



Roj: **STSJ GAL 5084/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:5084**

Id Cendoj: **15030340012015103346**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **963/2014**

Nº de Resolución: **3571/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5084/2015,**  
**STS 3583/2017**

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

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939 **Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2010 0005078 402250

**RECURSO SUPPLICACION 0000963 /2014 PM**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000945 /2010

Sobre: CESION ILEGAL

**DEMANDANTE/S D/ña** CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**ABOGADO/A:** UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA

**PROCURADOR:** MARIA FARA AGUIAR BOUDIN

**DEMANDADO/S D/ña:** TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. -SDAD. UNIPERSONAL- (TRAGSATEC),  
Gloria , TRAGSA (EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA SA)

**ABOGADO/A:** SONIA PEREZ CERECEDO, ANTONIA RODRIGUEZ LOPEZ

**Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE**

**PRESIDENTE DE LA SALA**

**ILMO/AS. SR/AS.**

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a doce de Junio de dos mil quince.

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 SUPPLICACION **963/2014**, formalizado por la CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE y UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 945/2010, seguidos a instancia de Gloria frente a TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. -SDAD. UNIPERSONAL- (TRAGSATEC), CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, TRAGSA (EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA SA), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Gloria presentó demanda contra TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. -SDAD. UNIPERSONAL- (TRAGSATEC), CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, TRAGSA (EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA SA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiocho de Junio de dos mil trece .

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

**Primero** .- La parte actora ha concertado los siguientes contratos por obra o servicio a tiempo completo: Con la Universidade de Santiago de Compostela, de fecha 11/03/02, para la prestación de servicios como Licenciada en Farmacia, teniendo por objeto la realización de obra o servicio consistente en "realización das tarefas de posta a punto da metodoloxía analítica baseada na técnica de espectrometría no proxecto de desenvolvemento da rede de auga de chuvia para a caracterización da deposición húmida de Galicia". Dicha relación laboral se dio por extinguida el 10/03/2003. 2.- Con la Universidad de Santiago de Compostela de 11 de abril de 2003, para la prestación de servicios como Licenciada en Farmacia, en la realización de obra o servicio consistente en "realizar traballos de posta apunto da metodoloxía analítica baseada na técnica de espectrometría no proxecto de desenvolvemento da rede de auga de chuvia para a caracterización da deposición húmida de Galicia". Dicha relación laboral se dio por extinguida el 31/12/04. 3.- Con la empresa TRAGSA, de 12/04/05, para la prestación de servicios como Titulado Superior, teniendo por objeto "A.T. realización seguimento e control acción aplicación Lexi LEXI anualidad 2005". La relación se dio por extinguida el día 31/12/05. 4.- Con la empresa TRAGSA, de 2/01/06, para la prestación de servicios como Titulado Superior teniendo por objeto "Asistencia Técnica para control, arquivo e seguimento de expedientes de avaliacion e impacto ambiental da Dirección Xeral de Calidades e Avaliación ambiental, anualidad 2006". Dicha relación se dio por extinguida el día 31/12/06. 5.- Con la empresa Tragsa, de 2/01/2007 para la prestación de servicios como titulado Superior, teniendo por objeto la asistencia técnica para o desenvolvemento e análise de técnicas para o control da calidades do aire". Dicho contrato se dio por finalizado el día 31/12/08. 6.- Con Tragsatec, de 1/01/09, para la prestación de servicios como Licenciado en Farmacia Titulado de Grado Superior, teniendo por objeto "encomenda de xestión para o desenvolvemento e análise de técnicas para o control da calidades do aire por encargo da Conselleria de Medio Ambiente e Desarrollo Sostible da Xunta de Galicia". Se dan aquí por reproducidos los contratos de trabajo y vida laboral cuya copia obra en autos.

**Segundo** .- La Xunta de Galicia-Conselleria de Medio Ambiente y la Universidad de Santiago de Compostela concertaron el 10 de mayo de 2001 y 17 de febrero de 2003 sendos Convenios para "desenvolvemento da rede de auga e chuvia para a caracterización de deposición húmida de Galicia". Su contenido -doc. 6 y 7 del ramo USC-, se da por reproducido. La Conselleria de Medio Ambiente encomendó a Tragsa, y posteriormente Tragsatec, sociedades públicas, los encargos de Asistencia Técnica de los años 2005, 2006, 2007 y 2008, 2009 y 2010, 2011 y 2012 cuyo contenido y condiciones consta en el ramo de documental de la Xunta de Galicia, doc. 5 y 7 ramo USC, y 35 y ss ramo Tragsa/Tragsatec, y se dan por reproducidos.por,su extensión. **Tercero** .- Durante el periodo de vigencia de los contratos relacionados, hasta la presentación de la demanda, la actora ha prestado servicios en el Laboratorio de Medio Ambiente de Galicia (LMAG), dependiente de la Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental de la Conselleria de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras, en el que también prestan servicios personal laboral y funcionario de la Xunta de Galicia. Las tareas desempeñadas por la actora, sin variación sustancial en el periodo indicado, son propias de técnico superior farmacéutico, y abarcan las enumeradas en el hecho tercero, aptdo. A) de la demanda que, por su extensión, se da por reproducido. Exceden, en su conjunto, de las definidas en los contratos de trabajo celebrados. La actora desempeña tales tareas bajo la dirección, supervisión y control del correspondiente Director del Laboratorio de Medio Ambiente de Galicia, de quien recibe órdenes directas al respecto. Sus funciones son las mismas que las de otros trabajadores del Laboratorio con la condición de personal laboral de la Xunta de Galicia. La actora, a su vez, da instrucciones y supervisa la labor de otros trabajadores jerárquicamente inferiores del Laboratorio,



algunos de ellos con la condición de personal funcionario o laboral de la Xunta. El horario de trabajo coincide con el del restante personal del Laboratorio, sin perjuicio de que en tiempos recientes, próximos a la celebración a la vista oral, por Tragsatec se comunicó a la actora que tendría que acudir dos tardes a la semana. Los medios materiales utilizados en el desempeño de sus tareas, en cuanto a dependencias y mobiliario, equipos de análisis, material de oficina y sistemas informáticos, son los propios del Laboratorio y los proporciona la Xunta de Galicia. Tragsa y Tragsatec proporcionan a la demandante equipos individuales como bata, botas o anorak. Los desplazamientos de la demandante necesarios para el desempeño de sus funciones los organiza el Laboratorio y se efectúan de ordinario en vehículo oficial, sin perjuicio de que Tragsa y Tragsatec asuman gastos de desplazamiento y dietas. La actora comunicaba a Tragsa y Tragsatec, que autorizaba, vacaciones, licencias y permisos. También remitía a dichas sociedades periódicamente partes de asistencia diarios. Por la Dirección del Laboratorio se coordinaban permisos y vacaciones, con el resto del personal del Laboratorio, dando el Visto Bueno, al menos hasta el comienzo de la asunción en septiembre de 2010 de la Dirección por Dña. Ana . Por la Dirección de Laboratorio se sugieren a Tragsatec las actividades de formación que debe realizar la actora. La actora ha realizado las actividades de formación para el desempeño de sus funciones facilitadas por la Xunta de Galicia que se corresponden con las certificaciones que obran en la documental nº 21 de su ramo de prueba. Eventualmente, se producían reuniones del personal de Tragsatec con el Sr. Alejo , representante de la empresa. Las empresas Tragsa y Tragsatec confeccionaban nóminas y gestionaban asimismo las obligaciones relativas a Seguridad Social. Las citadas empresas proporcionaron a la demandante las instrucciones que obran en los docs. 222, 223 y 224 del ramo de prueba de Tragsa/Tragsatec, que se dan por reproducidas. **Cuarto** .- Se celebró acto conciliatorio sin avenencia ante el SMAC y se agotó la vía administrativa previa.

**TERCERO**.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO íntegramente la demanda presentada por Dña. Gloria frente a Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), Universidad de Santiago de Compostela y Xunta de Galicia (Consellería de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras), DECLARANDO la existencia de una situación de cesión ilegal de trabajadores que afecta a la actora, y CONDENANDO a las demandadas a reconocer a la demandante la condición de personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia en la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, con la categoría de Técnico Superior Licenciada en Farmacia que pertenece al Grupo I del V Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia desde el 11 de marzo de 2002 y con el reconocimiento de dichos servicios a los efectos de trienios devengados y los demás derechos y consecuencias inherentes a dicha declaración.

**CUARTO**.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandado, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por la actora frente a Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), Universidad de Santiago de Compostela y Xunta de Galicia (Consellería de Medio Ambiente Territorio e Infraestructuras), declarando la existencia de una situación de cesión ilegal de trabajadores, y condenando a las demandadas a reconocer a la demandante la condición de personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia en la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, con la categoría de Técnico Superior Licenciada en Farmacia que pertenece al Grupo I del V Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia, con una antigüedad desde el 11 de marzo de 2002 y con el reconocimiento de dichos servicios a los efectos de trienios devengados y los demás derechos y consecuencias inherentes a dicha declaración.

Esta decisión es impugnada por las representaciones letradas de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), que no cuestiona la relación de hechos probados, y por la Xunta de Galicia, cuya representación procesal articula un primer motivo de recurso, amparado en el art 193,b de la LRJS destinado a la revisión del relato fáctico, interesando las siguientes modificaciones:

\* En primer lugar, solicita que se incorpore un último párrafo al hecho probado primero, que diga: "*A demandante formulou a sua solicitude de emprego dirixida a TRAGSA, sendo seleccionada por dita empresa tras un proceso de selección*".

\*En segundo lugar, en el hecho probado tercero, párrafo cuarto, cando dice: "el horario de trabajo coincide con el del restante personal del laboratorio...", debe decir: "*el horario de trabajo que hacía habitualmente la actora era de 8 a 3 de la tarde, salvo algunos días de 8.30 a 14.30 o cuando realizaba salidas fuera del laboratorio*".



\*Seguidamente en el hecho probado tercero; párrafo sexto; donde dice; "los desplazamientos de la demandante necesarios para el desempeño de sus funciones los organiza el Laboratorio y se efectúan de ordinario en vehículo oficial, sin perjuicio de que TRAGSA y TRAGSATEC asuman gastos de desplazamiento y dietas...", solicitando que se sustituya por lo siguiente: "Los desplazamientos de la demandante necesarios para el desempeño de sus funciones se efectuaban asiduamente en vehículo propio, girando la demandante a TRAGSA y TRAGSATEC los correspondientes partes de desplazamiento en vehículo propio y dietas".

\*En los párrafos siete e ocho del mismo hecho probado tercero, que cita la realización de actividades de formación por la actora, se pretende que diga que dichas actividades debían ser autorizadas por la empresa, interesando que el párrafo octavo del referido hecho probado tercero, quede con el siguiente contenido: "..... En todo caso, las actividades de formación quedaban supeditadas a la definitiva autorización o aprobación de la mercantil empresaria".

\*Por último, se interesa por esta recurrente que se suprima el hecho probado tercero, párrafo tercero, sobre la identidad de la persona que repartía las órdenes y control del trabajo de la actora, por resultar predeterminante del fallo.

Para que proceda la modificación de hechos probados, al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder. b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio. c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción. d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

Con base en esta doctrina no procede acceder a ninguna de las pretendidas modificaciones del relato fáctico de la sentencia recurrida. Así, en cuanto a la adición al hecho probado primero, porque según constante jurisprudencia, debe darse el requisito de la necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación, como así ocurre en el presente caso, en que el hecho de que la actora haya sido o no contratada tras un proceso de selección, es algo irrelevante para la decisión del litigio.

En cuanto a la modificación del hecho probado tercero, párrafo cuarto, referido al horario de trabajo de la demandante, tampoco la acogemos porque la prueba que se cita aparece contradicha por otra documental, además, se invocan en apoyo de la revisión folios 960 a 1042 de los autos, y la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003\3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002\4362), con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica.

Tampoco debe accederse a la modificación del ordinal tercero, en sus párrafos sexto, séptimo y octavo, pues la materia de los desplazamientos y las actividades de formación realizadas por la actora, no son cuestiones decisivas y relevantes para alterar el signo del fallo.

Si lo sería, y mucho, la supresión que se pretende del párrafo tercero, del referido hecho probado tercero, pero la Sala no accede a la supresión interesada, por haber sido obtenido el mencionado hecho de la libre valoración de la prueba efectuada por el Magistrado de instancia, sin que pueda considerarse predeterminante del fallo, pues como reiteradamente tiene proclamado el Tribunal Supremo entre otras sentencias las de 11 de junio y 19 de septiembre de 1985 y 22 de julio de 1987, por concepto jurídico predeterminante del fallo han de entenderse aquellas palabras o expresiones que por estar dentro del ámbito de la técnica Jurídico-Laboral, son necesarios para su comprensión especiales conocimientos de derecho, sin que puedan considerarse como tales las frases o particulares que no incorporan una noción jurídica sino un dato de hecho. En el presente caso, entendemos que el texto reprochado en sí mismo y dentro del contexto de las frases en las que se encuentran incluidas, se trata de datos fácticos, que no incorporan una noción jurídica, ello con independencia de la influencia que tengan a la hora de decidir sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

**SEGUNDO** .- El recurso la Xunta de Galicia (Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras), contiene un segundo motivo de Suplicación amparado en el apartado c) del art. 193 LRJS, denunciando la infracción del art. 43.2 del ET, así como indebida aplicación de la sentencia que cita, alegando, en síntesis,



que los indicios apreciados por el juzgador de instancia para determinar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, no tienen entidad suficiente para llegar a tal conclusión, con cita de la Sentencia de la Sala de 15 de mayo de 2006 -que transcribe parcialmente-, y la de 11 de abril de 2008.

Partiendo de los inalterados hechos probados, el objeto de este motivo del recurso de la Xunta de Galicia, tiene por objeto resolver -como antes dijimos- si en el presente asunto ha existido o no cesión ilegal por parte de las codemandadas USC, primero, y luego, Tragsa Tragateg o si, realmente, nos encontramos ante una simple contrata celebrada entre ambas empresas y la Xunta de Galicia. Y la respuesta que ha de darse a dicha cuestión debe ser de contenido semejante al que sostiene la sentencia recurrida, al concurrir los requisitos legalmente exigidos para la apreciación de la cesión ilegal. Al respecto, procede hacer las siguientes consideraciones:

1.- La doctrina jurisprudencial ( STS/IV de 17 enero 2001 , RJ 2002\3755) y de suplicación ( SSTSJ de Galicia de 30 enero 2004 , AS 2004\634, 16 marzo 2004, AS 2004\1802 y 20 marzo 2007, rec. nº 6353/06 ) ha venido señalando que lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta no tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo han reconocido las STS/IV de 21 marzo 1997 (RJ 1997\2612 ) y 3 marzo 2000 (RJ 2000\1601) (rec. 14430/1999 ) que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios.

2.- También las sentencias del TS/IV de 14 septiembre 2001 (RJ 2002\582), 24 septiembre 2001, 17 enero 2002 (RJ 20029755), 16 junio 2003 (RJ 2003\7092), 14 de marzo de 2006 ( Recurso 66/2005), y la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2007 (Recurso 6353/06), señalan que «el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce *en relación con las contratas*, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo 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 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: 1.- la justificación técnica de la contrata, 2.- la autonomía de su objeto, 3.- la aportación de medios de producción propios ( sentencia de 7-III-1988 [RJ 1988\1863]); 4.- el ejercicio de los poderes empresariales ( sentencias de 12-IX-1988 [RJ 1988\6877 ], 16-II-1989 [RJ 1989\874 ], 17-1-1991 [RJ 1991\58] y 19-I-1994 [RJ 1994\352]) y 5.- 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 citada sentencia de 17-1-1991 cuando 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 11-10-1993 (RJ 1993\7586) que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».



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, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-2-1989 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 19-1-1994 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 12-12-1997 (RJ 1997\9315) (rec. 1281/1997).

Por ello, la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios *ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo* [ STS 11/07/86 Ar. 4026 ; 17/07/93 Ar. 5688 LGS ; 11/10/93 Ar. 7586 ; 18/03/94 Ar. 2548 ; 12/12/97 Ar. 9325], *debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita* [ STS 12/09/88 Ar. 6875 ; 19/01/94 Ar. 352]. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET , mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del ET . Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas ( STS 30/05/02 Ar. 7567). Éste creemos que es el rasgo, que, complementado por los anteriores indicios, permite diferenciar las dos figuras en juego: el trabajador pertenecerá a la empresa en cuya esfera organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado.

**3.-** Y en aplicación de los anteriores criterios doctrinales y jurisprudenciales al caso enjuiciado, y de acuerdo con los hechos declarados probados y con lo que se expresa en la fundamentación jurídica con valor de declaración fáctica, la cesión ilegal de mano de obra resulta apreciable. En efecto: **A)** Para la realización de sus funciones, se declara probado que los medios materiales utilizados por la trabajadora demandante en el desempeño de sus tareas, en cuanto a dependencias y mobiliario, equipos de análisis, material de oficina y sistemas informáticos, son los propios del Laboratorio y los proporciona la Xunta de Galicia, añadiendo que Tragsa y Tragsatec únicamente proporcionaban a la demandante equipos individuales como bata, botas o anorak. **B)** En cuanto a las órdenes de trabajo impartidas y control del mismo, también se declara probado que no existieron órdenes por parte de Tragsa y Tragsatec, relativas a la organización y dirección del trabajo que desempeñaba la actora, sino que la demandante desempeña tales tareas bajo *la dirección, supervisión y control del correspondiente Director del Laboratorio de Medio Ambiente de Galicia, de quien recibe órdenes directas al respecto* . Y se añade en el hecho probado tercero, que sus funciones era las mismas que las de otros trabajadores del Laboratorio con la condición de personal laboral de la Xunta de Galicia. **C)** Consta también que el horario de trabajo de la demandante coincidía con el del restante personal del Laboratorio, sin perjuicio de que en tiempos recientes, próximos a la celebración a la vista oral, por Tragsatec se comunicó a la actora que tendría que acudir dos tardes a la semana. Asimismo, los desplazamientos de la demandante necesarios para el desempeño de sus funciones los organiza el Laboratorio y se efectúan de ordinario en vehículo oficial, sin perjuicio de que Tragsa y Tragsatec asuman gastos de desplazamiento y dietas . **D)** En cuanto a las vacaciones, permisos y similares, se declara probado que la actora las comunicaba a Tragsa y Tragsatec, que autorizaba, vacaciones, licencias y permisos. También remitía a dichas sociedades periódicamente partes de asistencia diarios. Por la Dirección del Laboratorio se coordinaban permisos y vacaciones, con el resto del personal del Laboratorio, dando el Visto Bueno

De todo ello se desprende, a la vista de lo que resulta probado, que debe calificarse las contrataciones entre las codemandadas, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por *cuanto la trabajadora demandante ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Xunta de Galicia, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora* ( STS de 17 enero 1991 y STSJ de Andalucía - Sevilla de 12 diciembre 2002 , AS 2003\1294), limitándose TRAGSA y Tragsatec en los últimos años de su contratación a ejercer como empresarios meramente formales, *al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la actora , dejando de ejercer la condición de empresas en su aspectos propios y definitorios* , constituyendo, consecuentemente, las contrataciones un *fenómeno interpositorio* en que los contratos resultan meros instrumentos al efecto, al depender la trabajadora demandantes siempre de las órdenes e instrucciones de la Xunta de Galicia.



**TERCERO** .- La demandada Xunta de Galicia, articula un segundo motivo de censura jurídica, denunciando la infracción del art. 43.4 del ET , en cuanto a la determinación de la antigüedad de la trabajadora, alegándose que la unidad del vínculo se entiende rota cuando entre los contratos temporales existe un interrupción superior a tres meses, como sucede en el presente caso.

Por su parte la Universidad de Santiago de Compostela (USC), articula un único motivo de Suplicación amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS , denunciando también la infracción del art. 43.4 del ET , y la del art.59.3 del mismo Estatuto.

Dada la conexión existencia entre este motivo del recurso de la Xunta de Galicia, y el motivo único del recurso de la USC, procede el examen conjunto de los mismos, pues la censura jurídica que se denuncia en ambos motivos se concreta fundamentalmente en resolver cual ha de ser la antigüedad de la trabajadora.

Acogemos esta censura jurídica, no siendo correcta la determinación de la antigüedad que fija la Sentencia recurrida. Ciertamente los efectos del art. 43 del ET , en el caso de cesión ilegal, se producen "ex tunc", desde el inicio del trabajo en la empresa cedente, por lo que, en principio, la regla es que el trabajador cedido tiene derecho a un antigüedad desde la fecha de la cesión.

Ahora bien, en el presente caso no podemos considerar que la cesión ilegal se inicia en la fecha postulada por la parte recurrente, el 11 de marzo de 2002, cuando se inicia la relación laboral para la demandada USC, pues dicha relación laboral finalizó el 31 de diciembre de 2004, y la actora no impugnó esta decisión extintiva, y no es hasta el **12 de abril de 2005** , esto es, cuando había transcurrido tres meses y medio, cuando la actora inicia una nueva relación primero con TRAGSA y luego con TRAGSATEC, por tanto esta debe ser la fecha correcta a efectos de determinar la antigüedad, debiendo absolverse a la demandada USC de todas las pretensiones planteadas en la demanda, dado que la relación con dicha demandada se extinguió el 31/12/2004, y la actora se aquietó a la misma.

Este criterio cuenta con el aval de la doctrina jurisprudencial de la Sala 4ª del TS, pues se trata de una cuestión sobre la que se ha unificado doctrina por la Sala 4ª de dicho Tribunal, en su Sentencia de fecha 12 de julio de 2010, anulando precisamente Sentencia de esta Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 23 de noviembre de 2009 . En dicha Sentencia el Alto Tribunal declara: "... que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha sido seguida por las Sentencias ya más recientes de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4936/1998 ); 15 de febrero de 2000 (rec. 2554/1999 ); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000 ); 18 de septiembre de 2001 (rec. 4007/2000 ); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001 ) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004 ) y 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005 ), y si bien en varias de estas resoluciones la Sala ha tenido en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, también ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos. Así, por ejemplo, se ha computado la totalidad de la contratación, a pesar de la existencia de una interrupción superior a 20 días, en los supuestos resueltos por las sentencias de 10 de abril de 1995 (rec. 546/1994 ) y 10 de diciembre de 1999 (rec. 1496 /1999 ), **con interrupción de 30 días** , y de coincidencia con el período vacacional en el auto de 10 de abril de 2002 (rec. 3265/2001 )".

"La doctrina establecida en esa serie establece el principio de la unidad esencial del contrato, cuando la reiteración de contratos temporales evidencie la existencia de unidad de contratación. Mas tal presunción de unidad de propósito en la contratación no puede deducirse en casos, como el presente en el que si bien existieron más de 20 contratos en el periodo de seis años, **en cuatro ocasiones, al menos, los períodos de cese alcanzaron más de los tres meses e incluso cinco y seis meses** , ..... Mantener que en estos supuestos de largos períodos de inactividad, intercalados por prestaciones de desempleo, debe presumirse la existencia de unidad de contrato, cuando de los hechos lo que puede deducirse es precisamente lo contrario, implicaría la imposición de una carga injustificada al empleador por utilizar reiteradas veces los servicios del mismo trabajador".

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente caso, comporta la estimación de este motivo de censura jurídica, por cuanto es lo cierto que desde la finalización del segundo de los contratos temporales con la USC el 31/12/2004 -hecho probado primero, párrafo segundo-, hasta el inicio de la tercera de las contrataciones temporales con TRAGSA producida el 12/abril/2005, han transcurrido **tres meses y medio** , por lo que dado ese periodo tan prolongado de inactividad, no puede presumirse la existencia de unidad de contrato, y computarlo a efectos de antigüedad. Consiguientemente, la antigüedad que debe tomarse a los efectos de trienios devengados y los demás derechos y consecuencias inherentes a dicha declaración de cesión ilegal es la de 12 de abril de 2005.



En consecuencia, se acoge la censura jurídica de este último motivo de recurso, y manteniendo el pronunciamiento de la cesión ilegal de trabajadores, estimamos que los efectos han de ser desde la fecha indicada de 12 de abril de 2005. Sin costas. Y en función de todo ello:

### FALLAMOS

Que estimando íntegramente el recurso de Suplicación interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela (USC), y parcialmente el interpuesto por la demandada Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Capital, de fecha 28 de junio de 2013, en los presentes autos sobre cesión ilegal de trabajadores, tramitados a instancia de la demandante DOÑA Gloria frente a las referidas recurrentes, así como frente a las también demandadas Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) y Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), declaramos que la fecha de efectos de dicha cesión ilegal, ha de ser la de **doce de abril de dos mil cinco (12/04/2005)**, absolviendo a la Universidad demandada de todas las pretensiones de demandada, y manteniendo los demás pronunciamientos del fallo de la resolución impugnada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**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 \*\*\*\* ++**).

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.