



Roj: **STSJ GAL 7261/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:7261**

Id Cendoj: **15030340012014104214**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2014**

Nº de Recurso: **2426/2014**

Nº de Resolución: **4619/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 32054 44 4 2013 0003358 402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002426 /2014-MFV

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 816/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OURENSE

Recurrente/s: CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA

Abogado/a: LETRADO COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL)

Recurrido/s: ELITE GALLEGA SL, DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE , Edurne

Abogado: JUAN SALGADO REQUEJO-FAX.:988/26/95/20//JOSE E.GALINDO GONZALEZ-FAX.:988/011.444// PABLO GUNTIÑAS FERNÁNDEZ-CC.OO

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS D/Dª

ANTONIO J. GARCIA AMOR

BEATRIZ RAMA INSUA

Mª TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

En A CORUÑA, a treinta de Septiembre de dos mil catorce.

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 NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **2426/2014**, formalizado por la LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA, en nombre y representación de CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, contra la sentencia número 107/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN



GENERAL 816/2013, seguidos a instancia de Edurne frente a CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, ELITE GALLEGA SL, DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D ANTONIO J. GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Edurne presentó demanda contra CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, ELITE GALLEGA SL, DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 107/2014, de fecha seis de Marzo de dos mil catorce .

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

" **1** .- La actora D. Edurne , ha venido prestando servicios como operaria-limpiadora, en el Centro de Hostelería de Villamarín, desde el 16-1-2008, con un salario mensual de 821,31.-€ incluido el prorrateo de las pagas extras, en virtud de los siguientes contratos suscritos con la DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE y la empresa ELITE GALLEGA DE SERVICIOS INTEGRALES DE CONSTRUCCION S.L.: **1**-Con la DIPUTACION PROVINCIAL DE OURENSE: -Del 16-1-2008 al 2-8-2008, en virtud de contrato para obra o servicios, para prestar servicios en el Centro de Villamarín durante el primer semestre 2008. -Del 16-9-2008 al 30-6-2009, en virtud de contrato de obra o servicios para prestar servicios durante el curso escolar. -Del 1-7-2009 al 8-8-2009, en virtud de contrato de obra o servicio para prestar servicios en el campamento de Villamarín 2008. -Del 8-9-2009 al 30-6-2010, en virtud de contrato de obra o servicio para prestar servicios en el curso escolar. -Del 16-9-2010 al 30-6-2011, en virtud de contrato de obra o servicios para prestar servicios durante el curso escolar. -Del 12-9-2011 al 30-6-2012, en virtud de contrato de obra o servicio para prestar sus servicios durante el curso escolar. -Del 16-9-2012 al 30-6-2013, en virtud de contrato de obra o servicios para prestar servicios durante el curso escolar. **2**.-con ELITE GALLEGA SERVICIOS INTEGRALES DE CONSTRUCCIÓN S.L.: -Del 16-9-2013 al 31-10-2013, en virtud de contrato eventual por circunstancias de la producción. Los indicados contratos figuran incorporados a autos, teniendo aquí su integro contenido por reproducido. **2** .-En fecha 28-10-1988, se suscribió un Convenio entre la Diputación Provincial de Ourense y la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria para la creación de un Centro Residencia de F.P. Agraria y Hostelería en Villamarín. La Diputación cedió las instalaciones y aportaba parte de material y otros gastos, así como: "atenderá los gastos que implique la contratación del personal laboral para la realización de las distintas actividades, así como la contratación de un auxiliar administrativo y un subalterno, todo ello el primer año de funcionamiento, a partir del segundo año será responsabilidad de la Consellería". En fecha 26-10-2012 se denunció dicho Convenio, estableciendo como fecha de finalización del mismo el 31-10-2013. **3** .-La Diputación Provincial de Ourense procedió a contratar a "ELITE GALLEGA SERVICIOS INTEGRALES DE CONSTRUCCION S.L." para que se hiciera cargo de la contrata desde el 16-9-2013 fecha de inicio del curso escolar, hasta el 31-10-2013. **4** .-Desde el inicio de la relación laboral la Diputación se limitó a abonar los salarios de la actora hasta el 30-6-2013. Las distribuciones de las tareas diarias, horarios, jornadas, permisos, vacaciones eran impartidas y concedidas por la Dirección y Jefatura del Personal del Centro, dependientes de la Consellería. Los medios materiales son de la Xunta de Galicia. La misma situación se mantuvo, mientras prestó servicios estando de alta en la empresa ELITE GALLEGA. **5** .-En fecha 31-10-2013, se comunicó a la demandante por la empresa ELITE GALLEGA SERVICIOS INTEGRALES DE CONSTRUCCION S.L." la finalización del contrato de trabajo, por terminación del mismo. La plaza fue cubierta por la Consellería mediante contrato de interinidad. **6** .-La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. **7** .-Se agotó la vía previa administrativa".

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

FALLO: "Que estimando la demanda interpuesta por D^a. Edurne contra la empresa ELITE GALLEGA SL, DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE y CONSELLERÍA DE CULTURA XUNTA DE GALICIA, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo el 31-10-2013 y, en consecuencia, condeno conjunta y solidariamente a todos los demandados a que su opción, readmitan a la actora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, cuando se reanude la actividad, o le indemnicen la cantidad de 17.688,25 €, advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por los demandados ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social 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 20/05/2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30/09/2014 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 apreció cesión ilegal de mano de obra y declaró despido improcedente el cese de la trabajadora demandante, con responsabilidad conjunta y solidaria de las codemandadas Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, Diputación Provincial de Ourense y Elite Gallega Servicios Integrales de Construcción SL.

La Consellería citada recurre dicho pronunciamiento. A tal fin, solicita revisar el derecho que aplicó por entender que vulnera los artículos 15.1.a) y 43 del Estatuto de los Trabajadores [ET], ya que no mantiene relación laboral alguna con la trabajadora y no puede ser objeto de análisis una supuesta cesión ilegal entre Xunta y Diputación al haber fenecido dicha situación, de ahí que en otro caso y subsidiariamente, la antigüedad de la demandante sólo podría computarse desde su prestación de servicios para Elite Gallega Servicios Integrales de Construcción SL.

SEGUNDO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

1/ El 28-10-88 Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria y Diputación Provincial de Ourense suscribieron el convenio de creación de un centro-residencia de formación profesional agraria y de hostelería en Vilamarín.

Al efecto, la entidad local cedió instalaciones, suministró parte del material y gastos, atendiendo los derivados de la contratación de personal laboral, personal auxiliar y un subalterno durante el primer año de vigencia, siendo posteriormente responsabilidad del ente autonómico.

2/ La Diputación contrató a Elite Gallega Servicios Integrales de Construcción SL para que se hiciera cargo de la contrata desde el 16-9-2013, inicio del curso escolar.

3/ La demandante trabajó para la Diputación Provincial de Ourense con categoría de operaria/limpiadora en Vilamarín, al amparo de 7 contratos de obra o servicio determinado [el primero, de fecha 16-1-2008; el último, datado el 16-9-2012], y para la sociedad limitada codemandada, con base en un contrato eventual por circunstancias de la producción de 16-9-2013.

4/ La Diputación abonó los salarios de la actora desde el 16-1-2008 hasta el 30-6-2013.

La dirección y jefatura personal del centro, dependientes de la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, distribuían las tareas diariamente y fijaban horarios, jornadas, permisos y vacaciones; los medios materiales era propios de la entidad autonómica.

5/ La situación descrita en el apartado anterior se mantuvo durante la prestación laboral de la trabajadora para Elite Gallega Servicios Integrales de Construcción SL.

6/ El 31-10-2013 la sociedad limitada codemandada notificó a la demandante la finalización del contrato por terminación del mismo.

La Consellería cubrió la plaza mediante un contrato de interinidad.

TERCERO.- I/ La jurisprudencia (TS s. 27-1-2011) indica que la cesión ilegal de mano de obra es apreciable cuando la empresa -cedente- que contrata al trabajador, aún siendo real y no aparente (pues en este último supuesto estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario, por aplicación del artículo 1 ET , y no en el de la cesión de mano de obra de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, es decir, sus medios materiales y organizativos [que es lo que justifica las contrataciones lícitas - art. 42 ET -, no la cesión ilícita de trabajadores - art. 43 ET -], y tampoco ejerce respecto del contratado el poder de dirección y disciplinario, de una manera real y efectiva, sin que el hecho de que la cedente le pague los salarios y le dé de alta en Seguridad Social sea indicativo de que la cesión ilegal no exista, como tampoco es obstáculo para apreciar la cesión ilegal que la cedente contrate también a determinados mandos intermedios, que dan órdenes a los presuntamente cedidos de forma ilegal, pero que reciben [aquéllos] órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, de modo que esos mandos intermedios pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente.



El Tribunal Supremo (s. 17-12-2010) también afirma que la contrata, cuya licitud se reconoce en el artículo 42 ET , se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (s. 7-3-88), el ejercicio de los poderes empresariales (s. 19-1-94) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico [capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva]. Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial; así, la sentencia de 16-2-89 dice que la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta y la sentencia de 19-1-94 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.

En el supuesto debatido, las condiciones laborales de la trabajadora demandante que detalla nuestro fundamento jurídico segundo.4 (hecho probado 4º) llevan a apreciar la cesión ilícita de mano de obra, porque aunque la entidad provincial demandada, con personalidad jurídica propia y autónoma, convino los servicios de aquélla, sin embargo ésta proyectó su prestación profesional para el ente autonómico codemandado, con reiterado consentimiento de éste y en su ámbito ordinario de actuación; así deriva de indubitadas manifestaciones fácticas sobre el particular (ya señaladas) que, en definitiva, residen en la Consellería el ejercicio efectivo de las facultades de dirección/organización del trabajo y, al tiempo, revelan de forma incuestionable, las notas de dependencia y ajenidad que definen la relación laboral común (art. 1 ET) entre la trabajadora y la Administración autonómica.

Por otra parte y frente a lo sugerido, la cesión ilegal es susceptible de resolución en proceso por despido, de forma principal para fijar oportunas responsabilidades empresariales y, por tanto, puede ser objeto de denuncia hasta el momento de presentar en tiempo y forma la demanda.

II/ La jurisprudencia (TS ss. 11-5-2005 25-4-2012) dice que los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado son: a/ Que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa. b/ Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. c/ Que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto. d/ Que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.

En el contexto antes descrito, especialmente representado por la cesión ilegal de mano de obra, también la realización por la demandante de funciones extrañas a la obra/servicio que había propiciado su contratación determina la falta de idoneidad del tipo contractual de que se trata (arts. 15 ET , 6.4 Código Civil) y la consiguiente e inicial calificación del cese litigioso como despido improcedente.

Por otro lado, teniendo en cuenta los requisitos que informan el trabajo indefinido discontinuo, en cuyo ámbito la actividad empresarial es permanente, por períodos temporales o ciclos en cada año, separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, de modo que la prestación de servicios se desempeña únicamente durante aquel período (TS s. 30-11- 2010), frente a los presupuestos ya indicados del contrato para obra o servicio determinado, la jurisprudencia (TS s. 24-4-2012) afirma que esta última modalidad contractual resulta inadecuada por el carácter cíclico de la actividad que constituye su objeto [ahora, servicio de limpieza durante el curso escolar; HP 1º, FD 1º], lo que determina la conversión del cese de la trabajadora demandante de 31-10-2013, basado en la finalización del trabajo (HP 5º, FD 1º), en un despido improcedente.

III/ Antigüedad ha de ser la inicial de prestación de servicios, en cuanto efectuados sin solución de continuidad y concurriendo las circunstancias expuestas en los apartados precedentes que, al tiempo, revelan la denominada unidad de vínculo laboral; en igual sentido, TSJ Galicia ss. 16-4 , 21-5-2010 .



CUARTO.- De acuerdo con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la entidad recurrente ha de abonar los honorarios de letrado de la actora impugnante de la suplicación por importe de seiscientos euros (600 €).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de 6 de marzo de 2014 en autos nº 816/2013, que confirmamos.

Condenamos a la entidad recurrente a abonar los honorarios de letrado de la actora impugnante de la suplicación por importe de seiscientos euros (600 €).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 35 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 35 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 35 **** ++**).

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.