



Roj: **STSJ EXT 1464/2018 - ECLI:ES:TSJEXT:2018:1464**

Id Cendoj: **10037340012018100764**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **711/2018**

Nº de Resolución: **769/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00769/2018

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

-

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

Correo electrónico:

Equipo/usuario: FPV

NIG: 06015 44 4 2017 0002636

Modelo: N04250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0000711 /2018

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000631 /2017 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de BADAJOZ

Recurrente/s: JUNTA DE EXTREMADURA CONSEJERIA BIENESTAR SOCIAL

Abogado/a: LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Lidia , SOCIEDAD DE GESTION PUBLICA DE EXTREMADURA SA , Arcadio

Abogado/a: LUIS FELIPE REVELLO GOMEZ , LUIS FELIPE REVELLO GOMEZ

Procurador/a: , MARIA GLORIA CABRERA CHAVES ,

Graduado/a Social: , ,

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

Dª LAURA GARCIA MONGE PIZARRO



En CÁCERES, a veintiocho de Diciembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, 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 Nº 769/18

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº711/18, interpuesto por el Sr. Letrado de la Junta de Extremadura en nombre y representación de LA CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE EXTREMADURA contra la sentencia número 303/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº1 de Badajoz en el procedimiento DEMANDA nº 631/2017 seguido a instancia de DOÑA Lidia e Arcadio , partes representadas por el Sr. Letrado DON LUIS REVELLO GÓMEZ frente al recurrente y LA SOCIEDAD DE GESTION PÚBLICA DE EXTREMADURA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. DON PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- DON Arcadio y DOÑA Lidia presentó demanda contra LA CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE EXTREMADURA y LA SOCIEDAD DE GESTIÓN PÚBLICA DE EXTREMADURA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 303/2018 de fecha 26 de Junio de 2018.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO- La parte demandante, Doña Lidia ha venido prestando sus servicios con la categoría de ingeniero técnico agrícola, técnico especialista medio, con distintas contrataciones, desde el día 8 de marzo de 1999 hasta el 30 de diciembre de 1999, desde el 18 de febrero de 2008 hasta el 19 de diciembre de 2008 en la empresa CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOECONÓMICOS DE EXTREMADURA S.A.U.; desde el 11 de febrero de 2009 hasta el 10 de diciembre de 2009 , desde el 1 de febrero de 2010 al 31 de agosto de 2010 en la empresa SOCIEDAD PÚBLICA DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DE EXTREMADURA S.A.U., ya en la modalidad de contrato de obra o servicio determinado; desde el 1 de septiembre de 2010 al 30 de noviembre de 2010, del 7 de febrero de 2011 al 2 de diciembre de 2011, del 16 de abril de 2012 al 14 de diciembre de 2012, del 11 de febrero de 2013 al 10 de noviembre de 2013, del 10 de febrero de 2014 al 24 de noviembre de 2014, del 16 de febrero de 2015 al 30 de noviembre de 2015, del 15 de febrero de 2016 al 29 de noviembre de 2016, del 20 de febrero de 2017 al 19 de noviembre de 2017 en la empresa demandada GPEX S.A.U., las dos primeras contrataciones con contrato de obra o servicio determinado y las sucesivas como personal fijo discontinuo. En todo momento el puesto de trabajo de la actora se ha realizado en el Laboratorio de Sanidad Vegetal de la Junta de Extremadura, en Badajoz. La parte demandante, Don Arcadio ha venido prestando sus servicios con la categoría de ingeniero técnico agrícola, técnico especialista medio, con distintas contrataciones, desde el día 16 de febrero de 2007 hasta el 14 de diciembre de 2007, del 18 de febrero de 2008 al 19 de diciembre de 2008 en la empresa CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOECONÓMICOS DE EXTREMADURA S.A.U.; desde el 16 de febrero de 2009 hasta el 15 de diciembre de 2009, desde el 1 de febrero de 2010 hasta el 31 de agosto de 2010 en la empresa SOCIEDAD PÚBLICA DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DE EXTREMADURA S.A.U., ya en la modalidad de contrato de obra o servicio determinado; desde el 1 de septiembre de 2010 al 30 de noviembre de 2010, del 14 de febrero de 2011 al 9 de diciembre de 2011, del 16 de abril de 2012 al 14 de diciembre de 2012, del 18 de marzo de 2013 al 26 de diciembre de 2013, del 3 de marzo de 2014 al 17 de diciembre de 2014, del 2 de marzo de 2015 al 16 de diciembre de 2015, del 1 de marzo de 2016 al 15 de diciembre de 2016, del 1 de marzo de 2017 a la actualidad en la empresa demandada GPEX S.A.U., las dos primeras contrataciones con contrato de obra o servicio determinado y las sucesivas como personal fijo discontinuo. En todo momento el puesto de trabajo del actor se ha realizado en el Laboratorio de Sanidad Vegetal de la Junta de Extremadura, en Cáceres. SEGUNDO.- Las empresas CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOECONÓMICOS DE EXTREMADURA S.A.U. y SOCIEDAD PÚBLICA DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DE EXTREMADURA S.A.U. llevaron a cabo un proceso de fusión por absorción en la empresa pública SOCIEDAD DE GESTIÓN PÚBLICA DE EXTREMADURA S.A.U., constituyéndose ésta por Ley 4/05 de Reordenación del Servicio Público Empresarial de la CC.AA. de Extremadura, con capital social suscrito en su integridad por la Junta de Extremadura, con medios técnicos, materiales y personales para cumplir



sus funciones como medio instrumental propio de la Junta de Extremadura, realizando las actividades que les pueda encomendar la Administración Autonómica. TERCERO.- Durante la vigencia de todas las relaciones laborales los demandantes Doña Lidia y Don Arcadio han venido realizando las mismas funciones, como ingenieros técnicos agrícolas, en los Laboratorios de Sanidad Vegetal de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía de la Junta de Extremadura, en Badajoz y Cáceres respectivamente, siendo su cometido diagnósticos de plagas y enfermedades, fitopatologías, analíticas, técnicas morfológicas bioquímicas. CUARTO.- La JUNTA DE EXTREMADURA y GPEX S.A.U. suscribieron las siguientes encomiendas de gestión: ? expediente NUM000 , de 16 de abril de 2012, cuyo objeto es el trabajo de prospección, muestreos y análisis de Laboratorio para la erradicación del nematodo de la madera del pino en la CC.AA. de Extremadura; ? expediente NUM001 de 21 de diciembre de 2012, cuyo objeto es la es la prestación de apoyo técnico para el desarrollo de las materias que son competencia de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía, especificándose en la Memoria que entre las actuaciones previstas se encuentran las referidas a prospección, apoyo técnico y aplicaciones fitosanitarias en las campañas oficiales de control y erradicación de plagas vegetales; ? expediente NUM002 de 27 de noviembre de 2013, cuyo objeto es el trabajo de prospección, muestreos y análisis de Laboratorio para la erradicación del nematodo de la madera del pino en la CC.AA. de Extremadura; ? expediente NUM003 de 29 de diciembre de 2015, cuyo objeto es trabajos de erradicación del nematodo de la madera del pino en la CC.AA. de Extremadura; ? expediente NUM004 , de 30 de diciembre de 2016, cuyo objeto es trabajos de erradicación y vigilancia de plagas en la CC.AA. de Extremadura; ? expediente NUM005 , de 23 de diciembre de 2016, cuyo objeto es trabajos técnicos y auxiliares de sanidad vegetal a la CC.AA. de Extremadura, especificándose en la Memoria que entre las actuaciones previstas se encuentran las referidas a prospección, apoyo técnico y aplicaciones fitosanitarias en las campañas oficiales de control y erradicación de plagas vegetales; ? expediente NUM006 , de 27 de diciembre de 2017, cuyo objeto es trabajos técnicos y auxiliares de sanidad vegetal a la CC.AA. de Extremadura, especificándose en la Memoria que entre las actuaciones previstas se encuentran las referidas a prospección, apoyo técnico y aplicaciones fitosanitarias en las campañas oficiales de control y

erradicación de plagas vegetales; QUINTO.- La trabajadora Doña Lidia ha venido desarrollando su tarea en las instalaciones del Laboratorio de Sanidad Vegetal de Badajoz, adscritas a la Consejería de Agricultura de la Junta de Extremadura, utilizando material, medios técnicos y herramientas informáticas de la Junta de Extremadura, siempre bajo la dirección y supervisión inmediata de la Jefa de Sección del Laboratorio Doña Casilda que encargaba a la actora los trabajos que tenía que realizar e impartía las instrucciones sobre la forma de realizar su cometido. El trabajador Don Arcadio ha venido desarrollando su tarea en las instalaciones del Laboratorio de Sanidad Vegetal de Cáceres, adscritas a la Consejería de Agricultura de la Junta de Extremadura, utilizando material, medios técnicos y herramientas informáticas de la Junta de Extremadura, siempre bajo la dirección y supervisión inmediata del Jefe de Sección del Laboratorio Don Olegario , que encargaba al actor los trabajos que tenía que realizar e impartía las instrucciones sobre la forma de realizar su cometido. SEXTO.- La codemandada GPEX S.A.U., a través del responsable de proyectos, limitaba su actuación a todas las cuestiones relativas a permisos, vacaciones, licencias (en todo caso previamente autorizadas por los respectivos Jefes de Sección de los Laboratorios, y posteriormente comunicado al GPEX), salud laboral, previsión de riesgos, régimen sancionador, retribuciones, efectuando el control del trabajo realizado por el Sr. Arcadio y la Sra. Lidia a través de un sistema informático por el que los trabajadores insertaban en la aplicación las tareas realizadas a diario, sin que en ningún caso impartiera instrucciones directas a los trabajadores sobre la manera de efectuar su función. SÉPTIMO.- Precedida del correspondiente acto de conciliación ante la UMAC y de la reclamación administrativa previa, la parte actora interpuso demanda interesando que se declarase la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre GPEX y JUNTA DE EXTREMADURA, reconociéndose su condición de indefinidos, optando por su adscripción a los Laboratorios de Sanidad Vegetal de Badajoz y Cáceres, con todas las consecuencias inherentes.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que "*ESTIMANDO la demanda interpuesta por Doña Lidia y Don Arcadio contra GPEX S.A.U. y JUNTA DE EXTREMADURA debo declarar y declaro la existencia de cesión ilegal de los trabajadores demandantes entre las demandadas, con el derecho de aquellos a que se le reconozca la condición de trabajadores laborales indefinidos, habiendo formulado opción por la Junta de Extremadura, en el mismo o equivalente puesto de trabajo de grupo profesional titulado medio, categoría técnico especialista medio, con antigüedad de 22 de noviembre de 2011, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración.*"

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por LA CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE EXTREMADURA interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos N°631/2018 a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 27 de Noviembre de 2018.



SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de Diciembre de 2018 para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima la demanda de los trabajadores, declarando que respecto a ellos existe cesión ilegal por parte de las entidades demandadas, se interpone recurso de suplicación por la representación de la Junta de Extremadura que, en los dos primeros motivos, que pueden ser estudiados conjuntamente, denuncia la infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de los y 1.1 y 8.1 de la Ley 4/2005 de Reordenación del Sector Empresarial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, 48 de la Ley 1/2018, de 23 de enero de Presupuestos Generales de la misma C.A., 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Públicos, 11.3.b) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, con cita también de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Como se alega en la impugnación del recurso, esta Sala ya se ha ocupado en varias ocasiones de supuestos iguales al que nos ocupa, cesión ilegal de trabajadores entre la empresa pública y la Administración demandadas y, al respecto se razona en la sentencia de 13 de septiembre de 2018, rec. 457/18:

[[En los otros dos motivos del recurso de la Administración demandada, que pueden estudiarse conjuntamente, se denuncia la infracción de los arts. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 48 de la Ley 1/2018, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura, 4.1.n) y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público y 1.1 y 8.1 de la Ley 4/2005 de Reordenación del Sector Empresarial de la C.A. de Extremadura, así como lo que la recurrente denomina "doctrina jurisprudencial del TS sobre la no concurrencia de cesión ilegal en caso como éste, establecida por primera vez en su sentencia de 11 de julio de 2011 (RUD 14591/2011)", alegaciones que no pueden prosperar porque esta Sala ya ha resuelto en varias ocasiones en contra de ellas en supuestos iguales al que aquí nos ocupa para trabajadores de la misma empresa pública demandada, por ejemplo, en las ss. de 11 de abril y 11 de mayo de 2017, recs. 633/16 y 150/17, en las que se mantiene:

[...como señalan las SSTS de 6 de diciembre de 1.979 y 10 de mayo de 1.980, citadas por las de esta Sala de 19 de abril de 2010 y 27 de octubre de 2015, no puede prosperar la revisión en derecho de la sentencia de instancia, cuando no se hayan alterado los presupuestos de hecho que en la resolución combatida se constatan y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación entre ambos presupuestos; doctrina a la que también alude la Sentencia de 16 de febrero de 2.000, rec. 2.761/1999, si bien para inaplicarla al supuesto que en ella se planteaba, pues no es predicable con carácter general para todos aquellos casos en que no se solicite o no prospere la revisión fáctica, sino sólo a aquellos en que la revisión sustantiva tenga como presupuesto necesario la modificación de la narración fáctica y eso es lo que aquí sucede pues el recurso está basado en el éxito del primer motivo en relación a la sustitución de lo que consta en el hecho probado sexto de la sentencia recurrida por la redacción que la recurrente propone y, al no haber prosperado tal intento, de ese hecho probado se desprende que concurren en este caso los requisitos para que se de una cesión ilegal, expuestos, por ejemplo, entre otras muchas, en las SSTS de 18 de enero de 2011 rec. 1637/2010, y de 5 de noviembre de 2012, rec. 4282/2011.

Se ha ocupado también de esta figura la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2015, rec. 425/2015, precisamente en un supuesto de trabajador de la empresa pública demandada que participaba en una encomienda de gestión de la Junta de Extremadura y en ella se llegó a la conclusión de que no se producía cesión ilegal, pero era porque en el caso que se examinaba "...del firme relato fáctico de la sentencia recurrida no resulta que se den las condiciones que esa doctrina considera necesarias para que se produzca la cesión ilegal de trabajadores que contempla el precepto cuya infracción se alega pues la vinculación de la empresa para la que la demandante prestaba servicios con la Junta de Extremadura consiste en que ésta es la única accionista de aquélla y, sin perjuicio de la incidencia que ello supone en el contrato de trabajo de la demandante y su extinción, a lo que después nos referiremos, ello no es suficiente para la figura de que se trata pues no consta que no fuera la empresa quien actuara como tal respecto a la trabajadora y que quien lo hiciera fuera la administración autonómica, y probarlo a la demandante correspondía según se desprende del art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sí que consta que la demandante desarrollaba su trabajo en las dependencias de una Consejería de la Junta de Extremadura, pero eso no es suficiente tampoco para el fenómeno de la cesión ilegal si no se dan esas otras circunstancias de que sea otra distinta de la que la contrata quien ejerce las facultades empresariales pues se puede desempeñar el trabajo en dependencias de otra empresa distinta por muchas causas distintas de la cesión ilegal, por ejemplo, mediante el alquiler o cualquier otra forma de uso de instalaciones ajenas o, como en este caso, por llevar a cabo tareas de otra empresa mediante contrata



o subcontrata de obras o servicios, prevista en el art. 42 ET, o cualquier otra forma de encargo, sin que los distintos empresarios pierdan su carácter respecto de los trabajadores que en ello empleen". Pero es que aquí del sexto de los hechos probados de la sentencia recurrida resulta que sí concurren en la prestación de servicios de los trabajadores demandantes las condiciones que determinan la cesión ilegal pues el empresario cedente, GPEX SAU se limitaba al abono de los salarios, mientras que era otra empresa, la otra demandada, la que ejercía todas las funciones inherentes a la condición de empresario.

Cierto es que, como se alega en el recurso, la jurisprudencia ha entendido que los supuestos de encomienda de gestión a empresas por parte de la Administración Pública no tienen porqué implicar la cesión ilegal y así lo ha entendido el TS, además de en la sentencia que cita la recurrente, en otras como por ejemplo la 11 de julio de 2012, Rec. 1591/2011, en la que se mantiene que no concurre cesión ilegal en los supuestos de encomiendas de gestión de la Administración a sociedades anónimas de capital público, pero ello es porque no se daban plenamente, como en este caso, los requisitos para que pudiera apreciarse la figura.

Es más, el TS ha apreciado la cesión ilegal aun cuando no se ejerzan por la empresa cesionaria todas las funciones determinantes de la condición de empresario, sino que algunas se conserven por la cedente. Así puede verse en la S. de 4 de julio de 2012, rec. 967/2011, en la que se razona que [todos estos elementos son, también aquí, a juicio de esta Sala, determinantes de la existencia de una cesión ilegal por parte de TRAGSA a OAPN, sin que a ello sean óbice suficiente otros datos que aparecen en el caso, como que pueda ser TRAGSA quien abone los salarios y quien controle la asistencia al trabajo de los actores, y sus permisos, licencias y vacaciones, pues, como igualmente dijimos en la tan repetida sentencia de 27-1-2011 "éstas son las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra; ni tampoco otros poco significativos, como que le proporcione el vestuario, lo cual no es, en definitiva, sino una parte de salario en especie"] y en el mismo sentido puede verse la antes citada STS de 5 de noviembre de 2012, rec. 4282/2011.

En el caso de encargos de Administraciones Públicas, pueden verse las SSTS de 19 de junio 2012, rec. 2200/2011 y 4 de julio de 2012, rec. 967/2011, a empresas como Tracsatec, en las que se aprecia la cesión ilegal].

En la más reciente s. de 15 de febrero de 2018, rec. 46/2018 también ha tratado esta Sala de la misma cuestión respecto a trabajadores de la empresa pública demandada y se ha llegado a la misma conclusión de existencia de cesión ilegal respecto a la Junta de Extremadura. Se razona en ella:

[En sustancia se expone que la cesión ilegal sólo está previsto para empresas privadas y no para administraciones, que las encomiendas de gestión se hallan previstas incluso en la normativa comunitaria y que no se dan los requisitos para entender producida una cesión ilegal...

Debemos comenzar exponiendo que, " Por el art. 1.1 de la Ley 4/2005, de 8 de julio, de reordenación del sector público empresarial de la Comunidad Autónoma de Extremadura se dispuso la "Constitución de la empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura", diciendo que "Se constituye la Empresa Pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, de capital íntegramente suscrito por la Junta de Extremadura, que adoptará la forma jurídica de sociedad anónima unipersonal con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar en el ámbito de su objeto social".

A su vez, el art. art. 3. 2 de la Ley dispuso que "La empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, previo acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, podrá constituir sociedades mercantiles bajo la forma de anónimas y con el carácter de unipersonales como nuevos entes instrumentales para la ejecución de actuaciones que le encargue la Administración Autonómica, así como acordar la fusión o escisión de las ya creadas a estos mismos fines".

Y el art. 8.1, refiriéndose a las "encomiendas de gestión a las empresas públicas y sociedades mercantiles autonómicas", disponía que "Las distintas Consejerías, así como sus Organismos, Instituciones y Entes Públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, en general, cualquier poder adjudicador del Sector Público Autonómico podrá celebrar convenios o protocolos con empresas públicas y sociedades mercantiles de la Comunidad Autónoma de Extremadura cuyo capital sea íntegramente público y titularidad de la Comunidad Autónoma con los requisitos expresamente previstos en los arts. 4.1, n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre)), de Contratos del Sector Público, considerándose como medios propios y servicios técnicos de los mismos, actuando en el marco de tales encomiendas en nombre de la Administración Autonómica" y se añade que "Las encomiendas de gestión que se confieran conforme al presente artículo son de ejecución obligatoria para las empresas y sociedades encomendadas conforme a las instrucciones dictadas unilateralmente por el encomendante, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.



Las relaciones de estas empresas y sociedades y los distintos poderes adjudicadores en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado".

Pues bien, una de esas empresas públicas a las que se refiere la norma, es la demandada, constituida el 22 de septiembre de 2008. En relación al concepto de cesión, la reciente Sentencia del TS de fecha 11 febrero de 2016, señala a los efectos que interesa; "La contestación a tal denuncia ha de partir del propio concepto de cesión ilegal, no definida en el art. 43 ET, pero que la doctrina de la Sala caracteriza afirmado que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1Q) 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; 2Q) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3Q) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (SSTS 21/03/97 -rcud 3211/96 (EDJ 1997/3148)8159/1997)) y 21/02/11 -rcud 1645/19.

Asimismo hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS 19/01/94 -rcud 3400/92) -;... 19/06/12 -rcud 2200/11)-; y 11/07/12 -rcud 1591/11)). De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, "es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio". Así pues, el Juzgador de Instancia motiva en sus fundamentos de manera lógica y razonada los criterios que conforme a los hechos probados, le llevan a entender que existió cesión ilegal. Cesión que se da al producirse todos y cada uno de los requisitos que la Jurisprudencia exige. Sabido es también que la valoración de la prueba corresponde al Magistrado y no puede ser sustituida por el criterio más subjetivo de la parte, salvo que se trate de conclusiones erróneas, arbitrarias o ilógicas, lo que no se da en este supuesto. 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 por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores." Así pues, en aras a lo manifestado, cabe indicar que se ha producido esa cesión y confirmar la sentencia en este aspecto, no así en relación a la fecha que se establece en la misma, pues TRAGSA, es ajena a lo debatido. Deberá ser por tanto desde el 12 de enero de 2010. Fecha del inicio de la relación con GEPEX. Hay que llegar aquí a la misma solución, pues no se da circunstancia ninguna que imponga otra, debiéndose, únicamente, hacer las modificaciones correspondientes respecto a la indemnización que al trabajador corresponde, en función de su tiempo de servicios y la fecha de la extinción, debiéndose tener en cuenta todo el tiempo desde la iniciación de la prestación de servicios pues, aunque se hizo en virtud de varios contratos temporales, no cabe duda de que se da lo que el Tribunal Supremo denomina unidad esencial del vínculo STS 17-3-2011, insistimos pero unidad en relación a la empresa cesionaria].

No hay razón para llegar aquí a otra solución. Se dan en la prestación de servicios por parte del demandante las condiciones para la cesión ilegal que determina la jurisprudencia, sin que lo impida que la cedente conserve algunas facultades empresariales]].

Tampoco en el caso de los aquí demandantes se dan circunstancias que determinen una solución distinta a la que se ha seguido en las citadas sentencias de la Sala, sino que, por el contrario, del firme relato fáctico de la sentencia recurrida resulta que también en ellos concurren los requisitos legales y jurisprudenciales exigibles para que concurra cesión ilegal entre las entidades demandadas.

SEGUNDO.- Contiene el recurso un tercer motivo en el que se alega lo que la recurrente denomina doctrina del TS sobre los efectos de la contratación laboral de naturaleza temporal defectuosa que determina el reconocimiento de la relación laboral como indefinida no fija con cita sentencias del Alto Tribunal y del art. 18.6 de la Ley 13/2015, de 8 de abril de Función Pública de Extremadura, alegando que no puede crearse en la administración recurrente plaza de personal laboral para que la ocupen los demandantes porque de hacerlo se crearía una "fijeza de plantilla" con vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la función pública, pues los puestos de ingeniero técnico agrícola está reservados a funcionarios públicos y no podrían convocarse las plazas de los demandantes para ser ocupadas por personal laboral.



El principio general es que, según el nº 5 del propio art. 18 de la Ley 13/2015, "el personal laboral puede desempeñar las funciones no reservadas al personal funcionario de acuerdo con el art. 14 de la presente Ley" y, aunque este último, al referirse a las "funciones reservadas al personal funcionario", nos dice que "El ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario", después, en el nº 2 nos dice cuales son esas "funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales", sin que sea fácil determinar entre cuales de ellas, o, al menos la recurrente no lo especifica, puedan encajar las que llevan a cabo los demandantes, salvo que consideremos que toda prestación de servicios para una Administración Pública supone la "salvaguardia de los intereses generales", lo cual, si bien es cierto en abstracto para cualquier servidor público, sea personal laboral o funcionario, no puede impedir el principio general que establece la jurisprudencia, como puede verse en la STS 14 de marzo de 2006 (Rec. Casación 99/2005), según la cual:

[Tal como razonaba nuestra Sentencia de 3 de junio de 1994 (Rec. 2562/92), votada en Sala General, "el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 205/1987 de 21 de diciembre ha declarado que "en cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras", invocando al efecto su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el artículo 103.1 de la Constitución. Doctrina que también ha seguido esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 18 de mayo de 1991 y de 7 de octubre de 1992, expresando que "cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula tal contratación en el Derecho del Trabajo". Esta doctrina se ha reiterado, entre otras, en nuestras Sentencias de 7 de octubre de 2004 (Rec. 2182/03, votada en Sala General) y 1 de junio de 2005 (Rec. 2474/04)].

Es claro que entre esa normativa general a la que debe someterse la Administración, incluida la demandada, en las relaciones con sus trabajadores está lo que dispone el art. 43 ET.

No obstante, al ser una Administración Pública la que, por opción de los demandantes, va a resultar empleadora, la relación entre las partes, como se mantiene en el recurso, no puede ser de fijeza para los trabajadores como establece con carácter general el citado art. 43. Así, se mantiene en la STS de 14 de diciembre de 2009 (RUD 1654/2009):

[la doctrina de la Sala sobre el alcance de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas -tal como se expuso en las sentencias del Pleno de 20 y 21 de enero de 1998 y más recientemente en la sentencia, también del Pleno, de 11 de abril de 2006 - lo que establece es que estas irregularidades no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. Dijimos entonces que la Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades "la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato". El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias, porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales].

Por ello, al menos en ese sentido, ha de estimarse el recurso pues, aunque se reconozca en la impugnación que no procede la fijeza, ni en la demanda ni en la sentencia se mantiene así con claridad pues en una se pedía y en otra se declara, simplemente, la condición de "indefinidos" de los demandantes.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la JUNTA DE EXTREMADURA contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Badajoz, en autos seguidos a instancia de Dña. Lidia y D. Arcadio frente a la recurrente y GEPEX, revocamos en parte la sentencia recurrida para declarar que la condición de los demandantes es la de trabajadores indefinidos no fijos, confirmando en el resto de sus pronunciamientos la resolución de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen



público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 66054518., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.