



Roj: **STSJ AND 766/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:766**

Id Cendoj: **29067340012016100145**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **1741/2015**

Nº de Resolución: **155/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906734S20151000124

Negociado: **RM**

Recurso: Recursos de Suplicación 1741/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA

Procedimiento origen: Cese 437/2012

Recurrente: Jesus Miguel y Artemio

Representante: LUIS MIGUEL SANCHEZ CHOLBI

Recurrido: EMPRESA TRANSFORMACION AGRARAIA (TRAGSA) y PARQUES NATURALES (MINISTERIO DE AGRICULTURA)

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

Sentencia Nº 155/16

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de Málaga a veintiocho de enero de dos mil dieciséis

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Jesus Miguel y Artemio contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA, ha sido ponente el **Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Jesus Miguel y Artemio sobre Cese siendo demandado EMPRESA TRANSFORMACION AGRARAIA (TRAGSA) y PARQUES NATURALES (MINISTERIO DE AGRICULTURA) habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 15 de Diciembre de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



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

1º.- D. Jesus Miguel y Artemio prestan sus servicios como Técnicos superiores de actividades técnicas y profesionales, mediante contrato celebrado con TRAGSA, en las instalaciones y entorno de las Islas Chafarinas, dependientes de Parques Naturales.

2º.- Desde el 18 de mayo de 2010 TRAGSA tiene asignada por encomienda de gestión las actividades de carácter técnico necesarias para un adecuado seguimiento del Refugio Nacional de Caza Islas Chafarinas, dependiente de Parques Nacionales, cuyo pliego de prescripciones técnicas se da por reproducido.

3º.- Los trabajadores realizan funciones de control de la fauna y flora propia de las Islas (anillamiento, desratización, protección) y de mantenimiento de las instalaciones, con vehículos y medios materiales de Parques Naturales bajo las órdenes directas de Gervasio, funcionario de Parques Nacionales, que impartía las órdenes sobre las tareas a realizar y organizaba los turnos de trabajo y vacaciones de los actores, sin que en las Islas hubiera presencia de personal de TRAGSA más allá de los actores, limitándose TRAGSA más allá de los actores, limitándose TRAGSA al abono de los salarios de los actores.

4º.- TRAGSA es una empresa con un capital público al 100% parte del SEPI, cuyo régimen está previsto en la disposición adicional 25ª del RD 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

5º.- Se intentó la conciliación administrativa previa.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, no siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda formulada por D. Jesus Miguel y D. Artemio frente a las entidades EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA) y PARQUES NACIONALES, por la que se interesaba fuera declarada la existencia de cesión ilegal de trabajadores, declarando consecuentemente -y tras la opción al respecto formulada por los demandantes- el derecho de los actores a ostentar la condición de trabajador fijo de la entidad PARQUES NACIONALES.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto por los demandantes recurso de suplicación, en el que tras reclamar la revisión de los hechos declarados como probados en la sentencia, indican haber mediado en la sentencia recurrida diversas infracciones normativas que han de conllevar el que la misma haya de ser revocada, y estimada correlativamente la demanda origen de las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- Como indicamos, por los actores se articula un primer motivo de recurso en el que se solicita, con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia, y en concreto se interesa la modificación del contenido de los hechos primero y segundo.

La doctrina jurisprudencial es inequívoca (STS 05.10.2010, 10.12.2009 y 05.11.2008 entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba, señalando que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico; b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia...".

Y lo cierto es que aplicando tales condicionantes al supuesto de autos estima la Sala que la revisión interesada del contenido del hecho segundo habrá de ser desestimada, y ello preferentemente por cuanto los datos que novedosamente se tratan de introducir carecen de relevancia alguna a los efectos resolutive del presente procedimiento, cuando el propio hecho combatido se remite y da por reproducido el mismo documento que parcialmente trata de transcribir la parte recurrente.

Y por lo que respecta al contenido del hecho primero, hemos de acoger -aún parcialmente- la modificación interesada, cuando siendo uno de los efectos legales de la declaración de cesión ilegal -ex artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores - el relativo a que "...la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal...", entendemos que la sentencia de instancia hubo de recoger mención fáctica en este sentido. Y ante ello, visto el iter contractual invocado por actores, y teniendo presente que la entidad demandada en autos



no es otra que la citada EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA), el contenido del hecho probado primero habrá de adicionarse con la siguiente mención: "...Dichas funciones las venían desplegando al tiempo de la demanda por mor de contrato concertado en fecha 18.05.2010 con la demandada EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA) , aportado a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido...".

TERCERO.- Finalmente, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, se articula por los demandantes un motivo de recurso destinado al examen crítico de las normas, con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, a través del cual denuncian incurrir la sentencia impugnada en infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y doctrina judicial concordante atinente a la figura de la cesión ilícita de trabajadores contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 27.01.2011 ; todo ello en relación con los artículos 4.1.n), 24.6 y Disposición Adicional 30.4º de la Ley 30/2007 .

En desarrollo de tal motivo vienen los demandantes a recalcar que a su parecer concurren los presupuestos exigidos para aplicar el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , posicionamiento éste que como veremos ha de ser compartido por la Sala. A tal efecto, hemos desde el comienzo de recalcar que del contenido de la sentencia de instancia, y así entre tanto paulatinamente se procede a la lectura de sus hechos probados y condicionantes jurídicos, parece que la misma va ofreciendo argumentos y condicionantes más que precisos y significativos para entender concurrente la figura de la cesión ilegal denunciada por los actores; pero no obstante ello, finalmente la sentencia da un giro radical a tal posicionamiento al entender aplicable al caso una doctrina que extrae de una particular interpretación que efectúa del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 11.07.2012 -recurso 1591/2011 - que, a criterio de esta Sala -y de otras muchas que han venido a resolver recursos ante asuntos similares al que ahora nos ocupa- no es extrapolable y aplicable en los terminos propuestos por la sentencia recurrida al caso de autos, máxime cuando el mismo Tribunal Supremo ha venido posteriormente a dictar sentencias manteniendo un posicionamiento distinto al tiempo de resolver otros asuntos que sí que presentaban evidentes similitudes con el caso que ahora nos ocupa.

CUARTO.- Pues bien, en relación a la impugnada concurrencia de cesión ilegal, cabe partir reseñando que doctrinal y jurisprudencialmente, bajo el concepto común de cesión ilegal de trabajadores, que describe el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , se regulan en realidad fenómenos distintos, y a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre: 1.- cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, pero pretenden eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y 2.- las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento (así sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997).

La sentencia recurrida parece entender que en el caso de autos no es aplicable la doctrina judicial habida sobre la materia -uniforme y reiterada- por venir la misma referida a la subcontratación entre empresas, cuando en nuestro caso la prestación laboral de los actores se sustentaba en una "encomienda de gestión" concertada entre ambas demandadas; no obstante lo citado, incluso aunque formalmente pudieramos entender concurrente tal circunstancia, y siguiendo el criterio de otras sentencias habidas al resolver idéntica controversia - sentencias del TSJ de Murcia de 16.01.2012 y 23.09.2013 , entre otras- hemos de entender que el mero hecho de que concurra en autos tal encomienda no determina sin más la inaplicabilidad del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , como parece pretender la sentencia recurrida.

Y este planteamiento, a su vez, ha de extraerse del contenido de las sentencias dictadas por el *Tribunal Supremo de 27.01.2011 y 04.07.2012 las que* , resolviendo un asunto muy similar al presente, que afectaba a trabajadores contratados por **TRAGSA** para prestar servicios en Parques Nacionales, entendió que existía cesión ilegal en dichas contrataciones, con un criterio que ha sido igualmente recientemente seguido por la *sentencia dictada por el TSJ de Andalucía -sala de Sevilla- en fecha 29.04.2015 , que vino a efectuar un estudio pormenorizado del mismo conflicto jurídico que ahora nos ocupa, esgrimiendo al respecto una serie de argumentos que necesariamente hemos de compartir en nuestra sentencia.*

Conforme al contenido de tal doctrina judicial, y siendo legal el fenómeno analizamos, lo cierto es que en el caso que examinamos, del contenido de los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida encontramos factores y datos más que explícitos de los que extraer que la intervención de TRAGSA en el desempeño por los actores de las tareas profesionales que le habían sido encomendadas respondió a una actitud meramente formal como empresario, que no disipa el fenómeno interpositorio respecto de la codemandada PARQUES NACIONALES, para la que se gestionaba la encomienda y que realmente era la que controlaba todos y cada uno de los aspectos de la prestación laboral de los actores. Tal y como reseña la sentencia del TSJ de Murcia de 23.09.2013 , a la vista del contenido de los hechos probados de la sentencia aquí recurrida, hemos de entender que por la demandada "...se ha producido un uso, sino fraudulento, al menos desnaturalizado de la



figura jurídica de la encomienda de gestión...", pues "...en los términos de la jurisprudencia antes descrita, el objeto de la encomienda no permite que TRAGSA, como empresa dotada de su propia organización, pueda ponerla en juego para ejecutar la encomienda, sino que por el contrario, lo que de los términos de la encomienda se desprende es que la actividad del ente encomendado se limita a suministrar la mano de obra de la que la mancomunidad es deficitaria...".

Y de ello se desprende que realmente se produjo esa cesión ilícita encuadrable en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pues lo relevante en esta figura es que la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con el que llevan a cabo los trabajadores de la cesionaria, pues afirmar lo contrario -como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19.06.2012 - impediría aplicar las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores a las Administraciones Públicas, cuyo ámbito de decisión en las materias que son de su competencia exclusiva no cabe contratarlo con terceros.

Y declarada la existencia de cesión ilegal de los trabajadores demandantes, y a la vista de la solicitud al efecto articulada en su recurso -que difiera de la inicial de su demanda-, la consecuencia legal de ello es el reconocimiento del derecho a adquirir la condición de indefinidos en la empresa PARQUES NACIONALES, con antigüedad desde el momento de inicio de tal cesión ilegal, que en nuestro caso ha de fijarse en el día 18.05.2010, día de concertación del último contrato celebrado con la cedente por mor del cual se prestaron los servicios que derivaron en la presente declaración de cesión ilegal.

Y a la vista de todo lo anteriormente citado, es por lo que hemos de entender concurrente en autos la infracción normativa denunciada, siendo por ello por lo que, con estimación del recurso formulado, procede revocar la sentencia de instancia, a los efectos de estimar la demanda formulada por los actores, en los términos que en adelante se expondrán.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesus Miguel y D. Artemio frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Melilla de fecha 15.12.2014, dictada en sus autos nº 437/2012 promovidos por los citados recurrentes frente a las entidades EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA) y PARQUES NACIONALES, debemos revocar y revocamos la sentencia indicada, estimando la demanda formulada por los demandantes y consecuencia de ello declaramos que, como consecuencia de la existencia de cesión ilegal de trabajadores habida entre ambas entidades demandadas, los demandantes ostentan el derecho a ostentar la condición de trabajadores indefinidos de la codemandada PARQUES NACIONALES, con antigüedad desde el 18.05.2010, condenando a ambas demandadas a estar y pasar por esta declaración y a todas las consecuencias derivadas de la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Indíquese a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de consignar la suma de 600 euros, si no estuviera consignada con anterioridad. Tal consignación podrá efectuarse:

- 1.- en caso de ingresos en efectivo, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social -cuenta nº 2928-0000-66-número de procedimiento (0000/00)-;
- 2.- y para el caso de ingresos por transferencia, habrá de tener lugar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). Para éste último caso de ingreso por transferencia, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, la cuenta número 2928-0000-66-número de procedimiento (0000/00)-.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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