



Roj: **STSJ AND 4576/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:4576**

Id Cendoj: **41091340012017101020**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **1347/2016**

Nº de Resolución: **1399/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1347/16-L, sentencia nº 1399/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a once de Mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1399/17

En el recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representada por la Letrada del Gabinete Jurídico, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0595/125; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D^a. Margarita , D. Aquilino , D^a. Sonsoles , D. Darío , D. Francisco , D. Juan , D. Pascual , D^a. Ariadna , D^a. Esperanza , D^a. Manuela , y D^a. Sara , en demanda de fijeza electiva, se celebró el juicio y el 1 de septiembre de 2015 se dictó sentencia por el referido Juzgado, aclarado por **AUTO de 5 de noviembre de 2015** , a la que se estimó la pretensión declarándose la existencia de una cesión ilegal de los demandantes, efectuada por la demandada TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC) en favor de la codemandada JUNTA DE ANDALUCÍA (Consejería de Agricultura y Pesca) y, declarando el derecho de los demandantes a integrarse como trabajadores indefinidos-no fijos en la codemandada JUNTA DE ANDALUCÍA (Consejería de Agricultura y Pesca), encuadrados en los grupos del convenio colectivo que en función de sus funciones les corresponda (especificados en el citado AUTO 5-11- 15), con derecho a percibir las diferencias económicas que resulten a su favor, a reclamar, en su caso,



en procedimiento aparte, y con las antigüedades referidas en el cuadro inserto en el hecho probado de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"1º) La demandada JUNTA DE ANDALUCÍA (Consejería de Agricultura y Pesca) ha realizado a la codemandada TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC) las encomiendas de gestión aportadas (cd's remitidos por la Junta de Andalucía) y que se dan por reproducidas.

2º) Los demandantes vienen prestando sus servicios retribuidos formalmente contratados por la demandada TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. mediante los contratos que refieren en sus demandas, que se han aportado y se dan por reproducidos, con las antigüedades, realizando las funciones propias de las categorías y en los centros de trabajo que se indican en el siguiente cuadro:

Demandante Antigüedad Categoría Centro de trabajo

Margarita

16.07.2001

Administrativa

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A., Dirección General de Fondos Agrarios, Servicio de Ayudas y Medidas de Acompañamiento, calle Tabladilla s/n, Edificio 9, planta 2ª

Aquilino

08.04.2008

Titulado grado medio

Técnico Agrícola

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A., Dirección General de Fondos Agrarios, Servicio de Ayudas y Medidas de Acompañamiento, calle Tabladilla s/n Edificio 9, planta 2ª

Sonsoles

10.02.2009

Auxiliar administrativo

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A., Dirección General de Fondos Agrarios, Servicio de Planificación y Liquidación de Campañas (antes servicio de ayuda al olivar), calle Tabladilla s/n, Edificio 9, planta 1ª

Darío

18.03.2002

Técnico de grado medio

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

-Hasta 2005: Delegación de A.P. y M.A. de Málaga, Avda. De la Aurora, 47

-Desde 2005: Dirección General de Fondos Agrarios, Servicio de Pago Único en Sevilla

calle Tabladilla s/n, Edificio 9, planta 1ª

Francisco

16.02.2009

Ingeniero agrónomo

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

Dirección General de Fondos Agrarios

Servicio de Control e Inspección de Campo

calle Tabladilla s/n, Edificio 11, planta 5ª

Juan

22.02.2006



Titulado de grado medio

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

-Hasta junio de 2006: calle Tabladilla s/n Edificio 9, Planta 1ª

-Desde junio de 2006 a septiembre de 2012: en Delegación Provincial de Sevilla, Polígono Hytasa, calle Seda s/n.

-De octubre de 2012 a abril de 2013: Delegación Territorial en Jaén, Avda. De Madrid s/n

-Desde junio de 2013: Delegación Territorial de Sevilla, sita en Avda. De Grecia s/n

Pascual

03.11.2008

Titulado de grado medio

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera, Servicio de Producción Agrícola, calle Tabladilla s/n, Edificio 10, planta 1ª

Ariadna

04.03.2008

Veterinaria

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera:

-primero en el Servicio de Producción Ganadera

-Desde 04.03.2008 en el Servicio de Seguros Agrarios y Adversidades Climáticas, calle Tabladilla s/n,

Esperanza

10.06.1999

Ingeniero Técnico Agrícola

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

Servicio de Ayudas Directas (antes D.G. de Fondos Agrarios, antes D.G. de Fondo Andaluz de Garantía Agraria), Subdirección de Gestión y Control Integrado de Ayudas, Servicio de Ayudas al Aceite de Oliva y Cultivos Industriales y Arbóreos, calle Tabladilla s/n, Edificio 9, planta 1ª

Manuela

03.04.2003

Ingeniero Técnico Agrícola

Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A.

Servicio de Ayudas Directas (antes D.G. de Fondos Agrarios, antes D.G. de Fondo Andaluz de Garantía Agraria), Subdirección de Gestión y Control Integrado de Ayudas, Servicio de Ayudas al Aceite de Oliva y Cultivos Industriales y Arbóreos, calle Tabladilla s/n, Edificio 9, planta 1ª

Sara

01.09.2005

Titulado medio

-Hasta mayo de 2008: en oficina de Tragsatec, sita en Polígono PARSI

-Desde mayo de 2008: en Consejería de Agricultura y Pesca de la J.A., D.G. de Fondos Agrarios, Subdirección General de Gestión y Control Integrado, Servicio de Pago Único, calle Tabladilla s/n,

3º) Todos los demandantes venían prestando sus servicios, a la fecha de la interposición de las demandas, en dependencias propias de la Consejería demandada, realizando las concretas funciones que relatan en sus demandas y se dan por reproducidas.



4º) Los demandantes vienen realizando el horario propio de la Consejería, donde rige una jornada de 35 horas semanales, y además tiene que ir un día o dos por la tarde a completar la jornada de 40 horas semanales propia de Tragsatec. Todos los demandantes disponen de una tarjeta facilitada por la Junta de Andalucía con la que "pican" al entrar y salir de la Consejería, lo que queda reflejado en unos listados informáticos -aportados en formato cd y que se dan por reproducidos- que son controlados por personal directivo de la Junta de Andalucía.

5º) Aunque los demandantes remiten mensualmente a Tragsatec unos informes por escrito en los que genéricamente aluden a la clase de tareas realizadas, ésta no tiene establecido ningún sistema de control del contenido, la productividad o el resultado del trabajo realizado por aquéllos.

6º) Personal de Tragsatec acude mensualmente, o cada tres meses, a las dependencias de la Consejería a reunirse con la denominada "dirección facultativa" (jefes de servicio y departamento), no con los demandantes, supuestamente para analizar la marcha de la denominada "asistencia técnica".

7º) Los permisos, vacaciones y licencias de los demandantes son solicitados a y autorizados formalmente por Tragsatec, pero exigen la previa coordinación con el personal de la dirección general de la Consejería, limitándose Tragsatec a autorizar formalmente lo que la Consejería materialmente decide al respecto. Los demandantes disfrutaban también de permiso el día de San Isidro Labrador (15 de mayo) concedido con carácter general en el convenio colectivo de Tragsatec.

8º) Los demandantes utilizan en el desempeño de su trabajo las herramientas, útiles y medios propios de la Junta de Andalucía en general y de la Consejería de Agricultura en particular, a cuyo efecto disponen de cuenta de correo electrónico que comienza con una descripción identificativa referida a sus nombres y apellidos, seguida de ".ext@juntadeandalucia.es". Usan los programas informáticos propios de la Junta de Andalucía que refieren en sus demandas. Y reciben formación a cargo de la propia Junta de Andalucía.

9º) La demandada Tragsatec les abona el salario, expidiéndoles recibos individuales o nóminas.

10º) Antes de presentar sus respectivas demandas, los demandantes intentaron respecto de Tragsatec la conciliación ante el Cemac con resultado infructuoso, e interpusieron reclamaciones previas a la Consejería que les fueron desestimadas.

11º) Después de presentadas las demandas, en los primeros meses del año 2015 (de febrero a abril) todos los demandantes -excepto Ariadna - han ido siendo trasladados a prestar los mismos servicios en las dependencias que la demandada TRAGSATEC tiene en el Polígono Industrial PARSI. Sin embargo, casi todos ellos acuden una o varias veces por semana a las dependencias de la calle Tabladilla a requerimientos de los respectivos jefes de servicio o departamento, para realizar allí su trabajo. "

TERCERO.- La Consejería codemandada recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por los codemandantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión declarativa de cesión ilícita en la Administración codemandada, se alza la Consejería codemandada por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 1.1 ET, del art. 24 CE y del art. 43 ET en relación con la jurisprudencia que cita, sobre la distinción entre subcontrata lícita y cesión ilegal de mano de obra, y la infracción del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 43 ET y la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (actual disposición adicional vigésima quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre).

Argumenta que no ha habido cesión ilegal del trabajador y que su contratación tiene su base en las distintas encomiendas de gestión efectuadas por diversas Órdenes de la Consejería de Agricultura a TRAGSATEC, encomiendas que regula el artículo 15 de la Ley 30/1992 y cuya necesidad deriva de la creciente carga de trabajo, estableciéndose en los pliegos de prescripciones técnicas la obligación de TRAGSATEC de aportar su organización para la ejecución de la encomienda con nombramiento de responsables, y que, dada "una particular forma de gestión y dirección de las tareas de los empleados de Tragsatec en el marco de la especial situación que se crea con la figura administrativa de la encomienda de gestión" contratación que tiene su base en las distintas encomiendas de gestión efectuadas por la Consejería de Agricultura a TRAGSATEC para el apoyo en la gestión en las ayudas agrarias de la Política Agraria Común (PAC) con lo que resulta necesario el acceso de los trabajadores a los específicos programas informáticos de la Junta de Andalucía y también que, por razón de confidencialidad en el manejo de dichos expedientes, el servicio se desarrolle en las dependencias de la Administración y el control mediato de la prestación se lleve a cabo por TRAGSATEC, que, conforme a lo establecido en la Disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, como filial de TRAGSA, tiene la



consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas.

SEGUNDO.- La Administración denuncia la infracción del art. 43 ET en relación con la jurisprudencia que cita, sobre la distinción entre subcontrata lícita y cesión ilegal de mano de obra, y la infracción del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 43 ET y la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (actual disposición adicional vigésimo quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre).

Sostenemos lo contrario como ya hemos expuesto en las **SSTSJA Sevilla nº 3274/13 de 5 de diciembre, nº 336/16 de 9 de febrero y nº 760/16 de 14 de marzo** en las que dijimos: "Como ha declarado repetidamente esta Sala con base en jurisprudencia reiterada (STSJA núm. 2826/2011 de 25 de octubre, entre otras), para distinguir entre una subcontratación o externalización del servicio lícita y una cesión ilegal de trabajadores, es necesario que exista un «contratista real» del trabajador, entendiéndose por tal el empresario encargado de la organización, el control y la dirección de la actividad, por lo que sólo existirá una auténtica contrata «cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador» (sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 31 de enero de 1991).

Desde esta conceptualización de la contrata, como empresa organizada con medios personales y materiales, la distinción con la cesión ilegal de trabajadores es más clara cuando la empresa cedente no cuenta con una infraestructura empresarial propia e independiente, y así con fundamento en los artículos 6 y 7 Código Civil y 1 y 43 Estatuto de los Trabajadores procede declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias, ni verdadera organización empresarial y su objeto no es otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1987 , 12 de septiembre de 1988 , 17 de enero 1991 , 17 de marzo de 1993 , 15 de noviembre de 1993 , 18 de marzo de 1994 y 21 de marzo de 1997).

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

En esta línea interpretativa, la jurisprudencia unificadora, entre otras, en las citadas sentencias de 19 de enero de 1994 (recurso 3400/1992) y 12 de diciembre de 1997 (recurso 3153/1996), ha fijado como línea de distinción entre la contrata y la cesión ilegal no tanto en el hecho de que la empresa cedente existiera realmente «sino si actuaba como verdadero empresario», analizado en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a disposición de la cesionaria, señalando que aun cuando «nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial», añadiendo que «el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio».

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo 14 de marzo de 2006 , declara que: "Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo



por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o 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".

TERCERO.- La empresa TRAGSATEC, constituida como medio instrumental y de servicio técnico de la Administración y regulada inicialmente en el artículo 88 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre y en el Real Decreto 371/1999 de 5 de marzo -como afirma la recurrente y ha declarado esta Sala con anterioridad al examinar otros supuestos- es un «medio propio» de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, cuya regulación se incorporó a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público -que derogó el citado artículo 88 de la Ley 66/1997 - regulándose en la Disposición Adicional trigésima de dicha Ley 30/2007 (Régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales) desde la entrada en vigor de dicha Ley (a los seis meses de su publicación en el BOE, de 30/10/2007, y hasta su derogación, verificada por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 88 de la Ley 66/1997, vigente en la fecha en que la actora más antigua suscribió con la empresa TRAGSATEC, filial de TRAGSA, el primero de los contratos de trabajo, fijaba que TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, estaba obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomendara la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

En igual sentido, la Disposición Adicional trigésima de la Ley 30/2007 dispone: "1. El grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición. 2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado." Ahora bien, reiteramos ya en nuestra STSJA Sevilla nº 3274/13 de 5 de diciembre, transcribiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 como la de 14 de marzo de 2006 para concluir que "se considerará que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando una empresa, cualquiera que sea su entidad económica, limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden, teniendo la declaración de cesión ilegal de trabajadores como finalidad que el contrato de trabajo se ajuste a la realidad en la prestación de los servicios y evitar perjuicios para los trabajadores" como acaece en el presente caso, tal y como se infiere del relato de hechos probados de la sentencia, que se mantiene inalterado, y de lo declarado con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la misma, a lo que ha de estarse, resulta que los actores, desde que comenzaron a prestar servicios para la Consejería en el año 1999 ".../... que tanto los demandantes como el resto de empleados, bien laborales de la Junta de Andalucía, bien funcionarios, realizaban las mismas funciones, gestionaban las ayudas agrícolas y ganaderas, hacían el mismo trabajo, y recibían las órdenes del correspondiente jefe de servicio, sección o departamento, jefes o superiores que siempre son funcionarios de la Consejería; y que aunque periódicamente iban por la dirección general los coordinadores de Tragsatec, éstos no daban instrucciones de trabajo; igualmente afirman que tanto los funcionarios como



laborales "externos" tenían acceso a las aplicaciones informáticas que son de la Junta de Andalucía, como los demás medios materiales, utilizando habitualmente dichas aplicaciones en igualdad de condiciones que el resto de funcionarios y laborales directamente empleados por la Junta de Andalucía; consta abundante prueba documental del uso de tales aplicaciones -REDO, JUPITER, TIC, ECO, PORTAFIRMAS, CAP, SIAMES, SGA- (docs. 4, y 10 a 15 ramo actora Ldo. Armando Rozados; y docs. 15 y 20 a 29 ramo actora Ldo. Miguel Ángel Fernández); y por tales testificales y documental aportada resulta asimismo probado que se organizaban ellos mismos las vacaciones y luego les daba el visto bueno el jefe de sección, servicio o departamento, que era realmente quien disponía, y no Tragsatec que solo asumía una formal e irrelevante labor de documentación aparente de petición y concesión sin facultad decisiva alguna. Consta además que existía un sistema informático para el "picado" de entrada y salida al trabajo que era propio de la Consejería, no de Tragsatec, a cuyo efecto se les proveyó de tarjetas identificativas personales (doc. 5 ramo actora Ldo. Armando Rozados; doc. 2 ramo actora Letrada Guadalupe Valle Salas; y doc. 13 ramo actora Ldo. Miguel Ángel Fernández) cuyos listados han sido incluso aportados en formato cd, y que servían para el control de la prestación del trabajo por la Consejería que además consta haber dado instrucciones al respecto (doc. 6 ramo actora Ldo. Armando Rozados), no por Tragsatec, a la que únicamente se enviaban unos informes mensuales algunos aportados por los actores, y en todos los casos por la demandada Tragsatec) que resultan anodinos, superfluos, y cuyo objeto -así lo refiere incluso alguno de los testigos de Tragsatec- no era precisamente el ejercicio del poder de dirección sino justificar luego la facturación a la Administración "encomendante", es decir, tener constancia de que habían asistido al trabajo para poder así cuantificar las horas de trabajo a facturar, todo ello sin relación alguna ni con la clase de trabajo ni con las concretas tareas ni con la corrección o no de las mismas, en suma, sin que Tragsatec se preocupase lo más mínimo por el día a día del trabajo ni diera órdenes o instrucciones de ningún tipo a sus supuestos empleados. Por el contrario, existen aportados infinidad de correos electrónicos que documentan las órdenes e instrucciones y la coordinación de los trabajos por parte de los jefes de servicio, sección o departamento de la Consejería. Frente a ello no resulta creíble la pretensión de la testigo Sabina (disco 4, min. 19:23) cuando pretende erigirse en jefa del servicio y jefa suprema del equipo de control de condicionalidad, cuando de su propio testimonio y el del resto de testigos resulta que era una más, estaba también a las órdenes de un jefe de proyecto funcionario de la Junta de Andalucía, y gestionaba ocho delegaciones en Andalucía por lo que mal podía estar físicamente ejerciendo día a día tal jefatura." (vid. FDº 3.2). En suma, como se nos reitera en los HHPP 4º a 8º los actores han venido desarrollando la prestación de servicios más allá de lo que ha sido el objeto de cada una de las encomiendas de gestión tanto como que abarca las competencias propias y genéricas de la Consejería, por lo que la intervención de TRAGSATEC se revela como meramente instrumental, formal y aparente, dado que la finalidad de la encomienda es que la empresa que constituye medio propio instrumental de la Administración aporte los medios personales, materiales y técnicos necesarios para la realización de los servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público encomendados, habiéndose limitado en realidad TRAGSATEC a suministrar la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio y permanecido los trabajadores desde el inicio incluidos dentro del círculo organicista y rector de la Consejería, lo que pone de manifiesto la existencia de una cesión ilegal de los trabajadores.

CUARTO.- La Consejería recurrente denuncia la infracción del art. 1.1 y 2 ET en relación con el art. 43 ET con el argumento que los actores fueron trasladados a las instalaciones de TRAGSATEC en el mes de marzo del 2015, prestando ahí sus servicios desde esas fechas, produciéndose una pérdida sobrevenida del objeto procesal, sin que el hecho de que concurra un par de días a la semana en las instalaciones de la Consejería sea óbice para entender que no concurren las circunstancias de la cesión. Alega que en todo caso los efectos no pueden ir mas allá de marzo del 2015.

El motivo fracasa ya que el ejercicio del derecho por parte de los trabajadores, al tener la cedente y cesionaria existencia real, se produjo subsistiendo la cesión al momento de presentar las demandas, pues es cuando se producen los efectos de la litispendencia; por tanto no es el del juicio oral u otro momento anterior o posterior el que ha de tomarse en consideración a estos efectos (STS 7-5-10 , EDJ 113436) de tal manera que solo extinguida la cesión antes de la presentación de la demanda, es cuando puede entenderse que el derecho corre la misma suerte (SSTS 12-2-08, EDJ 82888 ; 14-9-09 , EDJ 229117) luego presentadas las demandas el año 2012 y aplicando la doctrina jurisprudencial, matizada, que entiende que la acción de fijezza electiva que el art. 43 ET reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión" entendiéndose que el momento determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 ET , no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC , cuando se producen los efectos de la litispendencia siendo por tanto ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica.



En suma, como dice la STS 7-5-10 , EDJ 113436 "si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC EDL 2000/77463 - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia."

El recurrente pretende sean limitados los efectos de la sentencia estimatoria de la acción de fijeza electiva a marzo del 2015, pretensión que desestimamos.

La declaración de la existencia de cesión ilegal tiene efectos ex Tunc en cuanto la sentencia que se dicta es declarativa de una realidad existente consistente en que durante el período objeto de tal reclamación la vinculación laboral de los trabajadores se producía real y verdaderamente con la Consejería hoy recurrente aun cuando formalmente apareciese que lo era con TRAGSATEC por lo que deben serles reconocidos los efectos económicos consecuentes (STS de 30-12-05, rec. 3630/04) pues sí existe acción para demandar aunque en el momento del juicio el trabajador ya no preste servicios para la cesionaria, siempre que los prestara cuando presentó la demanda (STS 28-6-16 , EDJ 111967) mas razón hay para no excluir los efectos de la declaración de la situación de cesión ilícita en cuanto tales efectos tienen amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes. Pues bien, en lo que se refiere al presente caso, el hecho el de que mencionado art. 43.3 ET nada diga acerca de efectos económicos no comporta su negativa o exclusión, máxime cuando se trata de efectos que derivan -por su propia naturaleza- de la prestación y actividades realizadas en el marco de una relación laboral existente en la realidad.

En suma, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido pueden adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (STS 27-1- 11, EDJ 8563). La opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción, como será, normalmente, por la relación laboral real, despliegue los efectos que le son propios y que son los naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido, una opción, en esos términos, no tiene un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge, no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición (SSTS 5-12-06, EDJ 345877 ; 17-4-07, EDJ 25388 ; 9-12-09, EDJ 300338 ; 25-5-10, EDJ 133563 ; 24-11-10 , EDJ 285036). Cuestión distinta es la de la prescripción ya que todos los efectos se retrotraen al inicio de la cesión, por lo cual, el dies a quo debe coincidir con dicho inicio (SSTS 3-2-00, EDJ 1028 ; 14-9- 01, EDJ 70649 ; 17-1-02, EDJ 123187 ; 16-6-03, EDJ 239086 ; 3-10-05, EDJ 166174 ; 30-11-05 , EDJ 230451).

En fin, acoger esta última pretensión conllevaría el negar el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes que constituye, manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (STS 20-12-16 EDJ 252810).

Habiéndolo entendido así la sentencia impugnada, no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y deben desestimarse los motivos y el recurso, confirmando íntegramente la sentencia impugnada, haciendo suyos esta Sala todos sus argumentos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0595/125, en los que el recurrente fue demandado por D^a. Margarita , D. Aquilino , D^a. Sonsoles , D. Darío , D. Francisco , D. Juan , D. Pascual , D^a. Ariadna , D^a. Esperanza , D^a. Manuela , y D^a. Sara , en demanda de fijeza electiva, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .



Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios de cada uno de los Srs. Letrados impugnantes del recurso en cuantía de seiscientos euros (600€), a cada uno, así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 1347-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN: En Sevilla a once de Mayo de dos mil diecisiete.