencia tienen los cargos o facultades expresados en el mismo, puesto que tal referencia temporal tiene trascendencia para valorar el resto de documentos o actos en los que intervienen estas personas, tales como la firma del contrato principal entre BBVA S.A. y OPPLUS S.A., en el que la ya Presidenta de OPPLUS S.A. procede a firmar como representante y apoderada de BBVA S.A., o como la dependencia laboral de BBVA de otro de los apoderados de OPPLUS o como la procedencia del otro apoderado, que mantiene el contrato suspendido con su empresa de origen BBVA S.A.. Resulta, en consecuencia, una adición fáctica trascendente y con posible repercusión en el sentido del fallo

de la Sentencia que deberá dictar la Sala.

El Hecho Probado Sexto de la Sentencia tiene como único soporte documental posible los documentos n° 3 y 4 aportados por esta parte actora, que consisten en las notas registrales procedentes del Registro Mercantil. A pesar de la parquedad con la que se hace referencia en la Sentencia de instancia a los elementos de prueba que la han llevado al relato fáctico, puesto que se hace una única afirmación global y puramente formal en el Fundamento de Derecho Primero, no existe en Autos ningún otro documento del que se desprenda el contenido del Hecho Probado Sexto. Es por ello, y por el carácter de documento no impugnado de contrario, por lo que los documentos referidos en apoyo de la revisión instada han de ser considerados válidos y suficientes a dichos efectos.

TERCERO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión del **Hecho Declarado Probado Séptimo** de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

En concreto se propone añadir un nuevo apartado con el siguiente tenor literal: ***“El mencionado Acuerdo Marco es firmado, en representación de BBVA, por
..... En representación de OPPLUS firma, que es uno de los trabajadores de BBVA que, según la relación obrante al folio 977 ha pasado a OPPLUS. ”***

La adición propuesta no es más que el expreso reflejo fáctico en la Sentencia de lo que consta en el encabezamiento de dicho Acuerdo (Folio 589 a 611), al que se hace referencia en el mismo Hecho Probado. En consecuencia, el documento, aportado también por esta parte demandante (Documento n° 1), ha de considerarse válido y suficiente a estos efectos de revisión de hechos probados. La referencia a la procedencia de quien firma en nombre de OPPLUS S.A. aparece en el documento ya considerado por la Sentencia de instancia como válido y suficiente en su referencia en el Hecho Probado Decimoprimer.

La adición es trascendente a la hora de hacer una valoración jurídica con el máximo de elementos que reflejen la realidad empresarial y de relaciones entre BBVA S.A. y OPPLUS S.A.

Con independencia de cuál sea el resultado final del debate jurídico, el mismo ha de producirse con todos los elementos que describan la realidad de los hechos que hayan sido acreditados, sin que sea aceptable procesalmente, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, una selección parcial de los hechos que más fácilmente avalan la tesis del juzgador de instancia. Y obviar que quien firma en nombre de BBVA S.A. el contrato principal entre BBVA S.A. y OPPLUS S.A. es precisamente la presidenta de esta última empresa, cuando el soporte documental ha sido citado por la juzgadora de instancia en el hecho séptimo de la demanda, supondría claramente una vulneración de esa tutela judicial efectiva protegida por el artículo 24 de la Constitución Española.

Así, resulta de trascendencia para el debate jurídico la constancia de que la identidad de la persona que firma en representación del BBVA S.A. el contrato principal que regula los servicios que se externalizan a favor de OPPLUS S.A. es la misma persona que consta como Presidenta de esta última empresa, tal y como consta en el Hecho Probado Sexto.

El hecho de que la persona que firma en representación de la empresa contratante (BBVA S.A.) sea la Presidenta de la empresa contratada OPPLUS S.A. es, como mínimo, una situación chocante que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la realidad e independencia empresarial de OPPLUS S.A.. Téngase en cuenta que se está hablando en este Hecho Probado del contrato que da soporte, al menos, al 85% de la actividad de OPPLUS (Hecho Probado Décimo quinto) y, en consecuencia, resulta trascendente para valorar si nos encontramos ante un acuerdo firmado entre dos empresas realmente independientes o si, por el contrario, nos encontramos ante un contrato firmado por BBVA S.A. con una empresa propia absolutamente dependiente y sin diferenciación real y efectiva en cuanto a los procesos de toma de decisión.

CUARTO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y también tiene por objeto la revisión del Hecho Declarado Probado Séptimo al objeto de incluir un nuevo párrafo con el siguiente contenido:

“En el Anexo II del mencionado Acuerdo Marco, obrante en Autos al folio 617, se relacionan los servicios de carácter tecnológico que BBVA pondrá a disposición de OPPLUS para la prestación de los servicios:

1. Infraestructura tecnológica:

- a. Servidores y estaciones de trabajo necesarios para las aplicaciones BBVA/servidor BBVA de soporte al servicio de acuerdo con los tipos homologados por BBVA*
- b. Equipos de hardware de sobremesa (PCs), equipos de red, impresoras y servidores de ficheros e impresión para las instalaciones de OPPLUS, de acuerdo con las homologaciones de BBVA*
- c. Entorno de red local aislado y protegido en las instalaciones de OPPLUS para los equipos hardware de soporte a los servicios*
- d. Equipos de soporte a las aplicaciones de digitalización y tratamiento electrónico de documentos*
- e. Dispositivos de conectividad remota con el banco a través de líneas de comunicaciones y elementos de electrónica de red.*

2. Elementos de software:

- a. Solución para la digitalización y gestión documental*
- b. Acceso a aplicaciones NACAR y teleproceso*
- c. Acceso a aplicaciones y servicios 3270*
- d. Entorno de ofimática Windows (incluido el sistema operativo)*
- e. Aplicaciones Web, tales como NACAR ligero*
- f. Acceso a Internet*
- g. Acceso a la intranet del Grupo con los contenidos oportunos*
- h. Servicios de correo electrónico y buzón electrónico.”*

El soporte documental en el que se basa esta pretensión de adición se encuentra

incorporado a Autos en el folio 617, que es la continuación del contrato o Acuerdo Marco al que se hace referencia en el mismo Hecho Probado Séptimo de la Sentencia de instancia, por lo que ha de considerarse como documento válido y suficiente.

Es trascendente esta adición para la fundamentación jurídica que explique el sentido del Fallo de la Sentencia, puesto que es un ejemplo más de la inexistencia de recursos propios de OPPLUS para el inicio de sus actividades, y de la dependencia absoluta tanto de las tareas como de los recursos de OPPLUS respecto de BBVA S.A..

QUINTO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión de los Hechos Declarados Probados de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se propone la adición de un **nuevo Hecho Probado** que, a efectos de coherencia en el relato fáctico, se ubicaría a continuación del Hecho Probado Décimo Séptimo. El texto del nuevo Hecho Probado sería el que sigue: ***“Según el esquema de los Servicios Centrales de OPPLUS obrante en Autos al folio 2244, son trabajadores procedentes de BBVA, con contrato suspendido con dicha empresa, los siguientes responsables: (Director General), (recuperaciones), (Operaciones España), (Operaciones Centralizadas), (Operaciones Especializadas), (Área de Medios) y (Dpto. de RR.HH.). La procedencia de estas personas consta en la relación de trabajadores de BBVA que han pasado a OPPLUS obrante a los folios 977 y 978.”***

En los Hechos Probados Décimo Quinto y Décimo Sexto de la Sentencia recurrida se hace referencia a personas con algún nivel de responsabilidad en OPPLUS S.A. que no proceden de BBVA S.A. Tal constatación, si pudiera interpretarse el resto de responsabilidades en OPPLUS S.A. sí las ostentan trabajadores procedentes de BBVA S.A., se acercaría a la realidad y sería relevante para las consideraciones jurídicas que se podrían derivar de tal hecho. Sin embargo,

es evidente que si esta parte pretendiera desarrollar este argumento, sería rechazado de plano por la Sala, por suponer una interpretación de lo que se dice en la Sentencia y no una constatación claramente reflejada en la misma.

Con la anterior constatación quiere esta parte poner de manifiesto, una vez más, la parcialidad que en la selección de hechos probados se hace en la Sentencia recurrida, a favor de aquellos datos que más fácilmente avalan la tesis jurídica mediante la que se procede a la desestimación íntegra de la demanda.

Ello es así puesto que, es de suponer que sobre la base de la prueba testifical, se hace un relato de personas con cierta responsabilidad en OPPLUS que no proceden de BBVA, mientras que no se hace la más mínima mención no ya a la procedencia de la presidenta de BBVA S.A., sino a la de ninguna de las otras personas que tienen bastante más responsabilidad de los "coordinadores".

Por lo tanto, para conseguir un fiel reflejo de la realidad sobre el que posteriormente hacer las valoraciones jurídicas pertinentes, es necesario completar el relato fáctico de la Sentencia, de manera que, a la vez que se conoce quiénes son las personas con algún nivel de responsabilidad en OPPLUS que no proceden de BBVA S.A., se conozca también las que sí que proceden de OPPLUS. Es de suponer que si la Sentencia de instancia refleja personas de OPPLUS que no proceden de BBVA será porque resulta trascendente tal dato para el sentido del fallo, al igual que lo será la referencia a las personas que sí proceden del banco.

Los documentos sobre los que se soporta la adición fáctica solicitada han de ser reputados válidos y suficientes, puesto que se trata del organigrama obrante al folio 2244, aportado por la propia demandada OPPLUS S.A. y de la relación de trabajadores procedentes de BBVA a la que ya se ha hecho mención en motivos anteriores a éste.

SEXTO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión del **Hecho Probado Décimo Primero** de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se postula en este motivo la adición de un nuevo párrafo a dicho Hecho Probado con el siguiente contenido: *“Las condiciones en las que los trabajadores de BBVA S.A. pasan a OPPLUS quedan reflejadas en los contratos obrantes a los folios 979 y siguientes, todos ellos sujetos a un mismo modelo.*

Entre otras circunstancias, consta en los citados contratos:

- *en sus cláusulas primeras, la posibilidad de que tanto BBVA como OPPLUS decidan en cualquier momento la reincorporación del trabajador procedente a de BBVA S.A. a dicho banco.*
- *En la cláusula segunda consta la referencia a la consideración de situación de suspensión de la relación laboral con BBVA mientras dure el contrato con OPPLUS.*
- *En las cláusulas tercera y cuarta constan el mantenimiento, mientras esté en vigor el contrato laboral con OPPLUS, de las principales condiciones laborales que se tenían por los trabajadores antes de suspender sus contratos con BBVA S.A.*
- *En las cláusulas Séptimas se hace referencia a que el contrato de trabajo con BBVA S.A. quedará extinguido en los supuestos de rescisión del contrato con OPPLUS por causas disciplinarias o por dimisión voluntaria o pactada.”*

La revisión fáctica postulada en este motivo del recurso tiene como soporte los incuestionados documentos obrantes a los folios 979 a 982, así como en los documentos siguientes, aportados por la demandada BBVA S.A. a raíz del requerimiento judicial aceptando la documental solicitada por esta parte demandante, que tienen la consideración de documentos indubitados e incuestionados por ninguna de las partes procesales.

La referencia de la juzgadora de instancia en el Hecho Probado Décimo Primero a la condición de suspensión de la relación laboral con BBVA S.A. de los citados trabajadores, habrá tenido como referencia documental precisamente estos contratos de trabajo.

La trascendencia para el sentido del Fallo de la adición pretendida radica en las siguientes consideraciones:

- A la vista de los contratos referidos es cuestionable la no dependencia de los trabajadores de BBVA S.A. que pasan a OPPLUS, puesto que el BBVA sigue manteniendo la posibilidad de decidir la reincorporación al banco en cualquier momento sin necesidad de alegar razón alguna y puesto que la extinción de la relación laboral en OPPLUS conlleva también la extinción de la relación laboral con BBVA S.A.
- También a la vista de los contratos de suspensión de la relación laboral para pasar a OPPLUS se comprueba que para los trabajadores sujetos a dichos contratos se les van a seguir aplicando las condiciones laborales del banco de procedencia y, por lo tanto, en OPPLUS hay trabajadores a los que se les aplica, por la vía de estos contratos, el convenio colectivo de banca en lo referente a condiciones salariales y beneficios sociales.

Ambas consideraciones, con independencia de la mayor o menor trascendencia que se les otorgue para la decisión final, han de ser consideradas para la valoración tanto de la independencia o no de una empresa (OPPLUS) respecto de otra (BBVA), como a efectos de la determinación del convenio colectivo aplicable, en referencia al contenido del suplico de la demanda origen de estos Autos.

SEPTIMO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión de los Hechos Declarados Probados de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se propone la ampliación con un nuevo párrafo del **Hecho Probado Noveno** de la Sentencia con el siguiente contenido:

1. "En el Anexo correspondiente a la Prestación de Servicios de Gestión Contable, obrante a los folios 804 y siguientes (Documento 18 de BBVA S.A.), suscrito en representación de OPPLUS S.A. por, se describen con amplitud aspectos tales como:

- *las funciones respecto de las que OPPLUS es contratada por BBVA, (punto 1.1 de los acuerdos contenidos en el anexo)*
- *la autorización para que OPPLUS subcontrate parte de las tareas encomendadas a otras empresas y para que éstas, a su vez, puedan también subcontratarlas (punto 3 de los acuerdos contenidos en el Anexo)*
- *el horario específico en el que OPPLUS ha de prestar los servicios contratados, incluyendo la referencia al horario en los "sábados laborales de banca"*
- *el software del BBVA al que tendrá acceso OPPLUS para el desarrollo de las actividades, según consta en el acuerdo 5 del Anexo.*

A efectos de su integración en la resultancia fáctica de la Sentencia, se hace remisión expresa a la totalidad del contenido del mencionado Anexo.

2. En el contrato específico relativo a la prestación de servicios de soporte de procesos de recuperación de mora, suscrito entre BBVA y OPPLUS y obrante en Autos a los folios 645 a 652, se regulan aspectos tales como:

- a. La utilización por OPPLUS S.A. de los Manuales de Procedimientos entregados por BBVA a OPPLUS (Punto 2.2 de los acuerdos)
- b. La determinación de que "los servicios se prestarán de acuerdo con los parámetros de calidad definidos por BBVA" (punto 2.3.1 de los acuerdos)

- c. El BBVA S.A. será quien defina los procedimientos y actividades de control aplicables al Servicio (punto 2.5 de los acuerdos)
- d. Consta que OPPLUS se compromete a respetar el horario de prestación del servicio pactado con BBVA.

A efectos de su integración en la resultancia fáctica de la Sentencia, se hace remisión expresa a la totalidad del contenido del mencionado Anexo.

3. En el contrato específico relativo a la prestación de servicios de soporte de procesos de recursos humanos, obrante a los folios 633 a 662, se hace mención, entre otros aspectos, a:
- a. *las funciones respecto de las que OPPLUS es contratada por BBVA, (punto 2.1 de los acuerdos contenidos en el anexo), relacionadas con los procesos de recursos humanos de BBVA*
 - b. La utilización por OPPLUS S.A. de los Manuales de Procedimientos entregados por BBVA a OPPLUS (Punto 2.2 de los acuerdos)
 - c. El BBVA S.A. será quien defina los procedimientos y actividades de control aplicables al Servicio (punto 2.5 de los acuerdos)
 - d. Consta que OPPLUS se compromete a respetar el horario de prestación del servicio pactado con BBVA.

A efectos de su integración en la resultancia fáctica de la Sentencia, se hace remisión expresa a la totalidad del contenido del mencionado Anexo.

4. En el contrato específico relativo a la prestación de Servicios de Soporte de Procesos de Negocio de Comercio Exterior, obrante en Autos a los folios 663 a 701, se regulan aspectos tales como:
- a. Las funciones que son contratadas para su desarrollo desde OPPLUS (punto 2.1.1.2 del contrato)
 - b. Especificación de que el servicio supone “delegación a OPPLUS (tercero delegatario) por parte del Banco de funciones esenciales para la prestación por el mismo del servicio objeto del seguro de cambio a sus clientes”, en aplicación de la normativa aplicable a los servicios de inversión, en concreto, de la Ley del Mercado de Valores y normativa de desarrollo (punto 5 del contrato)

- c. Entre los compromisos asumidos por OPPLUS se contemplan: el respeto a las incompatibilidades y normas de conducta de obligado cumplimiento previstas en la normativa reguladora de las entidades de crédito o en la legislación del Mercado de Valores; suministrar al Banco de España, CNMV y a otros organismos competentes la documentación requerida por éstos; ... (Punto 5.1 del Contrato)
- d. Sujeción por OPPLUS a un horario determinado (punto 7.4 del Contrato)
- e. Listado de las aplicaciones que BBVA pone a disposición de OPPLUS, entre las que se encuentran elementos de hardware, de software y aplicaciones específicas para el comercio exterior (Apéndice 1 del contrato).

Este contrato es firmado en nombre de BBVA S.A. por y en nombre de OPPLUS por *A efectos de su integración en la resultancia fáctica de la Sentencia, se hace remisión expresa a la totalidad de su contenido.*

- 5. Obran en Autos los contratos suscritos entre OPPLUS y BBVA referidos a la prestación de servicios de soporte al Centro Integral de Negocios de BBVA (Folios 702 a 714), a la prestación de servicios de soporte a la tramitación de oficios de carril CBOT (folios 715 y siguientes), a la prestación de servicios en procesos de gestión y contratación de productos bancarios (Folios 961 a 968), a la prestación de servicios de "contabilidad central" (folios 969 a 973)*

A efectos de su integración en la resultancia fáctica de la Sentencia, se hace remisión expresa a la totalidad del contenido de los contratos."

No puede obviarse la trascendencia que tiene para el resultado final del pleito las condiciones en las que se pactan los múltiples servicios a prestar por OPPLUS S.A. a BBVA, fundamentalmente en lo relativo a la mayor o menor autonomía de aquélla respecto de ésta, o en lo relativo a los medios materiales o informáticos puestos a disposición por BBVA, o en cuanto a los horarios en los que los trabajadores de OPPLUS han de prestar el servicio, o en cuanto a la consideración de tales actividades como bancarias o no.

Todo ello hace imprescindible una remisión íntegra a todos los contratos, así como el resalte escueto de algunos de los elementos de más trascendencia a los efectos del conflicto jurídico aquí planteado.

La suficiencia y validez de los documentos, obrantes en autos a los folios 633 a 976 no ofrece duda, al ser documentos no impugnados aportados por la demandada BBVA en virtud de requerimiento judicial a solicitud de esta parte, y al ser los documentos que han servido de base a la juzgadora de instancia para la redacción del Hecho Probado Noveno de la Sentencia.

OCTAVO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión de los Hechos Declarados Probados de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se propone mediante este motivo un nuevo Hecho Probado con el siguiente contenido: ***Según consta en las páginas 36 y 37 del informe pericial aportado como documento nº 1 en el ramo de prueba documental de BBVA, a fecha 30 de septiembre de 2.009 OPPLUS presentaba un endeudamiento de 7,6 millones de euros, siendo la entidad que financia la totalidad de la deuda el BBVA. Consta en las páginas 35 y 36 del mencionado informe que las inversiones en activo fijo “desde el inicio de la actividad” de OPPLUS (que se fija en diciembre de 2.007) hasta el 31/12/2009 ascienden a 10,5 millones de euros, procedentes de “fondos propios generados por la propia Sociedad” y de financiación externa”.***

Los párrafos reseñados del informe pericial aportado por el propio BBVA refleja claramente cuál ha sido el riesgo que asume OPPLUS y cuál el que asume el BBVA con la externalización de los servicios ampliamente referidos y con la puesta en funcionamiento de OPPLUS con sus propias instalaciones y personal. Queda claramente reflejado en el informe que es BBVA S.A. quien asume la totalidad del riesgo, pues no sólo OPPLUS ha sido quien ha puesto la mayor parte del capital social (Hecho Probado Vigésimo Segundo), sino que también ha sido quien ha aportado la totalidad de la financiación con la que OPPLUS está funcionando e invirtiendo.

Los hechos constatados en el informe pericial, omitiendo cualquier valoración contenida en el mismo, y obviando la apreciación hecha por esta parte en el párrafo anterior, son de enorme trascendencia para la evaluación de la realidad empresarial, de los medios y de la autonomía decisoria de OPPLUS. Por ello estas referencias a las inversiones y a la financiación han de incorporarse a la resultancia fáctica, como elementos determinantes del sentido del fallo de la Sentencia.

El documento en el que se basa la pretensión revisora (Documento nº 1 aportado en el ramo de prueba de la demandada BBVA S.A.) es hábil y suficiente a estos efectos, por tratarse de un informe pericial ratificado en el acto de juicio oral.

NOVENO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión de los Hechos Declarados Probados de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

Se defiende en este Motivo la adición de un nuevo Hecho Probado con el siguiente contenido:

“Con fecha 1 de abril de 2.008 se firma entre BBVA y OPPLUS un contrato en cuya Estipulación Primera se afirma que “las partes acuerdan que BBVA prestará un servicio de formación integral orientado al conocimiento de las prácticas bancarias relacionadas con los trabajos a realizar por OPPLUS, en virtud del contrato de prestación de servicios administrativos, operacionales y de gestión concertado entre ambas entidades, de forma que OPPLUS pueda conocer todas las particularidades de dichas actividades, con el objetivo de dar el mejor soporte a los servicios contratados.”

En la estipulación 3ª del contrato se afirma que “con la misma intencionalidad, el personal del OPPLUS se trasladará a las instalaciones del Banco para tomar allí noticia de las particularidades que presenta el funcionamiento del sistema de tramitación documental bancaria. También será objetivo que ese personal de OPPLUS conozca las herramientas y equipamiento que deben ser utilizados para la realización de sus funciones. / Asimismo, se pondrán a disposición del personal de OPPLUS y a través de su propia plataforma informática, cursos de formación, propiedad de BBVA, al objeto de que, dicho personal, adquiera conocimientos sobre cuestiones bancarias relacionadas con la actividad que se realiza en OPPLUS.”

En el mismo contrato, en la estipulación 10ª se afirma que los alumnos “durante el tiempo que permanezcan en las instalaciones del Banco dependerán, en todo momento, del responsable de ese proyecto formativo, que perteneciente a la plantilla de OPPLUS sea designado en cada momento,”

En la Estipulación 11ª del contrato se afirma que “los formadores que sean designados por el Banco dependerán del Director designado para este proyecto,” es la persona que, en nombre de OPPLUS firma el contrato al que se está haciendo referencia. Esta misma persona consta en la Relación Nominal de Trabajadores TC2 correspondiente al mes de junio de 2.008

como trabajador dado de alta en BBVA S.A., tal y como aparece en la página 5 del documento n° 5 aportado por la demandante.

A efectos de su integración en hechos probados, se hace remisión a la totalidad del contenido del mencionado contrato, obrante en Autos a los folios 2356 a 2359.

En términos similares se firma un nuevo contrato para la “transmisión de la experiencia y la capacitación mutua” con fecha 23/03/2009, que obra en Autos a los folios 2361 a 2362, al que también se hace remisión expresa”.

La relevancia de este contrato para el sentido del fallo de la Sentencia es triple.

Por un lado, en cuanto a la constatación de que es el personal de BBVA el que forma al personal de OPPLUS, y que tal formación se desarrolla tanto en las instalaciones de BBVA como en las de OPPLUS. Ello muestra que inicialmente no existe realidad empresarial alguna ni experiencia alguna por parte de OPPLUS para el desarrollo de las actividades que le son contratadas por BBVA. Es esta última empresa la que, además de poner el capital inicial y la financiación y además de facilitar el uso de sus herramientas informáticas, proporciona a OPPLUS los conocimientos necesarios para el desarrollo de la actividad de esta empresa, mediante cursos de formación propiedad de BBVA, impartidos por personal de BBVA y, en ocasiones, en las propias dependencias de BBVA.

En segundo lugar, es trascendente la determinación que se hace en el contrato de la persona que será responsable de los formadores del BBVA mientras dure el mismo. La persona que hará las funciones de Director de estos formadores del BBVA es, que es quien firma en representación de la otra empresa, BBVA, que a la vez es trabajador de BBVA. Este es un elemento más en el que queda patente que personas que representan a OPPLUS son trabajadores de BBVA, al igual que ocurre con la Presidenta de aquella empresa. Es por lo tanto un elemento necesario para valorar la confusión entre ambas empresas.

En tercer lugar tienen trascendencia las referencias que se contienen en el contrato al necesario aprendizaje por el personal de OPPLUS de las “prácticas bancarias”, al necesario conocimiento “del sistema de tramitación documental bancaria” y a la adquisición de conocimientos “sobre cuestiones bancarias relacionadas con la actividad que se realiza en OPPLUS”. La importancia de la constancia fáctica de estas cuestiones para el sentido del Fallo de la Sentencia viene referida a la determinación del Convenio Colectivo de aplicación a los

trabajadores de OPPLUS en el supuesto de que sea desestimada la petición principal de la demanda. El segundo de los contratos, ya correspondiente al año 2.009, muestra la necesidad de continuidad de la formación en las prácticas bancarias del personal que va entrando a formar parte de OPPLUS.

Los documentos en los que se fundamenta esta revisión son los contratos obrantes en Autos a los folios 2356 a 2363 aportados por la demandada OPPLUS y que no han sido impugnados ni cuestionados por ninguna de las partes procesales.

En lo referente a la pertenencia de a la plantilla de BBVA S.A. es el documento nº 5 aportado por esta parte, consistente en una copia del TC2 de esa empresa, que tampoco ha sido cuestionado por ninguna de las partes demandadas.

DECIMO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto la revisión de los Hechos Declarados Probados de la Sentencia recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas.

De la prueba documental obrante en Autos se desprende otro hecho de trascendencia para el sentido del Fallo de la Sentencia, de que se pretende dejar constancia mediante la adición de un nuevo Hecho Probado con el siguiente texto:

“Según consta en los folios 2343 a 2354 de los Autos, con fecha 1 de enero de 2.008 se firma contrato de prestación de servicios entre BBVA S.A. y OPPLUS Operaciones y Servicios S.A.. A diferencia de anteriores contratos a los que se ha hecho referencia en Hechos Probados, en este caso la empresa contratante es OPPLUS y la contratada es BBVA. La persona que firma en representación de OPPLUS es

Los servicios que se compromete a prestar BBVA S.A. a OPPLUS constan en el Segundo de los exponendos del acuerdo, y que consisten en:

- ✓ *La elaboración y constitución de bases de datos de LA EMPRESA (OPPLUS) para el desarrollo de las funciones de Gestión y Administración de Recursos Humanos en relación con dichos datos.*
- ✓ *La elaboración de las nóminas de los empleados de LA EMPRESA*
- ✓ *La tramitación de los pagos mensuales a los empleados de LA EMPRESA (OPPLUS) por los importes líquidos resultantes con cargo a la cuenta de intercambio de LA EMPRESA y la elaboración y puesta a disposición de LA EMPRESA de los recibos mensuales de nómina.*
- ✓ *La gestión de los procesos relativos a la Seguridad Social (afiliación, cotización y remisión electrónica de datos).*
- ✓ *La tramitación de las obligaciones fiscales de LA EMPRESA (OPPLUS) como retenedor (retenciones e ingresos a cuenta) y la elaboración de los modelos y certificaciones aplicables en el ámbito del IRPF.*
- ✓ *La cesión de información mensual a LA EMPRESA (OPPLUS) relativa al proceso de gestión de las nóminas para su tratamiento contable por parte de LA EMPRESA.*

En la Cláusula Quinta del contrato se afirma que “los servicios se desarrollarán en los Centros de Proceso de Datos de BBVA y en los Centros de Servicios de RRHH de BBVA”, diciéndose a continuación que “si las necesidades de cada servicio lo requirieran” el servicio se prestará en los locales de OPPLUS.

Se hace expresa remisión al texto íntegro del contrato.”

El documento en el que se fundamenta esta adición de hechos es el mismo contrato obrante en Autos a los folios 2343 a 2354, aportado por la demandada OPPLUS, y que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes.

La trascendencia de los datos contenidos en el contrato que se pretende referenciar en el relato de hechos lo es a los efectos de la confusión en la actividad entre ambas empresas. En este contrato que se trae a colación en este motivo es el BBVA el que se compromete a desarrollar la actividad de gestión laboral para su empresa del grupo, OPPLUS. Nuevamente nos encontramos con que la persona que firma en representación de OPPLUS es un trabajador de BBVA. Por otro lado es novedoso que sea la empresa principal, en este caso BBVA (que es la que pretende externalizar a través de OPPLUS determinadas actividades), quien ofrece los servicios administrativos y, lo que es más importante, quien va a tramitar los pagos al personal de OPPLUS” con cargo a la cuenta de intercambio de LA EMPRESA”. Es decir, el dinero con el que BBVA debería pagar a OPPLUS por los servicios prestados por esta última se verá minorado por el dinero que en concepto de tramitaciones en concepto de gestiones laborales debería pagar OPPLUS a BBVA. Es decir, el dinero con el que se pagan las nóminas de los empleados de OPPLUS no llega a salir en ningún momento de cuentas titularidad de esta empresa, sino que sale directamente de cuentas titularidad de BBVA.

DECIMO PRIMERO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas y jurisprudencia que esta parte entiende se han cometido en la Sentencia que se recurre.

Los preceptos legales que esta parte considera han sido infringidos por la Sentencia de instancia, por interpretación errónea y por no aplicación son el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 6.4 y 7 del Código Civil.

La aplicación combinada de estos preceptos, de acuerdo con numerosa jurisprudencia y doctrina legal, debieron dar lugar a la conclusión de que la empresa OPPLUS OPERACIONES Y SERVICIOS S.A. es una empresa interpuesta por BBVA S.A. para ahorrar costes y maximizar sus beneficios, mediante la técnica de evitar la aplicación del Convenio Colectivo de Banca Privada a una parte de los trabajadores que desarrollan actividades indisolublemente vinculadas con el núcleo de la actividad bancaria del BBVA.

Y para llegar a la conclusión anterior, se ha de partir de los datos esenciales que han quedado reflejados en los hechos probados de la Sentencia y que han de servir de guía para aplicar la jurisprudencia y la doctrina al supuesto de Autos. Tales datos cabe resumirlos en los siguientes aspectos:

1. La empresa OPPLUS OPERACIONES Y SERVICIOS S.A. inicia sus actividades en lo que afecta al objeto del presente pleito a partir de su cambio de denominación y de objeto social con fecha 15/10/2007 (Hecho Probado Quinto).
2. En este primer momento OPPLUS radica su sede social en el Paseo de la Castellana nº 81 de Madrid, coincidente con la sede de BBVA S.A. en la que se han practicado las comunicaciones judiciales por parte del Juzgado de instancia.
3. BBVA S.A. es el accionista principal de OPPLUS (Hecho Probado Vigésimo segundo), por lo que es BBVA quien decide las personas que en cada momento van a gestionar y dirigir OPPLUS. Es imposible que OPPLUS fuera contra los intereses de BBVA S.A.. Esta situación de dependencia accionarial es un elemento importante para exigir una mayor claridad y separación en las actividades de empresa principal y empresa contratada, a efectos de evitar una dependencia también a efectos prácticos en las relaciones

laborales, aunque esta dependencia se pretenda ocultar con procesos formales de toma de decisiones de personal de OPPLUS. Si estas decisiones están subordinadas a los intereses de la empresa principal, BBVA S.A., difícilmente se puede hablar de autonomía.

4. La presidenta de OPPLUS desde esa misma fecha de 2.007,, es trabajadora dada de alta en BBVA S.A. (Hecho Probado Sexto y modificación instada en este Recurso en cuanto a su condición de trabajadora BBVA). Si la relación laboral de la Presidenta de OPPLUS se mantiene activa con BBVA S.A., es evidente la dependencia absoluta y la sumisión a los intereses de la empresa matriz, al margen de la clara confusión del personal, puesto que al menos la Presidenta de OPPLUS y de uno de los apoderados tienen dentro de sus cometidos laborales con BBVA S.A. la gestión de OPPLUS.
5. Los apoderados de OPPLUS (Hecho Probado Sexto) o bien proceden de BBVA con la relación laboral suspendida, o bien siguen siendo trabajadores en alta en BBVA S.A.. Una nueva muestra de la dependencia absoluta y de la confusión entre ambas empresas.
6. La mayor parte de la financiación externa para las inversiones desarrolladas por OPPLUS proceden del BBVA (nuevo Hecho Probado añadido). Es decir, el Banco es quien pone el capital social y quien financia las inversiones necesarias de OPPLUS. En consecuencia, los riesgos de la actividad desarrollada por OPPLUS recaen directamente en BBVA. Sólo desde un punto de vista de estricta formalidad OPPLUS asume los riesgos, mientras que la realidad muestra que una mala situación económica de OPPLUS repercute directamente en BBVA.
7. El 85% de la facturación de OPPLUS procede de BBVA S.A. (Hecho Probado Décimo Quinto). A ello se añade que otra parte de la facturación procede de contratos con otras empresas del Grupo BBVA (Hecho probado Trigésimo Tercero). Una muestra clara de la dependencia de OPPLUS respecto de su creadora BBVA S.A., que determina una absoluta falta de autonomía.
8. En numerosos contratos suscritos entre OPPLUS y BBVA, los representantes de la primera (.....) son trabajadores dados de alta en BBVA, lo que es una señal clara de la ausencia de autonomía y de la confusión de intereses a la hora de la negociación de estos contratos. Ni siquiera las apariencias formales impiden que

cualquier observador mínimamente objetivo concluya que los únicos intereses en juego en estos contratos son los de BBVA S.A., intereses a los que se han de someter sus trabajadores aunque actúen en nombre de OPPLUS.

9. En otras ocasiones firman como representantes de OPPLUS trabajadores de BBVA que tienen suspendida su relación laboral con esta empresa en virtud de un contrato tipo que permite a BBVA darlo por terminado y forzar la vuelta formal a BBVA. Es el caso de D., quien difícilmente podrá negociar en perjuicio de la empresa con la que mantiene la relación laboral indefinida, aunque suspendida.

10. Numerosas personas con responsabilidades de primer orden en el esquema organizativo de OPPLUS son trabajadores procedentes de BBVA, con contrato suspendido con dicha empresa. Entre otras están en esta situación las siguientes responsabilidades: Director General, recuperaciones, Operaciones España, Operaciones Centralizadas, Operaciones Especializadas, Area de Medios y Dpto. de RR.HH. (Hecho Probado añadido). Esto es una nueva muestra de la ausencia de realidad empresarial inicial de OPPLUS y de su vinculación y dependencia absoluta respecto de BBVA S.A. Esta vinculación no sólo se ha de predicar respecto a cuestiones mercantiles, sino también respecto a cuestiones laborales. Realmente las personas que dirigen una parte importante de los servicios de OPPLUS son trabajadores de BBVA, a quienes se les respetan las condiciones laborales de BBVA, con derecho a retorno a BBVA y con el riesgo de ver extinguidos sus contratos con BBVA si se les extingue en OPPLUS. ¿Es posible defender que el trabajador que se encuentra en estas condiciones es realmente un trabajador de OPPLUS? ¿A qué intereses ha de responder su actuación en OPPLUS, cuando su puesto de trabajo estable se encuentra en BBVA y la Presidenta de OPPLUS es trabajadora de BBVA y el accionista principal de OPPLUS es el BBVA S.A y?

11. En el contrato principal de prestación de servicios (Acuerdo Marco) suscrito entre OPPLUS y BBVA, del que derivan los demás contratos, quien firma en nombre de BBVA S.A. es la Presidenta de OPPLUS, (Hecho Probado Séptimo), acreditando así que realmente las mismas firmas firman en unas ocasiones como representantes de una empresa y en otras como representantes de la otra. La confusión en este aspecto es permanente, demostrando que realmente estamos ante una única empresa.

12. En el mencionado contrato se establece, en su Cláusula 4.4, que BBVA puede rescindir

unilateralmente el contrato sin indemnización alguna y sin necesidad de alegar causa alguna (Hecho Probado Séptimo, que referencia la totalidad del contrato o acuerdo marco). Es decir, BBVA S.A. puede decidir prácticamente la extinción de la casi totalidad de la plantilla de OPPLUS mediante la resolución del Acuerdo Marco, sin tener que asumir ningún coste y minorando al máximo las garantías laborales de los trabajadores de OPPLUS en cuanto a las indemnizaciones que pudieran corresponderles. Es otro ejemplo más de cómo el futuro de las relaciones laborales de los trabajadores contratados por OPPLUS se encuentra en manos de BBVA S.A.

13. Tanto en el Anexo II del Acuerdo Marco (adición al Hecho Probado Séptimo), como en el contrato de Procesos de Gestión Contable, como en el contrato de Servicios de Soporte de Procesos de Negocio de Comercio Exterior (referenciados en el Hecho Probado Noveno), consta toda la infraestructura tecnológica, el software y el hardware que BBVA S.A. pone a disposición de OPPLUS para posibilitar la prestación de los servicios contratados. Esta disponibilidad por OPPLUS de los medios informáticos de BBVA es muestra tanto de una absoluta dependencia en los instrumentos básicos de trabajo, como del carácter indisoluble de la actividad desarrollada por OPPLUS respecto de las actividades bancarias de BBVA, como de la carencia inicial de medios por parte de OPPLUS que tiene que recibir de BBVA incluso PCs, equipos de red e impresoras.

Si a lo anterior añadimos la necesaria formación que desde un inicio han tenido que impartir los trabajadores de BBVA a los de OPPLUS, es imperioso concluir que OPPLUS carecía de experiencia alguna para el desarrollo de los servicios contratados por OPPLUS. Esa carencia absoluta de experiencia, derivada del simultáneo cambio de objeto social de la empresa y de los contratos suscritos con BBVA S.A. ha sido suplida tanto por el traspaso de trabajadores de BBVA S.A. a OPPLUS, como por la formación impartida por trabajadores de aquella a trabajadores de ésta.

14. La determinación, en todos los contratos mediante los que se desarrolla el Acuerdo Marco entre OPPLUS y BBVA, de los horarios en los que se han de prestar los servicios, indican la falta de autonomía para establecer autónomamente OPPLUS, en un proceso negociado con sus trabajadores, los horarios de los mismos. Es evidente que los horarios de los trabajadores de OPPLUS han de depender de los horarios bancarios del personal de BBVA, puesto que las actividades están absolutamente conectadas y no pueden independizarse o dejar de coordinarse. De hecho las actividades desarrolladas por

OPPLUS aparecen como unas oficinas más de BBVA.

15. Los cerca de 100 trabajadores de BBVA que pasan a OPPLUS con suspensión de la relación laboral con aquélla, tienen una situación peculiar con BBVA. Tanto BBVA como OPPLUS pueden en cualquier momento decidir la vuelta de los trabajadores a BBVA y, lo que es más significativo, la relación laboral con BBVA se considera extinguida en el supuesto de extinción de la relación laboral con OPPLUS. Resulta contradictorio con la situación de suspensión del contrato con BBVA y demuestra que realmente nos encontramos ante un único empleador, que es BBVA.
16. La descripción de los servicios contratados por BBVA a OPPLUS (Hecho Probado Noveno con los añadidos efectuados a través de este Recurso) son claramente indicativos de que los mismos responden a una actividad indisolublemente conexas con la actividad bancaria de BBVA. Es decir, los servicios que se externalizan formalmente a través de OPPLUS no puede separarse realmente de la actividad propia del banco, como lo demuestra la necesidad de utilización de herramientas informáticas, protocolos, accesos a bases de datos, comunicación permanente e intensa, homologaciones de procesos por parte del banco, etc.

Esta situación es indicativa del carácter fraudulento de la externalización formal de dichos servicios, mediante la que se pretende que trabajadores que realizan funciones propias del banco se vean desprotegidos y vean reducidos sus derechos laborales por la vía de la no aplicación del Convenio Colectivo de la Banca Privada.

17. Un elemento más que avala la tesis mantenida por esta parte, relativa a la condición de OPPLUS como empresa interpuesta es el último de los contratos reseñado en la modificación fáctica instada en este recurso, mediante el que BBVA hace de gestoría laboral de OPPLUS, incluyendo entre esos servicios el pago directo de las nóminas del personal de OPPLUS, sobre la base de la compensación de deudas entre ambas empresas.

La confusión laboral llega a tal punto que trabajadores de OPPLUS están prestando servicios para BBVA, mientras que trabajadores de BBVA prestan sus servicios para OPPLUS y las nóminas de esta última empresa son percibidas directamente desde BBVA S.A.

18. Es cierto, como se dice en la propia Sentencia, que formalmente quien tiene el poder de dirección sobre los trabajadores dados de alta en esa empresa es OPPLUS S.A.. Pero precisamente ese es el núcleo del debate sometido al juzgado de lo social y, en este momento, sometido a la Sala de lo Social de ese Tribunal Superior de Justicia.

Quedarse en la mera apariencia formal es tanto como dar carta de naturaleza al fraude de ley. Es precisamente profundizando en la realidad de las relaciones subyacentes a esta externalización de servicios promovida por BBVA S.A. como se puede determinar si nos encontramos ante la utilización de una figura legal de manera correcta, o si realmente se está utilizando esta figura legal de la subcontratación para hacer un uso antisocial del derecho.

Por ello ha sido necesario tanto esfuerzo por introducir elementos fácticos que permitan un reflejo más ajustado a la realidad y, por supuesto, mucho más complejo que lo reflejado por la juzgadora de instancia. Así suele ser la realidad en la mayoría de los casos.

Todos los elementos antes resaltados hacen que se deba concluir que en el supuesto de Autos nos encontramos ante una situación de cesión ilegal de trabajadores, habiendo utilizado de manera fraudulenta la figura de la subcontratación y la propia puesta en funcionamiento de la empresa OPPLUS.

La actual redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, fruto de la reforma aprobada en el año 2.006, lleva a considerar que la actuación del BBVA incurre en esa figura no sólo por el conjunto de circunstancias reseñadas, sino únicamente por la circunstancia de que OPPLUS carecía, en el momento de suscribir el Acuerdo Marco y los anexos al mismo, de una actividad o de una organización propia y estable. Ha sido BBVA S.A. quien ha puesto en funcionamiento esa empresa partiendo de cero, y ha sido el mismo banco el que ha puesto todos los medios económicos, de experiencia y conocimientos y una parte importante de las personas más relevantes en OPPLUS.

En definitiva, es evidente que BBVA S.A. se ha inventado una empresa, OPPLUS, a través de la que ha desarrollado actividades que venía desarrollando con plantilla propia, consiguiendo así un abaratamiento de costes al haber eliminado la aplicación del Convenio

Colectivo de Banca privada a todos los trabajadores de OPPLUS, excepto a los desplazados temporalmente por el propio banco.

Si a esta circunstancia determinante añadimos la valoración conjunta de todos los demás elementos reflejados al inicio de este motivo del recurso, hemos de concluir que es de aplicación la jurisprudencia relativa a la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

En este sentido, a la hora de la valoración de los criterios que se han de tener en cuenta para la consideración de la existencia o no de la cesión ilegal de trabajadores y los límites de esta figura con la subcontratación de obras o servicios, es ya clásico citar la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina el 25 de octubre de 1999. Esta Sentencia asentó bastantes de los criterios que han seguido recogiendo en la jurisprudencia posterior para la delimitación de la verdadera figura de la subcontratación en comparación con la figura cesión ilegal. Se hace referencia en la citada Sentencia a la necesidad de que la figura de la subcontratación para de una empresa auxiliar que cuente *"con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa (SSTS/IV 17/02/93 (RJ 1993, 1177) y 11/10/93 (RJ 1993, 7586))*. Ahora bien, esta regla debe ser interpretada en sus precisos términos pues exige delimitar cuando existe verdaderamente un *"contratista real"*, entendiéndose que para poder declarar tal existencia al mismo le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad, por lo que sólo existirá una auténtica contrata *"cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador"* (STS/Social 17/01/91 (RJ 1991, 58) y STS/IV 31/01/95 (RJ 1995, 532)). La distinción es más clara en el supuesto de que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente. Así, con fundamento en los artículos 6 y 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) y de los artículos 1 y 43 del ET , es dable declarar la existencia de cesión ilegal cuando la empresa contratista es una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias, ni verdadera organización empresarial y su objeto no es otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios (en esta línea, entre otras SSTS/Social 09/02/87 (RJ 1987, 800) , 12/10/88, 17/01/91, SSTS/IV 17/03/93, 15/11/93 (RJ 1993, 8693) , 18/03/94 (RJ 1994, 2548) , 21/03/97 (RJ 1997, 2612)). No obstante, los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir (como acontece en el supuesto ahora enjuiciado), cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudirse

con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (STS/Social 17/01/91 o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (STS/Social 16/02/89 (RJ 1989, 874)), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (SSTS/IV 19/01/94 (RJ 1994, 352) y 12/12/97 (RJ 1997, 9315)). En esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas SSTS /IV 19/01/94 (recurso 3400/92) y 12/12/97 (recurso 3153/96) ha fijado como línea de distinción la determinación no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente "sino si actuaba como verdadero empresario", analizado en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como verdadero empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando "nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, 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 configuran su estructura empresarial", añadiendo que "el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio".

En el mismo sentido es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2.006, en la que se declara que: "Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. **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.** Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. **La finalidad que persigue el artículo 43 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”.

El propio TSJ Andalucía, Sevilla, en su Sentencia de 4 de mayo de 2.010 afirma que *“Los problemas de delimitación entre una contrata y una cesión ilegal de trabajadores surgen fundamentalmente cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias, en tales casos, debe acudir para diferenciar una contrata legal de una cesión ilegal de trabajadores a la concurrencia de otras notas, como son el hecho de que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991), o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra empresa (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 874)), pues la cesión ilegal también se produce cuando la organización empresarial no interviene en la prestación del trabajo por el trabajador, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 352) y 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315) “ .*

Es la aplicación de esta doctrina y jurisprudencia la que ha de llevar a la estimación de la demanda en su petición principal, por encontrarnos con una empresa subcontratada para la actividad desarrollada anteriormente desde BBVA S.A. que ha sido inventada por este banco, aportando todos o los fundamentales medios materiales, económicos, de financiación, humanos y de conocimientos, y generando una constante confusión de intereses y de decisiones entre personal de una empresa y de la otra. La absoluta dependencia de OPPLUS respecto de BBVA tanto por la composición del capital social, como por las personas que conforman los órganos rectores de la empresa, como por la procedencia y destino de los trabajadores que ostentan cargos de dirección, como por la concentración de la financiación, como por los instrumentos y herramientas informáticas utilizadas, como por la preeminencia del BBVA en las condiciones de contratación de los servicios, como en el control absoluto de las condiciones de los mismos y de su facultad de resolución, hacen de OPPLUS una empresa sin realidad autónoma y sin margen de decisión propia. La dirección real de la actividad de OPPLUS, su estrategia y objetivos son marcados finalmente por BBVA que es, por otra parte, quien asume el riesgo real del éxito o fracaso de la aventura empresarial creada, aun disminuyendo dicho riesgo mediante la

reducción de las garantías y derechos de los trabajadores contratados formalmente por OPPLUS.

DECIMO SEGUNDO.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas y jurisprudencia que esta parte entiende se han cometido en la Sentencia que se recurre.

El presente y último motivo del recurso hace referencia a la petición subsidiaria contenida en el Solicito de la demanda origen del procedimiento, que también ha sido desestimada por la Sentencia de instancia.

Considera esta parte que, con independencia de la consideración o no de la existencia de la cesión ilegal de trabajadores, a los trabajadores de OPPLUS les es de aplicación el Convenio colectivo de la Banca Privada y que, al no haberlo considerado así la Sentencia de instancia infringe lo dispuesto por el artículo 2 del mencionado Convenio Colectivo (aportado como documento nº 41 en el ramo de prueba de esta parte), en relación con los artículos 3.1 b), 26, 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores.

Los hechos que finalmente han quedado acreditados a efectos de esta cuestión de derecho muestran claramente que la mayor parte de las actividades desarrolladas por OPPLUS a partir de los contratos suscritos con BBVA S.A. van indisolublemente vinculadas con las actividades bancarias, siendo imposible el desarrollo de cualquier actividad bancaria sin los procesos que se desarrollan desde OPPLUS.

Es claramente ilustrativo de esta imposible separación la necesidad de utilización conjunta por OPPLUS y BBVA de los instrumentos informáticos, de las bases de datos del Banco, de la intranet del mismo, y de los conocimientos por el personal de OPPLUS de las prácticas bancarias, tal y como expresamente se afirma en los contratos de servicios formativos firmados entre ambas empresas.

A lo anterior ha de añadirse que hay actividades desarrolladas por OPPLUS que expresa y directamente están sometidas a la normativa financiera y bancaria, tal y como consta en el

contrato específico relativo a la prestación de servicios de soporte de procesos de negocio de comercio exterior, cuya referencia ha quedado incorporada al relato fáctico de la Sentencia.

Lo mismo puede decirse con las actividades desarrolladas por OPPLUS a partir de los contratos relativos a la prestación de servicios de soporte de procesos de recuperación de mora o de soporte al centro integral de negocios o a casi la totalidad de contratos que han quedado referidos en el Hecho probado Noveno. El relato de las actividades formalmente subcontratadas por BBVA a OPPLUS y que se desgranar en todos los mencionados contratos, forman parte del núcleo esencial de la actividad bancaria, por lo que es éste el Convenio Colectivo que ha de ser de aplicación.

Es necesario a estos efectos resaltar que las actividades desarrolladas desde OPPLUS suponen el acceso y disponibilidad por personal de OPPLUS de las cuentas de los clientes de BBVA, respecto de las que hacen prácticamente todo tipo de movimientos.

No es admisible la restrictiva tesis mantenida por la Sentencia de instancia, que viene a considerar como actividad bancaria, a efectos de la sumisión al Convenio Colectivo de Banca, la que comprende la acumulación de depósitos de los clientes y las operaciones activas de crédito y otras inversiones. Lógicamente la recepción de depósitos, la concesión de préstamos y las demás inversiones realizadas y autorizadas a los Bancos no pueden llevarse a la práctica si no hay trabajadores y trabajadoras que desarrollan las tareas subcontratadas por BBVA a OPPLUS.

Y, por lo expuesto,

SOLICITO AL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MÁLAGA PARA ANTE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA que, teniendo por presentado este escrito y por devueltos los Autos, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formalizado en tiempo y forma el RECURSO DE SUPPLICACION, así como que dicte Sentencia revocando la recurrida y estimando la demanda original, en los términos que se detallan en el Suplico de la misma.

Es Justicia que pido en Málaga a 1 de octubre de 2.010