



Roj: **STS 1735/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1735**

Id Cendoj: **28079140012020100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2020**

Nº de Recurso: **4055/2017**

Nº de Resolución: **397/2020**

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

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10682/2017,**
STS 1735/2020,
ATS 2861/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4055/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 397/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 22 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina, interpuestos por D^a. Sandra , representada y asistida por el letrado D. Diego Capel Ramírez y por la empresa Clece, SA, representada y asistida por el letrado D. Francisco Fernández Garrido, contra sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada de 20 de julio de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 604/2017, que desestimó los recursos de suplicación, interpuestos por ambas partes, contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería de 1 de agosto de 2016, en autos de despido 874/2015, confirmada en todos sus términos.

Se han personado como parte recurrida Clece, SA en el recurso interpuesto por la señora Sandra y dicha señora en el interpuesto por la empresa. - El Ayuntamiento de Vicar se ha personado como parte recurrida en ambos recursos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- - 1. - En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D^a. Sandra en reclamación de despido, contra Ayuntamiento de VÍCAR, Clece S.A., y Ministerio Fiscal y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería en fecha 1 de agosto de 2016, en autos 874/15, por la que se desestimó la excepción de caducidad de la acción, se estimó parcialmente la demanda interpuesta y se declaró la improcedencia del despido de que ha sido objeto la actora, condenando a Clece S.A. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se opte por la readmisión en su puesto de trabajo, o bien extinga la relación laboral pero con abono de la indemnización por despido que asciende a la cantidad de 9.761,05 €. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. Y se absolvió al Ayuntamiento de VÍCAR de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

2. - En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"1.- La parte actora, D^a. Sandra, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Clece S.A. dedicada a la actividad de prestación de servicios sociales, en el centro de trabajo sito en el Ayuntamiento de VÍCAR, desde el 7 de octubre de 2009, con la categoría profesional de auxiliar administrativo y percibiendo un salario de 1340,40 € mensuales, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

2.- El Ayuntamiento de VÍCAR, mediante Providencia de la Alcaldía de fecha 23 de febrero de 2009 (folio 67 de autos) acordó proceder a la tramitación de expediente administrativo relativo a la adjudicación de la prestación de los servicios necesarios para llevar a cabo los talleres programados por el área de Cultura y Juventud del Ayuntamiento de VÍCAR, y en fecha 24 de marzo de 2009 se acuerda por la Junta de Gobierno Local aprobar el expediente de contratación por procedimiento negociado sin publicidad de prestación de servicios para la ejecución de los talleres programados por el área de Cultura y Juventud así como los servicios de azafatas y carga y descarga de eventos que se desarrollan desde la citada área, así como solicitar ofertas a distintas empresas del sector para que participen en la contratación citada con el siguiente contenido: 1º) Talleres: manualidades, pintura, danza del vientre, teatro, guitarra, ballet clásico, baile moderno y latino, bailes de salón, animación a la lectura, sevillanas, radio, música, música y movimiento, restauración de muebles, corte y confección, labores y costura, club de lectura, clases de español, monitor de transporte escolar; 2º) Azafatas y carga y descarga; 3º) Coordinador/a de monitores, talleres y eventos culturales, de juventud y deportes.

Por Resolución de la Alcaldía de 1 de abril de 2009 se adjudica el contrato de prestación de los citados servicios a la empresa multiservicios Clece, y las partes (Ayuntamiento de VÍCAR y Clece) suscriben el oportuno contrato (folios 100 y siguientes de autos, cuyo contenido se da por reproducido), con una duración hasta el 30 de junio de 2009.

Por Resolución de la Alcaldía de 29 de junio de 2009 se acuerda prorrogar el contrato de prestación de servicios por un periodo de un año (folios 106 a 108 de autos), y en fecha 3 de julio de 2009 se dicta Resolución por la Alcaldía (folio 110 de autos, cuyo contenido se da por reproducido) indicando que "Vista la necesidad de seguir prestando el citado servicio público y considerando la deficiencia de personal auxiliar administrativo para algunas de las actividades y considerando la inexistencia de plazas en esta Administración Local que puedan cubrir dichas necesidades", se resuelve "Aprobar la ampliación del objeto del contrato de la empresa de multiservicios Clece incluyendo servicios administrativos". Dicha Resolución no implicaba la concesión de subvención ni se acordó importe alguno por hora de servicio.

3.- El contrato entre el Ayuntamiento de VÍCAR y la empresa Clece fue prorrogándose anualmente, constando como última prórroga la acordada por Resolución de la Alcaldía de fecha 2 de diciembre de 2014, por nuevo periodo de un año (folio 122 de autos).

4.- La empresa Clece y la actora suscribieron contrato por obra o servicio determinado en fecha 07/10/2009 y con duración hasta fin de servicio (documento 1 de la demandada Clece). En virtud del mismo la categoría profesional de la actora era de auxiliar administrativo, siendo su nivel de estudios "enseñanzas de grado medio de formación profesional", pactándose una jornada a tiempo completo y estableciéndose en la cláusula sexta que "el contrato de duración determinada se celebra para la realización de la obra o servicio prestar servicios como auxiliar administrativo siempre que persista la subvención dirigida a financiar la gestión de este servicio teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa".

El centro de trabajo era "Servicio de Monitores del Ayuntamiento de VÍCAR" y según la cláusula adicional Octava, "ambas partes acuerdan que la jornada de trabajo establecida en el presente contrato podrá ser aumentada o reducida en función de que el cliente aumente o reduzca las horas concedidas actualmente para la atención de los usuarios del Servicio de Monitores de VÍCAR".



5.- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Vigar de fecha 12 de junio de 2015 se acuerda "rescindir el servicio de auxiliares administrativos con la empresa multiservicios Clece S.A. que surtirá efectos a partir del día 30 de junio de 2015, quedando dicho servicio finalizado a la fecha citada" (documento 4 de Clece).

6.- La empresa Clece S.A. comunica a la actora mediante escrito de fecha 16 de junio de 2015, entregado a la actora en la misma fecha, que "Mediante el presente escrito le comunicamos que el próximo día 30 de junio de 2015 concluirá su contrato de trabajo el cual se inició con fecha 07/10/2009. De acuerdo con lo que se consignó en su contrato de trabajo, a partir del día indicado quedará extinguido el mismo causando baja en la empresa (...)".

Y en fecha 26 de junio de 2015 Clece S.A. entrega a la actora la carta obrante al folio 306 de autos, fechada a 15 de junio de 2015, donde se indica: "Como bien sabe, Ud. formalizó contrato de obra y servicio el 07 de Octubre de 2009 cuya duración abarcaba hasta la finalización del contrato que suscrito por Clece con el Ayuntamiento de Vigar, para la prestación del Servicio de Talleres. Clece recibe notificación el 13 de Junio de 2015 por parte del ayuntamiento, por el que se comunica la finalización del citado servicio el 30 de Junio de 2015. En esta tesitura, la Compañía le informa que el próximo 30 de junio de 2015 finalizará el objeto del contrato para el que UD fue contratada. Así mismo le comunicamos que el próximo día 29 y 30 de Junio la empresa le concede 2 días de libre disposición(...)".

Y por medio de burofax la empresa comunica a la actora que tiene a su disposición el cheque nominativo por el que se le abona el finiquito correspondiente a la extinción de su relación laboral, incluyendo la indemnización correspondiente (documento 6 de la actora).

7.- En la misma fecha que la actora, 16 de Junio de 2015, la empresa Clece S.A. comunicó mediante escrito de idéntico contenido a otros dos trabajadores, Eufrasia y Indalecio, que sus contratos se extinguirían en fecha 30 de Junio de 2015, como así sucedió, constando sus bajas en Seguridad Social en tal fecha (documento 18 de Clece).

Ambos trabajadores realizaban funciones de administrativo en el Ayuntamiento de Vigar, según contratos de obra o servicio celebrados con la empresa Clece. Aunque Eufrasia había suscrito contrato para la realización de funciones de Monitor de animación a la lectura (documento 17 de Clece), las reales funciones que desarrollaba eran de administrativo, y así resulta de los cuestionarios de evaluación y formación del servicio de prevención de riesgos laborales (documentos 8 a 10 de Clece).

8.- Durante la vigencia de la relación laboral entre la actora y la empresa Clece S.A., la demandante ha venido desarrollando su trabajo en el servicio de Intervención del Ayuntamiento de Vigar, realizando las funciones propias de auxiliar administrativo, en concreto encargándose de la entrada y salida de datos en el programa informático de contabilidad, intervención y tesorería, con los soportes técnicos correspondientes.

9.- Para el desarrollo de dicho trabajo la demandante disponía de mesa, silla y ordenador de sobremesa propiedad del Ayuntamiento de Vigar, así como teléfono (siendo su extensión la 204) y le fueron facilitadas por el Ayuntamiento de Vigar las claves personales para el acceso a los soportes técnicos e informáticos.

Las vacaciones de la actora eran coordinadas y aprobadas por la empresa Clece S.A., que igualmente era quien abonaba las nóminas de la actora, constando que ésta hasta en dos ocasiones interesó la modificación del tipo de retención de IRPF (documento 12 de Clece).

Clece proporcionó durante la relación laboral a la actora cursos de formación en prevención de riesgos laborales, cursos de formación y se encargaba de los reconocimientos médicos y vigilancia de la salud.

La actora participó en la mesa de elección de Delegado de Prevención de Clece en fecha 20 de enero de 2011 (documento 13 de Clece) y acudía a las cenas de empresa.

10.- D^a. Micaela, trabajadora de la empresa Clece S.A. y en concreto Coordinadora del Servicio de Talleres del Ayuntamiento de Vigar desde el año 2009, era quien daba órdenes directas a la actora, para lo cual con periodicidad semanal acudía al Ayuntamiento para tratar con la actora y el resto de administrativos dependientes de Clece.

11.- D^a. Palmira, Interventora del Ayuntamiento de Vigar, daba el visto bueno a las comunicaciones de la actora en cuanto a sus vacaciones, tomando así conocimiento de la fecha de las mismas.

12.- Ni en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Vigar ni en el Convenio Colectivo del personal laboral está previsto el puesto de trabajo de técnico contable (expediente administrativo).



13.- No consta que la actora realizara las funciones descritas en el hecho segundo de la demanda, que se dan por reproducidas, ni consta que la actora posea nivel de estudios universitarios o especiales en el ámbito contable y/o administrativo.

14.- La actora no presentó reclamaciones durante la relación laboral ni a la empresa Clece S.A. ni al Ayuntamiento de VÍcar en las que manifestara su disconformidad con su situación laboral ni de otra índole (cuestión no controvertida).

15.- En fecha 9 de julio de 2015 la actora presentó reclamación previa ante el Ayuntamiento de VÍcar (folio 74 de autos), que fue desestimada por resolución de la Alcaldía de 14 de julio de 2015 y notificada en la misma fecha, quedando así agotada la vía administrativa.

En fecha 9 de julio de 2015 la actora interpuso papeleta de conciliación en el CMAC, celebrándose el preceptivo acto en fecha 28 de julio de 2015 con el resultado sin avenencia.

La demanda ejercitando la acción de despido fue presentada en el Juzgado Decano de Almería en fecha 29 de julio de 2015, y tuvo entrada en este Juzgado de lo Social en fecha 7 de agosto de 2015.

16.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno".

SEGUNDO. - 1. - Ambas partes interpusieron recurso de suplicación contra la sentencia citada, que fueron conocidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, quien dictó sentencia el 20 de julio de 2017, en su recurso de suplicación núm. 604/2017.

2. - La citada sentencia estimó el segundo motivo de suplicación, interpuesto por la señora Sandra y añadió al texto del hecho probado noveno lo siguiente: "La última evaluación de la salud de la actora realizada el 26-11-2014 (año anterior al despido) fue realizada por el propio servicio médico del servicio de prevención de riesgos laborales del codemandado Ayuntamiento de VÍcar (Almería), en la que se incluyó a la actora como trabajadora de dicho Ayuntamiento con el identificador: NUM000 , figurando la actora dentro de la identificación de Secretarios, Administrativos y asimilados". - Se admitió también adicionar al hecho probado undécimo el texto siguiente: "La actora a igual que el resto de empleados del Ayuntamiento recibía al final de cada año tarjeta de felicitación del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de VÍcar". - En ambos casos, la Sala accede a la modificación de los hechos probados, "sin perjuicio de la trascendencia que pueda surtir en el resultado del recurso".

3. - En la parte dispositiva de la sentencia se dijo lo siguiente: "Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por Clece S.A. y Sandra contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería, en fecha 1 de agosto de 2016, en Autos núm. 874/15, seguidos a instancia de Sandra , en reclamación de despido, contra Ayuntamiento de VÍcar, Clece S.A., Ayuntamiento de VÍcar y Ministerio Fiscal debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida y condenamos a Clece a la pérdida del depósito especial para recurrir y al abono de los honorarios del letrado de la actora impugnante del recurso en cuantía de 300 euros".

TERCERO. - 1. - La señora Sandra interpone un único motivo de casación unificadora, en el que denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en los arts. 43.1, 2 y 3 ET, en relación con lo establecido en el art. 15.1.a de la misma norma legal, así como la jurisprudencia de la Sala derivada de STS 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014, SSTS 18/05/2016, rcud. 3435/2014, 6/03/2013, rcud. 616/2012 y 19/06/2012, rcud. 2200/2011 y ha aplicado indebidamente lo previsto en el art. 42 ET. - Aporta como sentencia de contraste la STS 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014.

2. - Dicho recurso fue impugnado por la legal representación de Clece, SA y por el letrado D. Fernando Domene Domene, en nombre y representación del Ayuntamiento de VÍcar.

3. - El Ministerio Fiscal interesó en su informe la inadmisión del recurso y su consiguiente desestimación, por cuanto las sentencias comparadas no acreditan la contradicción, exigida por el art. 219.1 LRJS.

CUARTO. - 1. - Clece interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, en cuyo único motivo denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 15.1. a ET, en relación con la D.Tª 1ª ET y en la D. Tª. 1ª del RDL 10/2010, de 10 de junio. - Aporta como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla de 5 de mayo de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 1469/2015.

2. - Dicho recurso fue impugnado únicamente por la legal representación de la señora Sandra .

3. - El Ministerio Fiscal interesó en su informe que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia ofrecida de contraste.



QUINTO. - El 24 de febrero de 2020 se dictó providencia, donde se designa nuevo ponente, por necesidades del servicio, al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín. - Se señala como fecha de votación y fallo el 30 de abril de 2020. De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. - 1. - La señora Sandra interpone un único motivo de casación unificadora, en el que denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en los arts. 43.1, 2 y 3 ET, en relación con lo establecido en el art. 15.1.a de la misma norma legal, así como la jurisprudencia de la Sala derivada de STS 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014, SSTS 18/05/2016, rcud. 3435/2014, 6/03/2013, rcud. 616/2012 y 19/06/2012, rcud. 2200/2011 y ha aplicado indebidamente lo previsto en el art. 42 ET. - Aporta como sentencia de contraste la STS 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014.

2. - El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la señora Sandra, que vamos a resolver en primer lugar, consiste en decidir si fue cedida ilegalmente al Ayuntamiento de Vicar durante la prestación de servicios para la empresa Clece, en cuyo caso el contrato de obra suscrito con Clece se formalizó en fraude de ley, o, por el contrario, no concurrió la denunciada cesión ilegal.

3. - En los hechos probados de la sentencia de instancia, a los efectos aquí interesados, quedó acreditado que el Ayuntamiento de Vicar adjudicó a la empresa Clece, por resolución de la alcaldía de 1 de abril de 2009, una contrata para la realización de unos talleres en el Área de Juventud y Cultura que incluía, entre otros servicios, la ejecución de los talleres programados, la coordinación de monitores, talleres y eventos culturales. - Por resolución de 29 de junio siguiente se amplió dicha contrata a determinados servicios administrativos, habida cuenta de la deficiencia de personal auxiliar administrativo y la inexistencia de plazas en el ayuntamiento. - El 7 de octubre de dicho año la trabajadora fue contratada como auxiliar administrativo por medio de un contrato de obra o servicio suscrito al amparo de dicha contrata. - La contrata se fue prorrogando año a año. - La última prórroga tuvo lugar por resolución de la alcaldía de diciembre de 2014 y por un año. - Por resolución de la alcaldía de 12 de junio de 2015 se acordó rescindir el servicio contratado por Clece con efectos de 30 de junio del mismo año. - Clece comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato el 16 de junio con efectos de 30 de junio. - La trabajadora ha desarrollado su trabajo en el servicio de Intervención del Ayuntamiento de Vicar, realizando las funciones propias de auxiliar administrativo, en concreto encargándose de la entrada y salida de datos en el programa informático de contabilidad, intervención y tesorería, con los soportes técnicos correspondientes, no habiéndose acreditado otras funciones. - Para el desarrollo de dicho trabajo la demandante disponía de mesa, silla y ordenador de sobremesa propiedad del Ayuntamiento de Vicar, así como teléfono (siendo su extensión la 204) y le fueron facilitadas por el Ayuntamiento de Vicar las claves personales para el acceso a los soportes técnicos e informáticos. - Las vacaciones de la actora eran coordinadas y aprobadas por la empresa Clece S.A., que igualmente era quien abonaba las nóminas de la actora, constando que ésta hasta en dos ocasiones interesó la modificación del tipo de retención de IRPF. - Esta empresa proporcionó durante la relación laboral a la actora cursos de formación en prevención de riesgos laborales, cursos de formación y se encargaba de los reconocimientos médicos y vigilancia de la salud. - La actora participó en la mesa de elección de Delegado de Prevención de Clece en fecha 20 de enero de 2011 y acudía a las cenas de empresa. - La Coordinadora de Clece del Servicio de Talleres del Ayuntamiento de Vicar era quien daba órdenes directas a la señora Sandra desde el año 2009 para el desarrollo de sus funciones, para lo cual con periodicidad semanal acudía al Ayuntamiento para tratar con la actora y el resto de administrativos dependientes de Clece. - La Interventora del Ayuntamiento de Vicar, daba el visto bueno a las comunicaciones de la actora en cuanto a sus vacaciones, tomando así conocimiento de la fecha de las mismas. - Ni en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Vicar ni en el Convenio Colectivo del personal laboral está previsto el puesto de trabajo de técnico contable.

La sentencia recurrida admitió como probado que la última evaluación de la salud de la actora fue realizada por el propio servicio médico del servicio de prevención de riesgos laborales del Ayuntamiento, en la que se incluyó a la actora como trabajadora de dicho Ayuntamiento con el identificador: NUM000, figurando la actora dentro de la identificación de Secretarios, Administrativos y asimilados y también que era felicitada por el alcalde en Navidad, al igual que los demás empleados del Ayuntamiento.

4. - La sentencia recurrida descarta la concurrencia de cesión ilegal entre la empresa demandada y el Ayuntamiento porque "...al menos desde un punto de vista formal la contratación temporal de la actora estaba justificada y vinculada a una determinada contrata administrativa; y en relación a las funciones concretas encomendadas a la actora y desarrolladas en cumplimiento del contrato, no consta acreditado que la actora



realizara las superiores funciones que se enumeran en su demanda. No solo no se ha aportado ni acreditado que la actora posea los conocimientos propios de un técnico contable que la capacitaran para el desarrollo de funciones como "amortización de maquinaria, cálculo de intereses, cuadros de amortización de préstamos, análisis contable, interpretación de estados financieros, realización del presupuesto municipal, etc", hasta el punto de que en el contrato suscrito con Clece SA se indica que el nivel de estudios de la demandante es "enseñanzas de grado medio de formación profesional" y nada se acredita en contrario, sino que a mayores de la prueba practicada, con especial atención a la declaración de D^a Inés las funciones que realizaba la Sra. Sandra consistían en la entrada y salida de datos en el programa informático de contabilidad, intervención y tesorería, con los soportes técnicos correspondientes, funciones propias de una auxiliar administrativo. Ciertamente la actora prestaba sus servicios en el Ayuntamiento de Vúcar, en el Área de Intervención, y el Ayuntamiento le proporcionó una mesa, silla, teléfono, ordenador, así como las claves de acceso informáticas para poder operar, pero no es menos cierto que la empresa Clece SA no solo era quien abonaba a la actora sus nóminas y le daba la formación correspondiente, sino además aprobaba las vacaciones de la actora, se encargaba de los reconocimientos médicos y vigilancia de la salud; incluso la actora participó en la mesa de elección de Delegado de Prevención de Clece en fecha 20 de enero de 2011 (documento 13 de Clece) y acudía a las cenas de empresa. Y en el desarrollo de sus funciones la actora recibía las órdenes directas de D^a. Micaela, trabajadora de Clece SA y Coordinadora del Servicio de Talleres del Ayuntamiento de Vúcar desde el año 2009".

En cuanto al alternativo motivo de fraude en la contratación, concluye la sentencia recurrida, "...se basa la esencia del recurso que presuponía que el empresario real es el Ayuntamiento en considerar que el contrato carecía de autonomía y sustantividad, desde el punto y hora que reputaba estructural las tareas administrativas inherentes al área de contabilidad y hacienda en que la actora vino a desempeñar sus actividades, pero al ratificar que se pudo externalizar esa gestión y que no hubo cesión ilegal, debe de rechazarse que de origen el contrato concertado por Clece en el marco de esa contrata era fraudulento, sin perjuicio de lo expuesto más arriba, de donde se deduce que el recurso de la parte actora ha de ser también desestimado. En definitiva, confirmamos el fallo de la sentencia, si bien por distintos argumentos jurídicos y desestimamos ambos recursos".

SEGUNDO. - 1. - La señora Sandra defiende la existencia de cesión ilegal e invoca de contraste la STS 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014. - En dicha sentencia consta que la trabajadora había prestado servicios para diversas empresas contratistas en el departamento de reprografía de la Confederación Hidrográfica del Tajo desde octubre de 2005. - Desde el 17/10/2011 trabajó para la empresa Navalservice SL en la obra denominada "Centralita en la Confederación Hidrográfica del Tajo en Madrid" y planteó, junto con otros compañeros, demanda de cesión ilegal, habiendo presentado la reclamación previa el 31/7/2012. - El 23/10/2012, la CHT comunicó a la última empleadora contratista la terminación de la contrata, procediendo ésta a comunicar a la demandante, en fecha 5/10/2012, la extinción de su contrato de trabajo con efectos también del siguiente día 16 del mismo mes y año. - Navalservice controlaba todos los aspectos relativos a vacaciones, bajas por enfermedad, permisos para ausencias al trabajo y otros análogos de la actora, quien correlativamente se dirigía directamente a la empresa para tratar sobre estos temas laborales. - Cuando la actora estaba de baja, la empresa ponía en su puesto un sustituto para atender al servicio de reprografía. - Navalservice controlaba y supervisaba por medio de tres inspectores (al igual que los demás puestos de la Confederación) el puesto de trabajo de la actora, le entregaban los recibos de salario y la trabajadora les entregaba los justificantes médicos. - La empresa entregó a la trabajadora una bata de color naranja (diferente a la del personal propio de la Confederación) para el desempeño de su trabajo. - Los medios materiales del servicio de reprografía pertenecían a la citada confederación.

2. - La Sala consideró, pese a la indudable complejidad del asunto, que concurría cesión ilegal porque se daban al menos dos de las circunstancias que al efecto contempla el art. 43.2 ET, a saber, por un lado, que el objeto del contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas implicadas no entraña más que una mera puesta a disposición de la actora y, por otro, que no consta que la cedente contara con cualquiera de los medios necesarios (de hecho no consta que contara con ninguno) para desarrollar la actividad, que se realizaba no sólo en exclusiva con los medios materiales de la Confederación sino incluso en sus propios locales, por lo que "...Nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. - La contratista, aunque ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados. - Ni siquiera contraría la anterior conclusión



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

En lo que afecta al fraude en la contratación, la Sala subraya en el apartado cuarto del FD cuarto que "...el cese, pues, aunque improcedente y no ajustado a derecho a causa precisamente de la cesión ilegal, y con las consecuencias que para tal situación prevé expresamente el art. 43.4 ET..." - De este modo, la Sala no entró a considerar la validez del objeto del contrato.

3. - El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". - Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

La Sala, al igual que el Ministerio Fiscal, considera que no concurren aquí las exigencias del art. 219.1 LRJS, aunque en ambos supuestos se trate de contrataciones articuladas en torno a la prestación de servicios de los trabajadores, porque los hechos no tienen la similitud suficiente para considerar la concurrencia de contradicción en los pronunciamientos.

Como es sabido, en los casos de cesión ilegal la Sala ha declarado que no es fácil que pueda producirse la contradicción entre sentencias exigida por el art. 219 LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. A este respecto hay que señalar que "la comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico" (STS 17 de enero de 2007, R. 4039/05, 19 de mayo de 2008, R. 98/07 m 18 de enero 2011, R. 1637/2010, 19 de junio y 11 de julio 2012, R. 2200/11 y 1591/11, 20 de mayo 2015, R. 179/14 y 11 de febrero 2016, R. 98/15, entre otras muchas). - Consiguientemente, en materia de cesión ilegal, donde la concurrencia de indicios es determinante, se hace necesario que se produzca identidad sustancial de las circunstancias en que se desarrolla la prestación de servicios, lo que no sucede aquí, tal y como subraya el Ministerio Fiscal en su informe.

En efecto, en la sentencia recurrida, la demandante comenzó a prestar servicios para Clece, una vez ampliado el objeto inicial de la contrata para la realización de unos talleres, organización de eventos y la coordinación de los mismos a la realización de servicios de auxilio administrativo, habiéndose acreditado que, si bien su actividad se realizaba en los locales del Ayuntamiento y utilizaba los medios materiales proporcionados por éste, su actividad no se encuentra en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento y recibía órdenes directas de la coordinadora de Clece, quien se reunía con los trabajadores todas las semanas a dicho efecto, sin que conste probado, de ningún modo, que fuera el Ayuntamiento quien organizaba su trabajo, puesto que la interventora del Ayuntamiento se limitaba a dar el visto bueno de las vacaciones de la señora Sandra . - Clece era quien organizaba sus vacaciones, retribuía su salario, deducía y modificaba sus retenciones de IRPF, le formaba en prevención de riesgos laborales, le impartía cursos de formación y la actora participó, incluso, en la elección del delegado de prevención de Clece.

Por el contrario, en la sentencia de contraste el objeto de la contrata fue la realización de servicios de reprografía, considerado como un servicio permanente de la CHT, la demandante ha prestado servicios para cuatro empresas diferentes antes de ser contratada finalmente por Navalservice, que se han sucedido en la prestación del mismo y la contratista no pone ningún medio material para efectuar dicho servicio, limitándose a aportar personal, sin desplegar ningún aporte organizativo propio que justifique la contrata, puesto que no consta en qué consiste el control y supervisión realizado por tres inspectores de la contratista.

Así pues, en la sentencia de contraste hay varias contratistas, que se han sucedido en el tiempo, para las que ha prestado servicios la trabajadora en la realización de un servicio permanente de CHT, sin que conste de qué modo se efectuaba el control y supervisión de los trabajadores cedidos a la CHT, mientras que en la sentencia



recurrída las actividades contratadas no se corresponden con una actividad permanente del ayuntamiento, el puesto de trabajo de la actora no está incluido en la RpT del mismo, las partes han suscrito un único contrato de obra y se ha acreditado que Clece impartía directamente las órdenes para la realización de su trabajo. - Finalmente la sentencia recurrida descarta, como adelantamos más arriba, que el contrato de obra se celebrara en fraude de ley, aunque declara la improcedencia del despido, porque su duración superó los tres años, cuando el contrato se había convertido en indefinido, mientras que la sentencia de contraste declara fraudulento el contrato como consecuencia de la cesión ilegal a la que se sometió a la trabajadora.

4. - Las consideraciones expuestas, y los razonamientos precedentes, nos llevan a declarar -de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal- que entre las sentencias sometidas a comparación no media la exigible contradicción. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo) (STS 19-07-2018, rcud. 1521/2016).

TERCERO. - 1. - El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Clece, consiste en determinar si los contratos de trabajo de obra o servicio determinado, suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio, deben regirse por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron o, por el contrario, debe aplicárseles el art. 15.1.a ET.

2. - A los efectos, aquí interesados, la sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, porque el contrato de la demandante se extinguió antes de la fecha convenida. - Por el contrario, la sentencia recurrida mantuvo la improcedencia del despido por otras razones, en concreto, porque, si bien el único contrato, suscrito por la actora, formalmente temporal para obra o servicio determinado, "... es lo cierto que la duración del mismo excedió con creces de los tres años, por lo que la actora devino en la condición de trabajadora fija de la empresa Clece, ex art 15, 1º a del ET como derecho irrenunciable ex art 3 , 5º del ET y la posterior pérdida de la contrata por resolución del Ayuntamiento lo que habilita es a la empleadora para extinguir el contrato por el cauce de las causas objetivas del art 52, c del ET en relación al art 51, 1º, y con las formalidades del art 53 del mismo texto legal , pero no habilitaba a extinguir el contrato como se hizo cual si de un contrato temporal se tratase, por finalización del tiempo pactado de duración del objeto de la contrata y con una indemnización claramente inferior a los 20 días por año de servicio a los que tendría derecho como se deduce del folio 310, lo que determina que se mantenga la calificación de despido improcedente, si bien por otras argumentaciones".

3. - El recurso de la empresa, centrado en la legalidad del contrato por obra o servicio determinado concertado con la trabajadora, invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 5 de mayo de 2016, rec. 1469/2015. - En dicha sentencia se tuvo por probado que el demandante había suscrito un contrato de obra o servicio con Clece en el marco de la contrata de 23 de marzo de 2009, en el que se subrogó Aldeasa Servicios y Mantenimiento el 1/07/2011 y, ante la terminación de la misma, se le comunicó la baja con dicha mercantil y la continuación de la prestación con la contratista sucesora a partir del 1 de julio de 2011. - Posteriormente, ante una nueva sucesión de contratas, se le comunica que la nueva adjudicataria es nuevamente Clece, quien le notifica el 1 de julio de 2013 que no será subrogado.

La sentencia de contraste descarta que el contrato de trabajo del demandante haya devenido fijo por aplicación del art. 15.1.a ET, para lo cual subraya que, "... Una exposición ordenada de los elementos del debate precisa partir del otorgamiento por el actor de un solo contrato para obra o servicio determinado en fecha 23 de marzo de 2009, cuyo objeto contractual venía determinado por la gestión administrativa del contrato (concertado con Endesa) para el mantenimiento de las oficinas, y cuya duración había de prolongarse hasta el fin del servicio. Lo que venía a ser acorde con lo dispuesto en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores /95 al tiempo de su otorgamiento, cuando determinaba que la duración de estos contratos, aunque limitada en el tiempo, podría ser en principio de duración incierta. Bien es cierto que ello fue modificado a virtud de la reforma que entró en vigor el 18 de junio de 2010, operada por el Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, que vino a determinar que tales contratos no podrían tener duración superior a 3 años ampliables hasta 12 meses por Convenio Colectivo y que transcurridos dichos plazos, el trabajador adquiriría carácter de fijo en la empresa. Dicha redacción fue mantenida por la Ley de Reforma Laboral 35/2010 de 17 de septiembre que derogó al anterior, persistiendo a la fecha del cese producido, mientras que la Disposición Transitoria Primera de ambas disposiciones legales señalaba la aplicación de la nueva normativa a los contratos otorgados a partir de la fecha de su entrada en vigor, manteniéndose respecto de los contratos otorgados con anterioridad, la aplicación de la normativa legal y convencional vigente al momento de su otorgamiento". - A continuación, declara válidamente extinguido el contrato de obra o servicio del demandante con derecho únicamente a la indemnización de 8 días por año, prevista en el art. 49.1.c ET.

4. - La Sala, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, considera que concurren aquí las exigencias del art. 219.1 LRJS, puesto que en la sentencia recurrida se aplica, a un contrato de obra suscrito el 1 de abril de 2009,



cuya duración supero los tres años, las previsiones del art. 15.1.a ET, establecidas por el RDL 10/2010, que entró en vigor el 18 de junio de 2010 y ratificadas por la Ley 35/2010, de 27 de diciembre, entendiéndose, por tanto, que la relación laboral de la demandante había devenido fija en el momento de la extinción, mientras que en la sentencia de contraste se considera que no es aplicable dicho precepto a un contrato de obra o servicio suscrito el 23 de marzo de 2009, que también supero los tres años de duración, de conformidad con lo dispuesto en la D.Tª 1ª del RDL 10/2010 y la D.Tª 1ª de la Ley 35/2010.

CUARTO. - 1. - Clece denuncia en su único motivo de casación, que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 15.1. a ET, en relación con la D.Tª 1ª ET y en la D. Tª. 1ª del RDL 10/2010, de 10 de junio. - Aporta como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla de 5 de mayo de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 1469/2015.

2. - La representación legal de la señora Sandra se opuso al recurso, insistiendo en que el contrato de obra o servicio, suscrito con Clece, se formalizó en fraude de ley, por cuando su única finalidad fue dar cobertura a la cesión ilegal, producida entre Clece y el ayuntamiento demandado.

3. - El Ayuntamiento de Vicar, quien se había personado como parte recurrida en el recurso de Clece, no lo impugnó en el tiempo concedido.

4. - El Ministerio Fiscal interesó en su informe la procedencia del recurso, por cuanto la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste.

QUINTO. - La Sala, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, considera que la doctrina correcta corresponde a la sentencia de contraste, toda vez que el debate planteado se limita a determinar si es aplicable a los contratos de obra o servicio determinado, suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio, su novación como fijos de empresa, cuando su duración ha superado tres años, ampliables a 12 meses más por convenio sectorial estatal o de ámbito inferior, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.1.a ET.

En efecto, la Sala en STS 27 de abril de 2018, rcud. 3926/2015, ha examinado la validez de un contrato para obra o servicio celebrado antes de la modificación operada en el ET para topar la duración máxima de los contratos para obra o servicio y argumenta su inaplicabilidad a los preexistentes:

"No resulta de aplicación en el caso la limitación de la duración máxima del contrato para obra o servicios determinados de tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, restricción temporal que fue introducida por el art. 1 del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, porque su entrada en vigor se produjo el 18 de junio de 2010, al día siguiente de su publicación en el BOE de 17 de junio, tal y como se dice en la Disp. Final 8ª.1, y la Disp. transitoria primera de esa norma según la que "Los contratos por obra o servicio determinados concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron. Lo previsto en la redacción dada por este real decreto-ley al artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos por obra o servicio determinados suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél", de manera que si el contrato para obra o servicio determinados que analizamos se firmó el día 12 de junio de 2010, la norma en cuestión aún no se encontraba vigente ni podía en consecuencia ser aplicable con arreglo a la disposición de transitoriedad transcrita".

Dicho criterio se ha mantenido en STS 19 de julio 2018, rcud. 823/2017, así como en STS 26 de marzo 2019, rcud. 2432/2017 y 16 de enero 2020, rcud. 2122/2018.

Consiguientemente, acreditado que la señora Sandra suscribió contrato de obra o servicio determinado con la empresa Clece el 7/10/2009, cuando no había entrado en vigor el RDL 10/2010, lo que se produjo el 18 de junio de 2010, dicho contrato debe regirse por la normativa vigente con anterioridad, que no contemplaba la novación en fijo de empresa de este tipo de contrato, aunque su duración superara los plazos ya indicados, de conformidad con lo dispuesto en la D.Tª 1ª RDL 1/2010, reproducida por la D.Tª 1ª de la Ley 35/2010 y en la D.Tª. 1ª ET.

Como advertimos más arriba, la sentencia recurrida descartó la improcedencia del despido porque el contrato se extinguió antes de la finalización de la contrata, como había mantenido la sentencia de instancia y descartó también que el contrato de obra se hubiera suscrito en fraude de ley con base a la concurrencia de cesión ilegal entre la empresa y el Ayuntamiento, que fue la tesis defendida por la señora Sandra, pero declaró la improcedencia del despido, con base a lo dispuesto en el art. 15.1.a ET en la versión dada por el art. 1 del RDL 10/2010, aunque dicha norma no era aplicable al contrato controvertido, puesto que se había celebrado con anterioridad a su entrada en vigor. - Procede, por dichas razones, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación, interpuesto por la mercantil Clece, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el recurso de suplicación, interpuesto por Clece



contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería de 1 de agosto de 2016, en Autos 874/16, en el sentido de desestimar parcialmente la demanda por despido, interpuesta por la demandante, declarar válidamente extinguido su contrato de trabajo con derecho a una indemnización de 8 días de servicio por año trabajado y absolver a la empresa demandada del resto de pretensiones de la demanda. - Decretamos la devolución del depósito y la consignación a la empresa recurrente. - Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la legal representación de D^a. Sandra contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 20 de julio de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 604/2017.

2.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la legal representación de la empresa Clece, SA contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de 20 de julio de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 604/2017.

3.- Casar y anular la sentencia citada y resolviendo el debate en suplicación en el sentido de estimar parcialmente el recurso de suplicación, interpuesto por la empresa Clece, SA contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería de 1 de agosto de 2016 en Autos 874/2015, desestimamos la demanda por despido, interpuesta por D^a Sandra y declaramos válidamente extinguido el contrato de obra o servicio determinado suscrito con las partes con derecho a una indemnización de 8 días por año de servicio, absolviendo a la empresa de los demás pedimentos de la demanda.

4.- Se decreta la devolución del depósito y consignación a la empresa Clece, SA. - Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.