

Roj: **STS 3603/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3603**Id Cendoj: **28079140012016100526**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/06/2016**Nº de Recurso: **2231/2014**Nº de Resolución: **552/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 1741/2014,**
STS 3603/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos en virtud de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la Junta de Andalucía (Consejería de Medioambiente), representada y defendida por el Letrado de la Junta de Andalucía y por la Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA), representada y defendida por el Letrado Don Patrocinio Peláez Ibarrondo contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 13-marzo-2014 (rollo 157/2014) y aclarada por auto de fecha 14-mayo-2014, recaída en el recurso de suplicación formulado por el trabajador Don Lucas contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga en fecha 23-julio-2013 (autos 323/2013) en procedimiento de despido seguido a instancia del citado trabajador contra la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), la Consejería ahora recurrente y la empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA), hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA). Ha comparecido en concepto de recurrido Don Lucas, representado y defendido por el Letrado don José María Moreno Benítez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de marzo de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 157/2014 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, en los autos nº 323/2013, seguidos a instancia de Don Lucas contra la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), la Junta de Andalucía (Consejería de Medioambiente) ahora recurrente y la empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA), hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA). sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, es del tenor literal siguiente: "I. Se estima íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por don Joaquín, y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número nueve de Málaga, de 23 de julio de 2013, en el único sentido establecer la condena solidaria a las consecuencias del despido improcedente declarado, a la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, manteniéndose el resto de los pronunciamientos. II.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia". Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 14 de mayo de 2014



en el siguiente sentido: "I.- No ha lugar a la rectificación de la sentencia. II.- Contra este auto cabrá recurso, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 23 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, contenía los siguientes hechos probados: "Primero: Que D. Lucas, mayor de edad firmó contrato mercantil de cosultoría y asistencia técnica para apoyo a los programas de uso público, desarrollo sostenible y conservación año 2005 espacio natural de Fuente de Piedra el 1-7-05 con la empresa Gestión Medioambiental SA (EGMASA) hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía, empresa pública de la Junta de Andalucía cuya constitución se autorizó por Decreto 17/1989 de 7 de febrero (folios 473 a 489). Segundo: Que el actor firmó segundo contrato de cosultoría y asistencia técnica con la empresa de Gestión Medioambiental SA (EGMASA) hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía, el 1-8-06 hasta el 31-12-06 para la elaboración de informes y estudios relacionados con el desarrollo sostenible, el uso público y la conservación en la Reserva Natural de la Laguna de Fuente de Piedra (folios 490 a 504). Tercero: El actor era retribuido mediante la presentación de facturas mensuales por importe de 1826,41 € con IVA, siendo el importe de las facturas idéntico todos los meses (folios 509 a 645). Cuarto: Que el 12-1-07 el actor firmó contrato por obra o servicio determinado con la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC) para la realización de apoyo a la gestión de la RENPA año 2007 para la asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural Laguna de Fuente de Piedra (folios 231 y 232), con la categoría profesional de oficial 1 administrativo, último salario 1563,76 € incluida prorrateo de pagas extraordinarias. Anexo de 1-10-07 el contrato se celebra para la realización de la obra o servicio para apoyo a la gestión del RENPA, año 2007, asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural Laguna de Fuente de Piedra, expediente número NUM000 (folio 748) Anexo 1-1-12 acordando la modificación de la cláusula sexta constando el contrato de duración determinada se celebra para la realización de la obra o servicio apoyo a la gestión de la RENPA, año 2007, asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural Laguna Fuente de Piedra EXPTE NUM000 y EXPTE nº NUM000 (folio 233). Quinto: Que el 4-2-13 la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC), comunicó al actor la finalización de su contrato temporal con efectos de 18-2-13 (folio 8), poniendo a su disposición en concepto de indemnización por fin de contrato la suma de 2600,74 € que han sido percibidas por el actor (folio 248). Sexto: Por Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía se aprobó el 18-7-07 encomienda de continuación y ampliación de los trabajos de apoyo a la gestión RENPA expediente NUM000, siendo la ejecución del encargo a través de la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC) para los ejercicios 2007, 2008 y 2009, pliego de condiciones que obra a los folios 250 a 255 y memoria folios 256 a 280 que incluye asistencia técnica, elaboración de informes, mantenimiento y asesoramiento de aplicaciones necesarias para la gestión de áreas protegidas. Séptimo: Se fija un calendario laboral para la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC), incluida fiesta de empresa día 15 de mayo (folios 281 y 282) y horario de trabajo para dicha empresa. Octavo: Los trabajadores enviaban resumen de dietas y kilometraje a Tecnologías y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC) para su abono (folio 285). Noveno: El 10-3-09 se aprobó una prórroga de 19 meses para la ejecución del encargo a TRAGSATEC. (folios 703 y 704). Décimo: EL 25-11-10 se aprobó encomienda de gestión a TRAGSATEC con plazo de ejecución de 15 meses en el expediente NUM001, fomento de la conservación y desarrollo de los espacios naturales de Andalucía (Red Natura 2000). Folios 701 y 702. Décimo Primero: El 26-3-13 se ha aprobado nueva encomienda de gestión a TRAGSATEC expediente NUM002, por 12 meses de ejecución, para la asistencia técnica de apoyo a la dirección general de Espacios Naturales para la realización de los trabajos destinados a fomentar y desarrollar las estrategias de evaluación, protección y gestión del sistema de espacios naturales andaluces. (folio 699 y 700). Décimo Segundo: El actor desde el 1-7-05 ha prestado servicios en la sede de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía en la Laguna de Fuente de Piedra. En la misma prestaban servicios 3 funcionarios (el director, un técnico y un administrativo y el actor), actualmente prestan servicios dos funcionarios (el director y un administrativo) entre los que se han distribuido las funciones que venía desarrollando el actor. Décimo Tercero: El actor remitía a TRAGSATEC por correo electrónico partes de asistencia así como partes de trabajo mensual. Décimo Cuarto: El actor tenía correo electrónico ext junta de Andalucía. Décimo Quinto: La empresa TRAGSATEC remitía instrucciones por correo electrónico relativas a vacaciones, permisos, enfermedad, partes de presencia y horario y partes de trabajo. (folios 311 a 471). Décimo Sexto: El actor tenía permiso como día de la empresa en san Isidro el día 15 de Mayo, habiendo autorizado la empresa algunos años al coincidir con festivo el permiso el 14 o 16 de mayo. Disfrutaba de permiso especial de Navidad. Décimo Séptimo: Al actor se le ha requerido para remitir a la empresa información sobre las actividades programadas. Décimo Octavo: El 11-3-13 se interpuso reclamación previa. Décimo Noveno: Que el actor no ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores, ni se encuentra afiliado a sindicato alguno. Vigésimo: Que el día 25-3-13 tuvo lugar ante el C.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación en virtud de demanda presentada el 11-3-13. Vigésimo Primero: Por TRAGSATEC se enviaba a los trabajadores cesta de Navidad y celebración de reunión de Navidad. Vigésimo Segundo: Que el actor presta sus servicios en oficinas de la Consejería de Medioambiente, usando silla, ordenador, mesa y demás material de la oficina, con horario de 8 a 15 horas.



Vigésimo Tercero: El actor desarrollaba trabajos de apoyo a la gestión superiores a los de un administrativo de la Junta de Andalucía, correo, redacción de informes, cartografía, registro de datos de meteorología, nivel de la laguna... señalando el director de la oficina trabajos concretos a los que tenía que apoyar. Vigésimo Cuarto: Las vacaciones del actor dependían de TRAGSATEC aunque se coordinaba con el resto de la oficina, comunicaba en la oficina si tenía que ausentarse pero el director de la oficina no era el que lo autorizaba debiendo comunicarlo a TRAGSATEC. Vigésimo Quinto: El actor ha solicitado la realización de cursos a través del sistema Minerva de la Junta de Andalucía, no siendo admitido en varios de ellos en 2009 y 2010, siendo admitido en 18-3-10 en curso de acercamiento al proceso contencioso administrativo y habiendo realizado curso de modulo acervo de gestión de Juntas Rectoras y Patronatos, impartido en los servicios centrales de la Consejería de Medioambiente en Sevilla durante los días 4 y 5 de febrero de 2008, así como a la presentación de la aplicación Memoria Anual de Actividades en Parques Naturales celebrada el 6-2-08. (folio 858). Vigésimo Sexto: EL actor comunicaba las incidencias informáticas a la Junta de Andalucía. Vigésimo Séptimo: El actor ha realizado tareas de petición de material, petición y gestión de reuniones. Vigésimo Octavo: Que el objeto del pliego de prescripciones técnicas obra al folio 872. y folio 882. Vigésimo Noveno: La empresa TRAGSATEC se constituyó como empresa de capital público, con objeto social amplio y medio instrumental y técnico de la administración, viniendo obligada conforme a la ley 30/07 a realización exclusiva de los trabajos que por las distintas administraciones u organismos dependientes se le encarguen, asumiendo el riesgo y ventura de la operación. La actuación de TRAGSATEC se extiende por todo el territorio Nacional, abarcando servicios encargados por las administraciones publicas. Trigésimo: En los pliegos se establece que dado el carácter de los trabajos que supone la ampliación de recursos humanos y materiales por encima de las previsiones, se propone que su ejecución se realice mediante Administración -empresa publica TRAGSATEC como medio propio de la consejería de medioambiente, TAGSATEC pondrá a disposición los medios materiales y humanos necesarios que podrán desarrollar los trabajos en el ámbito de los espacios protegidos".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda formulada por Lucas contra la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, la empresa de Gestión Medioambiental SA (EGMASA) hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía y la empresa Tecnología y Servicios Agrarios SA (TRAGSATEC) declaro IMPROCEDENTE el despido de la misma condenando a la empresa demandada Tecnología y Servicios Agrarios SA a que, a opción de la misma, que deberá efectuar, ante este Juzgado, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, readmita a D. Lucas en el mismo puesto que venía desempeñando hasta la fecha del despido con las mismas condiciones con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido a la notificación de la sentencia a razón de 52,12 € diarios o le satisfaga una indemnización cifrada en 17.355,96 €. Absolviendo a la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y a la empresa de Gestión Medioambiental SA (EGMASA) hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía".

TERCERO.- Por el Letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Consejería de Medio Ambiente y por el Letrado Don Patrocinio Peláez Ibarro, en nombre y representación de la Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA), se formularon sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. Con respecto al recurso presentado por el Letrado de la Junta de Andalucía: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, sede de Málaga, de fecha 7-marzo-2013 (Rec 2134/2012). SEGUNDO.- Alega infracción del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en relación con el 43 del ET y con 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) las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto infracción del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Y en relación al presentado por la representación Letrada de la citada Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede de Valladolid, de fecha 8-octubre-2008 (Rec 1063/2008). SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), fundándolo en un único motivo, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto infracción de los arts. 43 y 59 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y SSTs de 22/9/1977, 21/12/1977, 11/9/1986, 8/7/2003, 12/2/2008, 14/9/2009 y 29/10/2012.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 14 de mayo de 2015, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente el recurso interpuesto por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía (AMAYA) y la procedencia del



interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los recursos de casación para unificación de doctrina ahora planteados las cuestiones que se debaten son:

a) La primera, – en el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía –, si es dable calificar como constitutiva de cesión ilegal la situación de un trabajador que realmente está inserto en una estructura empresarial que ejerce las facultades de dirección y organización, mientras que la que la entidad que le contrató, salvo el cumplimiento de las obligaciones de alta en el Sistema de la Seguridad Social y abono de la retribución, se limita a realizar un control o verificación genérico de la actividad de dicho trabajador;

b) La segunda, – en el recurso formulado por la " Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía " (AMAYA) –, si, en un proceso de despido en el que se insta la exigencia de responsabilidad ex art. 43 ET por cesión ilegal, es preciso o no que la situación de cesión con respecto a la concreta empleadora demandada esté vigente en el momento de presentación de la demanda.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter común a ambos recursos, debe hacerse referencia a los antecedentes consistentes, entre otros, a que la sentencia de instancia (SJS/Málaga nº 9 de fecha 23-julio-2013 -autos 323/2013), recaída en proceso de despido, seguido a instancia del trabajador demandante contra las entidades " Tecnologías y Servicios Agrarios S.A ." (TRAGSATEC), Junta de Andalucía y " Gestión Medioambiental, S.A." (EGMASA) (hoy " Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía " -AMAYA), estimó en parte la demanda, absolviendo a las codemandadas Junta de Andalucía y AMAYA de la existencia de cesión ilegal pretendida, y declarando la improcedencia del despido impugnado con condena exclusiva a TRAGSATEC.

2.- El trabajador demandante formuló recurso de suplicación, alegando la existencia de cesión ilegal e instando la condena solidaria de las dos entidades codemandadas absueltas (Junta de Andalucía y AMAYA). La sentencia de suplicación (STSJ/Andalucía, sede de Málaga, 13-marzo-2014 -rollo 157/2014 , aclarada por auto de 14-mayo-2014) estimó íntegramente el recurso. Como datos fácticos y razonamientos jurídicos esenciales de la citada resolución y del auto aclaratorio, es dable destacar que:

a) En cuanto a los esenciales HPs, tras la revisión fáctica admitida en el recurso, resulta acreditado, en lo esencial y como sintetiza la sentencia ahora recurrida, que << se está ante un trabajador que desde 01-07-2005... ha venido prestando servicios, bien en virtud de contratos mercantiles de consultoría y asistencia técnica, suscritos con EGMASA - a la que sucedió AMAYA, pues en 30-04-2011, EGMASA se disolvió, subrogándose en su posición, conforme a la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, como agencia pública empresarial-, y cuyo objeto era el apoyo a los programas de uso público, desarrollo sostenible y conservación año 2005 espacio natural de Fuente de Piedra ..., y, a partir del 31-12-2006, para la elaboración de informes y estudios relacionados con el desarrollo sostenible, el uso público y la conservación en la Reserva Natural ...; bien en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, de la modalidad obra o servicio determinado, con TRAGSATEC, a partir de 12-01-2007, cuyo objeto era la realización de apoyo a la gestión de la RENPA año 2007 para la asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural ..., firmándose el 01-10-2007 un anexo al mismo, para la realización de la obra o servicio para apoyo a la gestión del RENPA, año 2007, asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural ...; y el 01-01-2012, otro anexo, para la realización de la obra o servicio apoyo a la gestión de la RENPA, año 2007, asistencia técnica de apoyo a la gestión de la reserva natural ... >>, que << Hasta la suscripción de este contrato de trabajo, emitía facturas mensuales, por el mismo importe, y a la que se le aplicaba el IVA ...>>, que << Es en fecha 18-07-2007, cuando la Consejería aprobó la encomienda de continuación y ampliación de los trabajos de apoyo a la gestión RENPA ..., a cargo de TRAGSATEC para los ejercicios 2007, 2008 y 2009, encomienda que incluía la asistencia técnica, elaboración de informes, mantenimiento y asesoramiento de aplicaciones necesarias para la gestión de áreas protegidas ...>>, que << Los servicios anteriores los vino realizando don ... en las oficinas que la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía tiene abierta en la Laguna de Fuente de Piedra (Málaga), en la que también lo hacían otros tres funcionarios al servicio de dicha Administración, el director de la oficina, un técnico y un administrativo..., consistiendo sus tareas en trabajos de apoyo de gestión superiores a los de un administrativo al servicio de la Junta de Andalucía, correo, redacción de informes, cartografía, registro de datos de meteorología, de nivel de la laguna..., siendo el director de dicha dependencia el que le señalaba los trabajos concretos a los que tenía que apoyar... Para la realización de su cometido, disponía del material de oficina correspondiente, dotado por la Consejería, incluido un ordenador ..., con acceso, mediante clave proporcionada por ésta a páginas y programas de uso del personal al servicio de la misma ..., y a la que comunicaba las incidencias sobre su uso ... Así mismo,



disponía de una dirección de correo electrónico ext junta de Andalucía ... El horario de trabajo era el coincidente con el del personal de la oficina, distinto del horario general del personal al servicio de TRAGSATEC ... Las vacaciones, permisos y ausencias la comunicaba a dicha sociedad, pero su disfrute se realizaba de manera coordinada con el resto del personal de la oficina y con conocimiento del director ... Así mismo, remitía con una periodicidad mensual a TRAGSATEC, por correo electrónico, los partes de actividad, de control de asistencia o de presencia ...>> y que << Por último, completan dos datos de relevancia para este supuesto, además de la comunicación de la extinción del contrato temporal, con efectos desde el 18-02-2013 ..., la aprobación de una nueva encomienda a favor de TRAGSATECA el 26-03-2013, para la para la asistencia técnica de apoyo a la dirección general de Espacios Naturales para la realización de los trabajos destinados a fomentar y desarrollar las estrategias de evaluación, protección y gestión del sistema de espacios naturales andaluces ... >>;

b) En sus fundamentos jurídicos, se razona, en esencia, que << concurren todas estas condiciones jurídicamente relevantes pues el trabajador estaba insertado en una estructura empresarial de la que no es titular la sociedad con la que suscribió su contrato, ámbito en el que las facultades características de dirección y organización son llevadas a cabo realmente por un tercero. Y, frente a ello, la formal empleadora, junto con el cumplimiento de las obligaciones de alta en el Sistema de la Seguridad Social y abono de la retribución, se limita a realizar un control o verificación de la actividad de su empleada que es distante y diferido, lo que no puede predicarse de un empresario real, no son los propios de alguien que actúa conforme a las facultades otorgadas por los arts. 5.c) y 20.1 del ET >>, que << En la extensa cita de precedentes, la parte recurrente invoca la sentencia de esta Sala de 16-05-2013 en la que se analizó la situación del personal al servicio de TRAGSATEC empleado, en virtud de encomienda, en las dependencias de la Delegación de la Consejería en Málaga, razonamientos que, efectuados sobre unos presupuestos fácticos muy similares a los que sustentan la pretensión de este recurso, son válidos para dar una respuesta razonada a la misma. Pues se dijo entonces que es claro que TRAGSATEC es una empresa real pero en el desarrollo de la prestación de servicios no pone en juego su estructura organizativa y su poder de dirección, ya que el hecho de que se le remitan mensualmente los cuadrantes de trabajo y la planificación de las vacaciones no deja de ser una formalidad de la que no cabe extraer efectivo ejercicio del poder de dirección empresarial sobre la aludida prestación de servicios. Y, así mismo, se dijo que la encomienda de gestión concertada entre la Consejería y la empresa demandada, al amparo del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en el marco de la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , no impide apreciar la existencia de cesión ilegal, ya que la demandante está jerárquicamente subordinada, respecto de la su concreta prestación de servicios, a los funcionarios de la Delegación Provincial de la Consejería demandada, sin que TRAGSATEC ejerza poder organizativo alguno en relación con su prestación de servicios, debiendo resaltarse como antes se ha dicho, que la prestación de servicios de la demandante no se circunscribe al contenido de las sucesivas encomiendas de gestión sino que abarcan la totalidad de funciones que lleva a cabo la citada Delegación Provincial (sentencia de 16-05-2013 ... >>, que << No puede desconocerse, finalmente, como lo hacía esta Sala en la anterior resolución, que se ha dado una respuesta distinta en la sentencia de 07-03-2013 ..., como también, en la de 11-10-2012 Pero como se dijo entonces, ello no es manifestación de contradicción alguna, sino la lógica consecuencia de la entrada en juego de los principios procesales que rigen el recurso de suplicación en relación con el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida ... En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha destacado que la doctrina sobre la aplicación de repetido art. 43.2 ET es muy copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, pues son muy distintas las situaciones que en la práctica, incluso en situaciones próximas, pueden darse>>, que <<En consecuencia con todo lo expuesto, el motivo de infracción ha de ser esencialmente estimado, al estimarse que se ha producido una cesión ilegal respecto del trabajador, siendo la consecuencia de la cesión ilegal, conforme al artículo 43.3 y 4 del ET , la responsabilidad solidaria de los empresarios, cedente y cesionario, de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, con derecho a favor del trabajador sometido al tráfico prohibido de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, ha de estimarse la demanda en el sentido suplicado. En el entendido de que, perteneciendo las codemandadas al sector público, se trataría de una relación laboral «indefinida no fija» en los términos ya definidos por la jurisprudencia (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 ...) >>.

c) En el auto de aclaración denegatorio dictado a instancia de AMAYA que alegaba no tener la condición de empresa cedente, se razonaba que << AMAYA si tenía la condición de empresa cedente en el momento de la decisión extintiva examinada. Y la tenía ya que, sin desconocer que fue TRAGSATEC la que sucedió a EGMASA - a la que a su vez, sucedió AMAYA -, no se trata de una pura cuestión de antigüedad respecto de empresa sucedidas con normalidad, sino que se trata de la existencia de una interposición ilícita que se remonta al primer día en que el trabajador prestó servicios a su formal empleadora, que no era otra que EGMASA, ahora AMAYA >>.

TERCERO.- 1.- Con relación, en primer lugar, al recurso interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Consejería de Medio Ambiente, se alega como sentencia contradictoria con la



recurrida la STSJ/Andalucía, sede de Málaga, 7-marzo-2013 (rollo 2134/2012); y, en cuanto al fondo, invoca como infringidos el art. 15 Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 43 ET y con la DA 30ª Ley 30/2007 de contratos del sector público (actual DA 25ª Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre).

2.- En el supuesto enjuiciado en la sentencia referencial, como sintetiza el Ministerio Fiscal en su informe, se trataba de otro trabajador contratado por la misma empresa TRAGSATEC, que prestaba servicios en las dependencias de la delegación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, con arreglo a las instrucciones del jefe de departamento de dicha administración demandada, que era quien organizaba, planificaba y supervisaba su trabajo, si bien no estaba sujeto al control horario ni tampoco a los permisos de los funcionarios, y para el disfrute de las vacaciones se coordinaba con el departamento, autorizándolas la empresa; que la trabajadora realizaba un informe de las actividades realizadas que debía remitir a TRAGSATEC, que le indicaba en su caso las correcciones y aclaraciones necesarias, y para ello se utilizaba la intranet de la empresa, en la que tenía sus propias claves de acceso y utilizaba las plantillas y los formularios de la misma; que por esa misma vía la trabajadora solicitaba los permisos, vacaciones y autorizaciones a la empresa, que era la que se encargaba de la prevención de los riesgos laborales mediante la impartición de los cursos correspondientes y convocaba a la trabajadora a los reconocimientos médicos; que, por otra parte, para las salidas al campo la actora contaba con el carnet de controladora de la Consejería, y utilizaba bien su propio vehículo repercutiendo los gastos a la empresa, bien un vehículo oficial de la Junta con su conductor, pero el material necesario como el equipo completo de frío, para el agua, monos de inspección ganadera, gorras, botas, pantalones, camisas, etc. era facilitado por TRAGSATEC; que durante el tiempo de trabajo en la delegación utilizaba los materiales puestos a su disposición por la Consejería, con acceso a los programas informáticos previstos para las actividades que realizaba y línea de teléfono, y estaba autorizada para acceder al aparcamiento del edificio de la delegación. Partiendo de los referidos hechos probados, la sentencia de referencia descarta la existencia de cesión ilegal teniendo en cuenta que la trabajadora estaba integrada en un servicio de la Administración para realizar las funciones concretas de una encomienda, sin que el hecho de que exista un control de los trabajadores por parte de la Junta como receptora y responsable final del servicio fuera en detrimento del ejercicio del poder de dirección de la empresa.

3.- De lo anterior en relación con la sentencia ahora recurrida, cabe concluir, como también destaca el Ministerio Fiscal, que no concurre el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, a pesar de que en ambos casos los trabajadores fueron contratados para prestar sus servicios en dependencias de la Administración, vinculados a una encomienda de gestión al ser distintos los supuestos de hecho enjuiciados, atendida la distinta implicación de la empresa demandada en la dirección y control de los trabajadores demandantes. En particular, en la sentencia de contraste la trabajadora no estaba sujeta al horario aplicable al resto del personal, y solicitaba los permisos y las vacaciones a la empresa, si utilizaba su propio vehículo para las salidas al campo y la empresa le reintegraba los gastos y le proporcionaba el equipo y el material necesario. Por otra parte, – lo que es dable destacar especialmente –, la trabajadora realizaba un informe de las actividades realizadas que debía remitir a TRAGSATEC, y ésta le indicaba en su caso las correcciones y aclaraciones necesarias. Todas estas circunstancias no concurren en la sentencia recurrida, donde TRAGSATEC no ejercía poder organizativo alguno en relación con la prestación de servicios por la demandante, ni le aportaba ningún material para el desarrollo del trabajo por lo que la situación no es comparable.

4.- En la propia sentencia ahora recurrida ya se hacía referencia, como se ha indicado a la ahora invocada como referencial y dictada por la propia Sala de suplicación, destacando que los hechos fundamento de una y otra resolución eran distintos por lo que la soluciones debían ser diversas (<< No puede desconocerse, finalmente, como lo hacía esta Sala en la anterior resolución, que se ha dado una respuesta distinta en la sentencia de 07-03-2013 ..., como también, en la de 11-10-2012 Pero como se dijo entonces, ello no es manifestación de contradicción alguna, sino la lógica consecuencia de la entrada en juego de los principios procesales que rigen el recurso de suplicación en relación con el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida ... En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha destacado que la doctrina sobre la aplicación de repetido art. 43.2 ET es muy copiosa y ceñida siempre al caso concreto que se resuelve, pues son muy distintas las situaciones que en la práctica, incluso en situaciones próximas, pueden darse (sentencia de 19-06- 2012 Tal vez por ello, aun tratándose de recursos de unificación de doctrina en los que se suscitaba la cesión ilegal respecto de trabajadores contratados por la sociedad, aquí parte recurrida, no llegó a apreciarse la necesaria contradicción para entrar en el fondo del asunto; en concreto, en sentencias de 3 de diciembre de 2013 ..., 5 de diciembre de 2013 ..., 5 de diciembre de 2013 ..., 11 de diciembre de 2013 ..., 12 de diciembre de 2013 ..., 12 de diciembre de 2013 ... y 18 de diciembre de 2013 ..., entre las más recientes >>).

5.- Por todo lo expuesto, no concurriendo el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, procede, en este momento procesal,



desestimar por tal causa, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, el recurso de casación unificadora interpuesto por la Junta de Andalucía; con costas (art. 235.1 LRJS).

CUARTO.- 1.- Por lo que respecta, en segundo lugar, al recurso interpuesto por AMAYA, se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la STSJ/Castilla-León, sede de Valladolid, de fecha 8-octubre-2008 (rollo 1063/2008); y, en cuanto al fondo, por el cauce procesal del art. 207.e) LRJS (" *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate* "), se invoca infracción de los arts. 43 y 59 ET y de la jurisprudencia de esta Sala de casación que relaciona, señalando que la relación laboral del actor con la empresa recurrente quedó extinguida el 31-12-2006, por lo que no puede extenderse la condena solidaria del despido efectuado en fecha 18-02-2013 a la que ya no era cesionaria y además la acción impugnatoria de despido le habría caducado respecto a la ahora recurrente.

2.- En la sentencia referencial, estimándose en parte el recurso de suplicación formulado por la trabajadora demandante, se condenó solidariamente por despido improcedente a una sociedad y a una fundación las que en el momento de la extinción del contrato aparecían como partes de la cesión ilegal declarada, pero se absolvía a la empresa anterior de la demandante (contratada en fecha 02-06-2003) de la que traía causa la empleadora formal (contratada por ella en fecha 03-04- 2006) en el momento del despido (en fecha 31-12-2007), argumentándose que, con independencia de que con respecto a esta última existiera también cesión ilegal (<< *la actora desde el primer momento laboró en STYCS y ello durante años, incardinada en el organigrama de la empresa y realizando cometidos ordinarios de la misma y ello como técnico de producto, los datos dados por probados acreditan una integración total en la referida empresa y una ausencia prácticamente total de relación con su principal, empresa al parecer ciertamente real y existente, pero que en la actividad de la empresa no ponía en juego su organización productiva, por lo que en realidad lo que se produce es una mera contratación de un trabajador para ponerlo a disposición de otra empresa en la que se integra durante años en su estructura productiva* >> y que << *la trabajadora ha de considerarse con una relación laboral indefinida que lo era ya desde el inicio* >>), la relación laboral había concluido meses antes de la extinción, por lo que la acción de despido había caducado frente a ella y ninguna responsabilidad podía declararse en dicho litigio respecto a la misma; concluyendo que << *La declaración de improcedencia que se realiza afectan a las dos empresas que en el momento de la extinción aparecían como partes en la cesión ilegal, procediendo la condena solidaria a las mismas* >>.

3.- Concorre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS , -- como también informa el Ministerio Fiscal --, dado que, respecto a otros litigantes en idéntica situación, las sentencia comparadas, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, han llegado a pronunciamientos distintos; partiendo de que en la sentencia recurrida, integrada con el auto de aclaración, se argumentaba, como se ha adelantado, que << *AMAYA si tenía la condición de empresa cedente en el momento de la decisión extintiva examinada. Y la tenía ya que, sin desconocer que fue TRAGSATEC la que sucedió a EGMASA - a la que a su vez, sucedió AMAYA --, no se trata de una pura cuestión de antigüedad respecto de empresa sucedidas con normalidad, sino que se trata de la existencia de una interposición ilícita que se remonta al primer día en que el trabajador prestó servicios a su formal empleadora, que no era otra que EGMASA, ahora AMAYA* >>.

4.- Entrado en el fondo del asunto, debe concluirse, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la doctrina jurídicamente correcta es la aplicada en la sentencia de contraste, pues a los exclusivos fines de la responsabilidad solidaria ex art. 43 ET por cesión ilegal exigible en un proceso de despido, -- como regla y salvo excepcionales supuestos de fraude --, la situación de cesión debe estar vigente en el momento de presentación de la demanda. Así, -- entre otras, SST/IV 8-julio-2003 (rcud 2885/2002), 14-septiembre-2009 (rcud 4232/2008), 7-mayo-2010 (rcud 3347/2009), 29-octubre-2012 (rcud 4005/2011) y las anteriores que en ellas se citan --, se ha declarado que:

a) << *La buena doctrina ... es ... la sustentada por la de contraste, que invoca la doctrina unificada de esta Sala plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2003 (rec 2885/02), que resume así: "Es cierto que el tenor del art. 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal >>; que << *Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986 , la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito sine qua non, que**



haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)" >>; que << La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL. Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir >> y, finalmente, que << Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido (sentencias de 16-2-1989, 13-12-1990, 19-1-94 -rec. 3400/92 y 21-3-97 -rec. 3211/96, entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa – o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec 909/02) y 27-12-02 (rec 1259/02) – sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET >> (STS/IV 14-septiembre-2009 -rcud 4232/2008);

b) <<... ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (STS de 8 de julio de 2.003 -rcud. 2885/02-, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 -rcud. 61/07- o 14 de septiembre de 2.009 -rcud. 4232/08- entre otras) >> y que << En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como 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 del Estatuto de los Trabajadores 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 >> (STS/IV 7-mayo-2010 -rcud 3347/2009); y

c) << La cuestión que se plantea es la de determinar en qué fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda, a favor de éste último, siendo exponente de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (rcud 3347/2009) ... >> (STS/IV 29-octubre-2012 -rcud 4005/2011).

5.- Excepcionalmente, para evitar el fraude, por esta Sala se ha declarado fraudulenta la actuación empresarial que pretendía evitar la ejecución de sentencias firmes declarando la existencia de cesión ilegal y en los que durante su tramitación la empresa formal efectuaba el despido del trabajador demandante antes de que recayera sentencia firme en el proceso sobre declaración cesión ilegal iniciado antes del despido y en la que se reconocía el derecho del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa real; así, entre otras, SSTS/IV 3-octubre-2012 (rcud 4286/2011) y 11-diciembre-2012 (rcud 271/2012), en esta última se concluye que << En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala si bien existe una sentencia -declarando la procedencia del despido de los actores- que adquirió firmeza con anterioridad a la sentencia -declarando cesión ilegal- cuya ejecución se solicita, no es menos cierto que tal despido se efectuó por el empresario formal fundamentándolo en la finalización de la contrata suscrita con la empresa formal, habiendo razonado la sentencia sobre cesión ilegal que es en la realización de la contrata desde donde se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. La no ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal la dejaría sin contenido, posibilitando supuestos de fraude procesal >>. Supuesto excepcional de fraude que no acontece en el presente caso.

6.- Por todo lo expuesto, – en aplicación de la referida jurisprudencia de esta Sala y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal –, estando extinguida la relación laboral existente entre el trabajador demandante y la entidad ahora recurrente (AMAYA) en la fecha del despido y puesto que a los exclusivos fines de la responsabilidad solidaria ex art. 43 ET por cesión ilegal exigible en un proceso de despido, – como regla y salvo excepcionales supuestos de fraude, que ahora no concurren –, la situación de cesión debe estar vigente en el momento de presentación de la demanda, procede entender que la doctrina jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia referencial. Lo anterior obliga a casar y anular la sentencia impugnada en el concreto



extremo en el que se condenaba a la entidad AMAYA, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, procede desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador demandante sobre dicha cuestión, absolviendo a la entidad AMAYA de las pretensiones en su contra formuladas; con devolución, en su caso, de depósitos y consignaciones que se hubieren efectuado y sin costas (arts. 228 y 235.1 LRJS).

FALLO

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

a) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Medioambiente), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 13-marzo-2014 (rollo 157/2014) y aclarada por auto de fecha 14-mayo-2014, recaída en el recurso de suplicación formulado por el trabajador Don Lucas contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga en fecha 23-julio-2013 (autos 323/2013) en procedimiento de despido seguido a instancia del citado trabajador contra la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), la Consejería ahora recurrente y la empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA), hoy Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA). Con costas. **b)** Estimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía (AMAYA), contra la referida sentencia de suplicación; la que se casa y anula en el concreto extremo en el que se condenaba a AMAYA, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, procede desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador demandante sobre dicha cuestión, absolviendo a la entidad AMAYA de las pretensiones en su contra formuladas; con devolución, en su caso, de depósitos y consignaciones que se hubieren efectuado y sin costas. En el extremo concreto afectante a este recurso en el que se condenaba a la entidad AMAYA, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar en dicho extremo el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador demandante respecto a dicho extremo, absolviendo a la citada entidad recurrente; con devolución, en su caso, de depósitos y consignaciones que se hubieren efectuado y sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.