



Roj: **STSJ GAL 1446/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1446**

Id Cendoj: **15030340012017101081**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **4396/2016**

Nº de Resolución: **1369/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

**SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO // MDM**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2012 0006696

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004396 /2016**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001316 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de A CORUÑA

**RECURRENTE/S:** Catalina

**ABOGADO/A:** JESUS ANGEL VAZQUEZ FORNO

**RECURRIDO/S:** ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACION PUBLICA

**ABOGADO/A:** LETRADO COMUNIDAD

**RECURRIDO/S:** SERVICIOS Y MATERIALES,SA

**ABOGADO/A:** RAQUEL PAZOS ALLER

**RECURRIDO/S:** GRUPO CLAVE CONSULTORES SA

**RECURRIDO/S:** MANTELNOR OURSOURCING SL

**ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS**

**ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

**EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA**

**PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR**

En A CORUÑA, a veintisiete de febrero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 0004396/2016, formalizado por el letrado don Jesús Ángel Vázquez Forno, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Catalina , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001316/2012, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Catalina frente a ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SERVICIOS Y MATERIALES SA, GRUPO CLAVE CONSULTORES SA y MANTELNOR OUTSOURCING SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Catalina presentó demanda contra ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SERVICIOS Y MATERIALES SA, GRUPO CLAVE CONSULTORES SA y MANTELNOR OUTSOURCING SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha quince de enero de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Catalina prestó servicios para la empresa demandada SERVICIOS Y MATERIALES S.A. (sermasa) a causa de su subrogación desde el 20-9-2006 con una antigüedad reconocida de 25-4-2004, una categoría laboral de administrativa y correspondiéndole un salario mensual de 1.765,86 euros con prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- El 10-3-14 el secretario de la EGAP comunicó de forma verbal a la actora que "siguiendo instrucciones de la Consellería debería de abandonar de inmediato su puesto de trabajo". La trabajadora abandonó ese día su puesto de trabajo y desde entonces no ha vuelto a prestar servicios en el EGAP. Se puso en contacto inmediatamente con la empresa SERMASA quien no le comunicó su despido, pasándola a una situación de vacaciones y después de permiso retribuido en el que se mantuvo hasta que el 27-8-14 le comunicó su despido objetivo con fecha de efectos de 31-8-2014. SERMASA abonó los salarios de la actora de los meses de marzo a agosto de 2014. La demandante dejó de prestar servicios en el EGAP porque así lo decidió la Consellería. Esta empresa que mantenía el contrato en vigor con la administración solicitó a la Consellería que explicara ese cese por escrito algo que la administración no hizo, circunstancia que motivó que SERMASA no despidiera en ese momento a la actora. El 11-8-2014 entró en el Registro de la Xunta de Galicia escrito de la entidad SERMASA dirigido a la Escuela Gallega de Administración Pública en el que se disponía que "acusamos recibo de su solicitud de cese en el servicio que esta empresa viene prestando para el EGAP. En consecuencia esta empresa; acatando las instrucciones recibidas, finalizará sus servicios el día fijado por ustedes concretamente el próximo día 31 de agosto del presente año". Por razón de dicha contrata entre la Escola Galega de administración pública y SERMASA ésta solamente tenía una trabajadora prestando servicios en el EGAP que era la demandante.- TERCERO.- a).- La demandante prestaba sus servicios en centro de trabajo sito en la Rúa Madrid nº 2-4 de Santiago de Compostela, sede del EGAP coma consecuencia de la contrata concertada por la administración primero con la empresa Grupo Clave Consultores, S.A. y después, sucesivamente, con Mantelnor Outsorcing y finalmente SEMASA quienes fueron subrogando a la trabajadora demandante a medida que se convirtieron en adjudicatarias de tal contrata. Entre sus funciones estaban las tareas de apoyo y auxilio a la docencia en cursos, jornadas, seminarios y demás actividades organizadas por la EGAP. Además, prestaba servicios de secretaría del curso superior de urbanismo, contactaba con agencias de viajes por razón de los cursos a organizar, coordinaba la preparación de las publicaciones. Realizaba básicamente funciones de naturaleza administrativa. b).- La trabajadora ha prestado servicios durante toda la relación laboral derivada de dichas contrata en el mismo centro de trabajo y realizando siempre las mismas funciones. Cumplía con todas las órdenes e instrucciones que sobre el trabajo concreto que tenía que realizar en cada momento le realizaba su superior jerárquica, la Jefa de Servicio, independientemente de que dichas actuaciones no quedaran comprendidas dentro del objeto de la contrata. c).- La demandante era una trabajadora más, al igual que el resto de compañeros -funcionarios- que prestaban funciones en ese departamento en el EGAP y hacía el mismo horario de entrada y salida, tenía acceso a la intranet de la EGAP al igual que los demás empleados de la EGAP y disponía de correo electrónico corporativo y figuraba con nombre y apellidos y teléfono en el directorio del personal adscrito al EGAP. Para el disfrute de las vacaciones anuales que correspondía a los trabajadores debía de ponerse de acuerdo con sus compañeros para que el servicio no quedara desatendido y se realizaba un cuadrante general en el que se contaba con ella como una trabajadora más. Las vacaciones fijadas en el cuadrante eran aprobadas por la administración. La demandante rendía cuentas a su jefa, quien dirigía y supervisaba la prestación de servicios



de la demandante siguiendo a su vez las órdenes e instrucciones que recibía de su superior jerárquico el secretario de la EGAP. Dichos permisos eran pedidos a su superior jerárquica quien los tramitaba y para su concesión debía de quedar debidamente cubierto el servicio lo que obligaba a ponerse de acuerdo con sus compañeros funcionarios. d).- En cuanto a los medios materiales necesarios para prestar los servicios todos ellos eran proporcionados por la administración, haciendo uso de los mismos medios materiales - ordenador personal, impresora, fotocopidora, fax que el resto de sus compañeros funcionarios. e).- El salario de la demandante era satisfecho por SERMASA.- CUARTO.- Se interpuso demanda sobre despido y cesión ilegal de trabajadores, que fue estimada por el JS nº 3- Refuerzo de A Coruña de fecha 27-11-14, declarando la existencia de cesión ilegal y la nulidad del despido. La sentencia fue revocada por STSJ Galicia de fecha 28-10-15, entendiéndose que no se produjo despido el 10 de marzo de 2014, que el cese se produjo el día 31-8-14 por despido objetivo, que no se puede analizar si existe cesión ilegal hasta que no se determine si existe o no despido, por lo que declara la nulidad parcial de actuaciones. Dichas sentencias constan en autos y se tienen aquí por íntegramente reproducidas.- QUINTO.- La actora no presentó demanda sobre despido por el cese efectuado el día 31-8-14. La Xunta de Galicia había procedido a la readmisión de la actora en ejecución provisional de la sentencia dictada por el JS nº 3-Refuerzo y hasta el día 27-11-15, debido al dictado de la sentencia del TSJ de Galicia. Contra dicho cese se ha interpuesto reclamación previa por la actora.- SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC y se interpuso reclamación previa."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Catalina contra SERVICIOS Y MATERIALES S.A. (Sermasa), GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A, MANTELNOR OUTSOURCING S.L. y ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACION PUBLICA-XUNTA DE GALICIA, absolviendo a los demandados."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Catalina formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las demandadas ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y SERVICIOS Y MATERIALES SA.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18 de octubre de 2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 23 de febrero de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestima la demanda formulada y absuelve a los demandados.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa que se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se estime la demanda en todos sus pedimentos.

**SEGUNDO.-** Con este objeto, sin instar la modificación del relato fáctico de la sentencia y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la parte, en el único motivo del recurso, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto a la tutela judicial efectiva, principio de perpetuatio jurisdictionis, y de la jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre y las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988 y 30 de abril de 1990, argumentando, en síntesis, que los hechos a enjuiciar son los existentes al momento de iniciarse el proceso, esto es, la fecha de presentación de la conciliación o reclamación previa, de modo que la concurrencia posterior de una extinción no enerva la acción ejercitada, por lo que, habiéndose presentado conciliación previa contra la empresa, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha 10 de octubre de 2012, y reclamación previa frente a la EGAP, el mismo día y por el mismo motivo, habiendo presentado demanda el 3 de diciembre de 2012, la posterior resolución del despido denunciado como efectuado el 20 de marzo de 2014, con declaración de inexistencia del mismo, no enerva la acción que en materia de cesión ilegal se había ejercitado.

El juez a quo, tras argumentar porqué entiende que, con base en los hechos declarados probados, concurre la cesión ilegal, pasa a estudiar el problema de la actualidad de interés en el pronunciamiento declarativo, habida cuenta que el cese efectivo en la entidad Sermasa se produjo el 31 de agosto de 2014 y en cese en la Xunta de Galicia incluso con anterioridad, concluyendo que no puede predicarse que la situación de cesión se mantuvo hasta, al menos, el 27 de noviembre de 2015 y que persista en la actualidad por la reclamación interpuesta por la actora contra el cese de noviembre de 2015, y ello hace que la pretensión de la actora no sea actual, ni por ende tutelable su pretensión declarativa, máxime cuando no anuda a su pretensión-suplico de demanda, ninguna reclamación de cantidad o consecuencia económica, por lo que desestima la demanda.



Pues bien, al respecto la jurisprudencia tradicional, de la que son fiel reflejo las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1977 , 21 de diciembre de 1977 , 11 de septiembre de 1986 , 8 de julio de 2003 , 12 de febrero de 2008 y 14 de septiembre de 2009 , ha venido sustentando que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza efectiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente mientras subsista la cesión, de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.

Pero esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada en la sentencia de 7 de mayo de 2010 , afirmar que "el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1ª 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 701), rec. 2117/2005 ) debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC , los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006 ( RJ 2006, 3074), 20 de abril de 2007 ( RJ 2007, 2432), 30 de mayo de 2007 ( RJ 2007, 4973), 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4149).

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevinida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia".

En consecuencia, como el momento a tener en consideración es el de presentación de la demanda en materia de cesión ilegal de mano de obra -2 de diciembre de 2012-, en el que la relación laboral estaba vigente, la actora recurrente tenía interés actual, legítimo y directo para interesar que se declarara la existencia de la cesión ilegal que entendía se producía en dicho momento, ya que, caso de concurrir, tendría unas evidentes consecuencias jurídicas en extremos tales como empleador a la que se encontraba vinculada, tipo de contrato con el que se encontraba vinculada, etc., interés legítimo que no desaparece por el hecho de que en fecha muy posterior se produzca su despido.

**TERCERO.-** Así las cosas, en materia de cesión ilegal de mano de obra, la doctrina judicial inicialmente -ad exemplum sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de quince de julio de mil novecientos noventa y nueve - venía señalando que para que se produjera la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, era preciso que se produjera un negocio meramente interpositorio, al configurarse la contratista como una empresa ficticia y que existe la contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable, pudiéndosele 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 los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleadora. Sin embargo, pronto se modificó el



criterio, señalando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha ocho de octubre de dos mil uno , que se produce la cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando a pesar de tratarse de una empresa real y existente no asume, dirige y controla un sector de actividad desarrollado antes por otra empresa, sino que se limita a suministrar personal, empleándose en exclusividad medios materiales propiedad de la otra empresa.

Por su parte, el Tribunal Supremo señala, entre otras, en sentencia de dieciséis de junio de dos mil tres , que "la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador", pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios ( Sentencia de siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho [RJ 1988\1863]), el ejercicio de los poderes empresariales ( Sentencias de doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho [RJ 1988\6877 ], dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve [RJ 1989 \874 ], diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno [RJ 1991\58 ] y diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro [RJ 1994\352]) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,...). A este último criterio se refiere también la Sentencia de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno que aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y en sentido similar se pronuncia la Sentencia de once de octubre de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\7586), que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».

Pero, como continúa diciendo la Sentencia de catorce de septiembre de dos mil uno (RJ 2002\582), esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la Sentencia de dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (RJ 1989\874) estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la Sentencia de diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro (RJ 1994\352) establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la Sentencia de doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete (RJ 1997\9315). La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las Sentencias de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\5688 ) y quince de noviembre de mil novecientos noventa y tres (RJ 1993\8693), que llegaron a la conclusión de que, aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral ( Sentencias de treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis [RJ 1996\8186 ], diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis [RJ 1996\8666 ] y veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve [RJ 1999\6839]). Hay que hacer también referencia a la Sentencia de diecisiete de diciembre de dos mil uno (RJ 2002\3026), que negó la existencia de cesión de trabajadores en un supuesto en el que los socios trabajadores de una cooperativa prestaban servicios para una empresa alimentaria en los propios locales de ésta, utilizando sus instalaciones y con intervención en el desarrollo de la actividad de los mandos de la principal. Pero, aparte de que la contratista tenía arrendado el local o zona que utilizaba en la principal, es importante subrayar que la sentencia citada considera que con «esos elementos de hecho, podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio»; conclusión que excluye porque «tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios.

Dentro de este marco jurisprudencial y doctrinal debe analizarse lo ocurrido en el presente caso, debiendo esta Sala coincidir con la apreciación del juez a quo de que existe la cesión ilegal de mano de obras -realizada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia y antes de entrar a analizar si subsiste interés actual de la



recurrente-. Y coincidimos con tal apreciación por cuanto si bien todas las empresas para las que la actora ha prestado aparentemente servicios desde el 25 de abril de 2004, de forma sucesiva y sin interrupción (Grupo Clave Consultores S.A., Mantelnor Outsourcing S.L. y Servicios y Materiales S.A.), tienen personalidad jurídica propia y organización empresarial, con medios materiales y humanos dedicados a sus propios fines, ello no obsta para que pueda declararse la existencia de la cesión ilegal, toda vez que la actora, durante la vigencia de las aparentes relaciones laborales, todas ellas derivadas de la suscripción de contratos entre las empresas codemandadas y la Xunta de Galicia, ha prestado servicios en todo momento y hasta el 10 de marzo de 2014, en la sede de la Escola Galega de Administración Pública de Santiago de Compostela, con la antigüedad, categoría profesional y salario que se reseñan en el hecho probado primero de la sentencia, realizando funciones de apoyo y auxilio a la docencia en cursos, jornadas, seminarios y demás actividades realizadas por la EGAP, así como servicios de secretaría en el curso superior de urbanismo; contactaba con agencias de viajes por razón de los cursos a organizar, coordinaba la preparación de las publicaciones, etc., realizando básicamente funciones administrativas; recibía órdenes e instrucciones sobre el trabajo concreto a realizar de la Jefa de Servicio, con independencia de si dichas actuaciones quedaban o no comprendidas dentro del objeto de las contrataciones; cumplía el mismo horario que los funcionarios y laborales de la EGAP, disponía de correo electrónico corporativo, figuraba con nombre y apellidos y teléfono en el directorio de personal adscrito a la EGAP; para el disfrute de sus vacaciones anuales, debía ponerse de acuerdo con los funcionarios o laborales que trabajaban en el mismo servicio, confeccionándose un cuadrante en el que figuraba la actora y los funcionarios y laborales de la EGAP, que era aprobado por la Administración; rendía cuentas a la Jefa de servicio, quien dirigía y supervisaba la prestación de servicios de la demandada, siguiendo, a su vez, instrucciones que recibía de su superior el Secretario de la EGAP; para disfrute de permisos tenía que solicitarlos de la Jefa de Servicio, debiendo quedar debidamente cubierto el trabajo por personal funcionario o laboral que realizaba sus funciones en el servicio; los medios materiales eran proporcionados por la Administración Pública, haciendo uso de ordenador personal, impresora, fotocopidora y fax, de la misma forma que el personal funcionario de la EGAP.

Por ello debe de considerarse que la contratación de la actora, a través de las empresas codemandadas, han sido en cada momento un mero negocio interpositorio que constituye una cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , y la actora, que desde el momento inicial de su contratación ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Xunta de Galicia, que en todo momento ha actuado como su verdadero y real empleador, limitándose las codemandadas Grupo Clave Consultores S.A., Mantelnor Outsourcing S.L. y Servicios y Materiales S.A., a ejercer como empresarios meramente formales, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la recurrente, dejando de ejercer la condición de empresas en su aspectos propios y definitorios, salvo en extremos como altas y bajas en la seguridad social, emisión de hojas de salarios y abono de las retribuciones, que calificarse de instrumentales, pues son necesarios para intentar encubrir la cesión ilegal, de forma externa, por lo que la recurrente debe ser considerada como trabajadora indefinida no fija de la Escola Galega de Administración Pública (Xunta de Galicia), al haber realizado la opción en dicho sentido, debiendo tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial ha señalado que en el caso de que la cesión ilegal se produzca en el seno de una Administración pública, por imperativo de la exigencia constitucional de que el acceso a la función pública se haga respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, previstos en los artículos 14, 23 y 103 de la Constitución Española , el trabajador cedido no puede adquirir la condición de fijo de plantilla sino la de trabajador indefinido no fijo, con las connotaciones que de esta distinción se derivan tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998 , cuya doctrina han continuado las posteriores de 19 de junio de 2002 , 17 de septiembre de 2002 , 19 de noviembre de 2002 , 27 de diciembre de 2002 , 28 de octubre de 2003 , 11 de diciembre de 2003 , 21 de mayo de 2008 y 23 de Abril de 2009 .

En cuanto a la antigüedad, la misma debe fijarse en el 24 de mayo de 2004, pues, tenor de lo dispuesto en el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores , la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal, habiendo concurrido la misma durante los sucesivos e ininterrumpidos periodos de prestación de servicios para las codemandadas, sin que haya habido, en el acto del juicio, oposición a la señala. La categoría laboral debe ser la de administrativa, que no se discute.

En consecuencia, el recurso formulado debe ser estimado y la resolución recurrida revocada.

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación;

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. JESÚS VÁZQUEZ FORNO, en nombre y representación de DÑA. Catalina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos



de los de A Coruña, en fecha quince de enero de dos mil dieciséis, en autos, seguidos a instancia de la RECURRENTE frente a la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA), y las empresas SERVICIOS Y MATERIALES S.A., GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A. y MANTELNOR OUTSOURCING S.L., sobre CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, debemos revocar y revocar la sentencia dictada, estimando la demanda y declarando la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra entre las CODEMANDADAS y la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA), y que la ACTORA RECURRENTE se encuentra vinculada con la ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (XUNTA DE GALICIA) con una relación laboral ordinaria de carácter indefinido no fijo, con antigüedad desde el 24 de mayo de 2004 y categoría profesional de administrativa, de acuerdo con el V Convenio Colectivo del personal al servicio de la Xunta de Galicia a todos los efectos legales, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.