

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 19 Jun. 2012,
Rec. 2200/2011**

Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 102283/2012

ECLI: ES:TS:2012:4919

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. REQUISITOS: existe cesión ilegal de trabajadores cuando se prestan los servicios para un tercero que los dirige, orienta examina y aprueba, recibiendo los frutos de tal actividad, en igualdad de condiciones que el personal de aquél, siendo puramente formal la relación jurídica que se mantiene con el empresario que retribuye esos servicios.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana, sobre despido, casándola y anulándola, y declara nulo el despido de la trabajadora por vulneración de derechos fundamentales y por la existencia de cesión ilegal.

A Favor: PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

En Contra: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil doce.

SENTENCIA

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre y representación de D^a Casilda , contra la sentencia de 12 de abril de 2.011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 474/2011 , formulado frente a la sentencia de 4 de febrero de 2.010 dictada en autos 643/2009 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante seguidos a instancia de D^a Casilda contra Empresa de Transformación Agraria (TRACSA), Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRACSATEC) Valencia de Aprovechamiento Energético (VAERSA), Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana sobre despido.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la GENERALIDAD VALENCIANA representada por la Abogada de la Generalitat y TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS Y LA EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A. representadas por la Letrada D^a Olga Cornejo Cornejo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2.010, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dña. Casilda contra Empresa de Transformación Agraria S.A. Valenciana de Aprovechamiento Energético S.A., Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana y Ministerio Fiscal, y acogiendo la falta de acción respecto de Empresa de Transformación Agraria S.A. a quien se absuelve, debo declarar y declaro nulo el despido de la actora de fecha 10.04.09 por vulneración de derechos fundamentales y por la existencia de cesión ilegal entre Valenciana de Aprovechamiento Energético S.A. y Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana, debo condenar y condeno, por opción a la actora, a la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana a que proceda a la inmediata readmisión de la misma en su puesto de trabajo por relación laboral de carácter indefinido, condenando igualmente de forma solidaria a Valenciana de Aprovechamiento Energético SA y Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana, al abono a la actora de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la efectiva reincorporación de la trabajadora, a razón de 63,45 euros diarios».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** La actora, cuyos datos personales constan obran en autos, ha venido prestando servicios para las empresas demandadas con la categoría profesional de Ingeniero Técnico Agrícola antigüedad desde 04-08-05 y salario de 1903,76 Euros/mes, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.- **2º.-** Dña. Casilda , firmó en fecha 04-08-05 contrato de obra o servicio determinado, siendo la mercantil empleadora TRACSA (empresa de transformación agraria). Según cláusula sexta la labor de la empleada en calidad de Ingeniero Técnico Agrícola era Controles Plantaciones de Viñedo ilegal, según encargo de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación. Nivel Salarial II-B. Convenio Colectivo Tracsa. fecha de duración de contrato hasta 22-12-05, según vida laboral.- **3º.-** La actora firmó el 27-02-06 contrato de obra o servicio determinado, siendo la mercantil empleadora Tecnología y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC) siendo el objeto del contrato según cláusula sexta del mismo, la asistencia técnica para el apoyo en la gestión a la aplicación de la nueva reforma de la PAC, según encargo de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación, de la Generalitat Valenciana. Prestaría sus servicios como titulada de grado medio- ingeniero técnico agrícola, siendo de aplicación el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos-Nivel Salarial 2. fecha de duración del contrato hasta 31-03-08.- **4º.-** La actora Dña. Casilda firmó en fecha 28 de Abril de 2008, contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado, siendo la empleadora VAERSA. se regía por Convenio Colectivo del Personal Laboral al Servicio de la Administración Autonómica que se extiende desde fecha 28/04/08 hasta FIN DE OBRA O SERVICIO y al objeto de desempeñar el trabajo de INGENIERO TÉCNICO AGRÍCOLA y salario de 1903,76 € (hecho no controvertido).- **5º.-** En fecha 25-03-09 la empresa Vaersa le notificó la finalización del contrato el día 10-04-09 por realización del objeto.- **6º.-** Contra tal decisión la actora planteó reclamación previa y conciliación ante el SMAC, celebrándose éste en fecha 29-04-09, INTENTADO SIN EFECTO. (Documento 12 a 16 de la parte actora).- **7º.-** La demandante no ha ejercido la representación legal ni sindical de los trabajadores en las empresas demandadas.- **8º.-** En virtud de denuncia formulada por el Presidente de la Junta de Personal Funcionario de los Servicios Territoriales de la Generalitat Valenciana en Alicante, la Inspección de trabajo giró visita el 09.05.08 en el centro de trabajo de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana sito en Profesor Manuel Sala nº 2 de Alicante, levantándose la correspondiente acta cuyo contenido se da íntegramente por reproducido. Según consta en la referida acta, en dicho centro prestaban sus servicios personal de Tragsatec, Tragsa y Vaersa, entre ellos la actora; desarrollando la actora los mismos trabajos que desarrollan los funcionarios, ingenieros técnicos agrícolas de la Consellería ante la insuficiencia de plantillas, sin actividad empresarial diferenciada, y realizando funciones que se engloban dentro de las competencias de la Consellería, inspecciones conjuntas, firmando actas, accediendo a las mismas aplicaciones internas de dicho organismo, ubicados en el mismo espacio físico siendo el jefe de la sección el que controla su quehacer diario, líneas de trabajo, y da las órdenes e instrucciones precisas (a pesar de que ellos elaboren para su empresa un informe o que el

coordinador de su empresa de la asistencia, les visite o hable con ellos telefónicamente de vez en cuando), utilizando los medios materiales de la Consellería (salvo el ordenador) sin tener la actora información sobre la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva. Se han levantado Actas de Infracción contra las empresas demandadas por cesión ilegal de trabajadores y propuestas de sanción por infracción laborales, por la Inspección e Trabajo, en los términos que constan en las mismas, cuyo contenido se da por reproducido en su integridad.- En relación al personal de Vaersa en la misma sección, la Inspección también constataba que su trabajo es exactamente el mismo, salvo las pequeñas excepciones, que el realizado por los funcionarios de la Consellería, siendo el jefe de la sección el que controla el quehacer diario, líneas de trabajo y dirección real y supervisión de todo el personal de la sección; los puestos de trabajo se encuentran mezclados con los del personal funcionario, con clara confusión de plantillas en la sección, sin información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, y desempeñándose el trabajo con medios materiales propios y, en otros casos, de la Consellería.- Por ello la Inspección inició un procedimiento sancionador en materia laboral por infracción muy grave en relación a Vaersa, y Tragsatec y la Consellería por cesión ilegal, y en materia de prevención de riesgos con Vaersa, Tragsa y Tragsatec.- Dicha sanción, confirmada el 23-3-09, se encuentran impugnadas por las entidades afectadas.- **9º.-** D. Julio , jefe del área de Garantía Agraria, ha impartido órdenes de trabajo vía e-mail a la actora desde, al menos, el 12 de noviembre de 2007.- De mayo de 2005 a 2009 la actora ha realizado trabajos de tramitación y control administrativo de documentación de alegaciones y expedientes, control y archivo de documentación, tramitación de subrogaciones, preparación de salidas e inspecciones de campo, actas de control de campo, tramitación de recursos de alzada, control y archivo, documentación nóminas certificación viñedo, trámites de audiencia viñedo ilegal, inspecciones y comprobaciones, grabación solicitudes pago único, atención la público sobre dudas del pago único, recursos de reposición, fuera del objeto contratado.- **10º.-** En noviembre de 2007 el Comité de Empresa de Tragsatec realizó un informe sobre diversas cuestiones, entre ellas, sobre la cesión ilegal de los trabajadores de la Generalitat constatada por una sentencia.- **11º.-** Diversos trabajadores han planteado acciones por vulneración de derechos fundamentales y cesión ilegal.- **12º.-** El 01-10-08 la Consellería de Agricultura encomendó a Vaersa el desarrollo el plan de actuación para la puesta en marcha de la nueva OCM vitivinícola en el período 2007-2013, una duración prevista hasta el 31-03-09.- Las tareas a realizar eran: -apoyo técnico a la reestructuración y reconversión de viñedo (ejercicio 2008).- soporte técnico en la toma de datos para su explotación durante la gestión de las ayudas, y planificación de la puesta en marcha de las derivadas del nuevo Programa de Apoyo al Sector Vitivinícola.- tareas de mantenimiento de la información propia de la gestión de las medidas anteriores.- desarrollo de controles de campo.- El seguimiento de los trabajos se realizaría por el técnico de la Dirección General de Producción Agraria, para comprobar la correcta ejecución de los trabajos, que se abonarían contra presentación de facturas.- El precio del servicio ascendía a 1085.060,23 €.- El 17-12-08 el Área de Garantía Agraria emitió informe en el sentido de que se consideraban en dicha encomienda tareas relativas al funcionamiento y organización interna de la Administración, por no aportarse decisiones externas de naturaleza estratégica sino diagnósticos y propuestas de actuación que facilitan la toma de decisiones internas por parte de las unidades responsables.- En cuanto Tragsatec, el 14-5-07 se emitió un informe por el Servicio de Pago único sobre la falta de recursos técnicos y personal especializado para acometer las tareas de apoyo en la gestión de la aplicación de la reforma de la PAC-Ayudas directas, no considerando conveniente, por su carácter puntual, la ampliación de los medios personales y materiales del departamento.- El objeto de la contratación era el apoyo a la gestión y tramitación administrativa de los expedientes de ayudas directas, implantación de la solicitud única en el servicio de pago único y ayudas directas, los controles de campo y verificaciones sobre el terreno de las buenas condiciones agrarias y medioambientales, con un máximo de ejecución hasta el 28-2-09.- Para la gestión de ayuda al aceite de oliva, la duración máxima sería el 28-2-08.- Por resolución de 18-7-06 se había ordenado la ejecución del servicio a la nueva reforma de la PAC-protección de rentas agrarias por Tragsatec, con una distribución de tres anualidades, finalizando los trabajos en marzo de 2008.- Respecto a Tragsa, el Servicio encomendado por la Consellería de Agricultura de apoyo en la realización de controles de cultivos herbáceos y OPAS de

frutos secos en la Comunidad Valenciana, el servicio finalizó en enero de 2006.- El contrato administrativo para apoyo en la realización de controles en la ejecución presupuestaria de registro vitícola y olivar finalizó en julio de 2005.- **13º.-** Vaersa es una empresa de la Generalitat Valenciana que cumple servicios esenciales en materia de medio ambiente, agricultura y pesa y demás actividades complementarias y accesorias y auxiliares para dicho objeto, con capital social de titularidad pública.- Vaersa, como medio propio instrumental y servicio técnico de la administración de la Generalitat, está obligada a realizar los trabajos que le encomiendan la Generalitat y Organismos Públicos dependientes en las materias de su competencia legal.- El 22-2-00 se aprobó el convenio de colaboración entre la Generalitat y Vaersa.- Dicha empresa aplica el convenio colectivo de personal laboral al servicio de la administración autonómica.- Tragsa y sus filiales, entre ellas Tragsatec, son empresas públicas estatales con capital público y medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, de la cada Comunidad Autónoma que así lo disponga y de los organismos dependientes de las mismas. Están integradas en los dispositivos y planes de protección civil.- **14º.-** Tragsa y Tragsatec celebraban reuniones mensuales con el personal adscrito a las asistencias técnicas en CAPA para tratar de sus servicios.- La actora acudía a tales reuniones. El personal que no podía acudir debía justificar las razones de su ausencia.- Tragsa igualmente celebraba reuniones periódicas con la CAPA.- La actora recibió de Tragsa y Tragsatec formación teórica y práctica en materia preventiva sobre su trabajo, documentación sobre asistencia médica, normas de seguridad y equipos de trabajo.- Dichas empresas le concedían los días de vacaciones y demás permisos mensuales. La actora les emitía informe de sus actuaciones y entregaba a los partes de traslado para el pago de dietas y kilometrajes.- **15º.-** La actora disponía de claves de acceso de los programas de la Consellería necesarios para el desarrollo de su trabajo, teniendo asignada una cuenta de correo electrónico de la Generalitat Valenciana».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 12 de abril de 2.011 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de GENERALITAT VALENCIANA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº CINCO de los de ALICANTE, de fecha 4 de Febrero del 2010 , en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA Casilda; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a las entidades demandadas de la reclamación deducida frente a ellas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Casilda el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 28 de junio de 2.011, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 7 de septiembre de 2.010 y la infracción de lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española , artículo 53.5 en relación con el 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, así como el 113 y 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral; se denuncia asimismo, la infracción del artículo 43 ET , en relación con el apartado 2º de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre , del art. 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; y la aplicación indebida del art. 56 ET y art. 110 LPL .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2.011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 14 de junio de 2.012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si se produjo cesión ilegal de la trabajadora demandante desde la empresa "Valenciana de Aprovechamiento Energético de Residuos, S. A." (VAERSA) a la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana, y su incidencia en la acción de despido ejercitada por ella.

Tal y como consta en los hechos probados de la sentencia de 4 de febrero de 2.010 del Juzgado de lo Social número 5 de Alicante, transcritos en otra parte de esta resolución, la trabajadora Sra. Casilda inició el 4 de agosto de 2.005 su actividad como ingeniero técnico agrícola, contratada para obra o servicio determinado por la "Empresa de Transformación Agraria, S.A." (TRAGSA). En el desarrollo de su actividad laboral y resumiendo el relato fáctico de la sentencia de instancia, cabe señalar las siguientes particularidades:

a) Ese contrato inicial suscrito con TRAGSA tenía por objeto el control de plantaciones y viñedos ilegales, según encargo o encomienda de la Consejería de Agricultura de la Generalidad, estando prevista su duración hasta el 22 de diciembre de 2.005, fecha en la que efectivamente se produce el cese.

b) Dos meses más tarde, el 27 de febrero de 2.006 firmó un nuevo contrato para obra o servicio determinado para la empresa "Tecnología y Servicios Agrarios, S.A." (TRAGSATEC) cuyo objeto formal era el de la asistencia en la gestión a la aplicación a la nueva reforma de las ayudas comunitarias PAC, según encargo de la Consejería demandada, contrato éste que se extendió hasta el 31 de marzo de 2.008.

c) El 28 de abril siguiente suscribió otro contrato para obra o servicio determinado para realizar las mismas funciones, en esta ocasión con la empresa "Valenciana de Aprovechamiento Energético, S.A." (VAERSA).

d) El instrumento formal de la actividad a la que la demandante estaba adscrita era la encomienda de soporte técnico efectuada el 1 de octubre de 2.008 por la Consejería de Agricultura a la empresa Vaersa para el desarrollo del plan de actuación para la puesta en marcha de la nueva Organización Común de Mercados (OCM) vitivinícola durante el periodo 2-007-2.013, con una duración prevista hasta el 31 de marzo de 2.009. Las tareas a realizar eran las siguientes: apoyo técnico a la reestructuración y reconversión de viñedo (ejercicio 2008), soporte técnico en la toma de datos para su explotación durante la gestión de las ayudas, y planificación de la puesta en marcha de las derivadas del nuevo Programa de Apoyo al Sector Vitivinícola, tareas de mantenimiento de la información propia de la gestión de las medidas anteriores, desarrollo de controles de campo. El seguimiento de los trabajos se realizaría por el técnico de la Dirección General de Producción Agraria, para comprobar la correcta ejecución de los trabajos, que se abonarían contra presentación de facturas.

e) Como consecuencia de la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo por el Presidente de la Junta de Personal de Funcionarios de Servicios Territoriales de la Generalidad Valenciana en Alicante, se giró visita a los locales donde prestaba servicios la demandante y se procedió a redactor informe el 26 de septiembre de 2.008, del que se derivarían procedimientos sancionadores por cesión ilegal de trabajadores.

f) El 25 de marzo de 2.009 y con efectos de 10 de abril de 2.009 se le comunicó el cese por terminación de la obra contratada.

g) La demandante siempre llevó a cabo sus funciones en las mismas dependencias de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana en Alicante, junto con otros trabajadores de las empresas Tragsa, Tragsatec y Vaersa, y con el personal funcionario de la Generalidad, llevando a cabo idénticas tareas que desarrollaban los ingenieros técnicos agrícolas funcionarios de la Consejería. En consecuencia, era el jefe de la sección el que controlaba el quehacer diario, líneas de trabajo y dirección real y supervisión de todo el personal

de la sección; los puestos de trabajo se encontraban mezclados con los del personal funcionario, con total confusión de plantillas en la sección, sin que existiese información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, y desempeñándose el trabajo con medios materiales propios de la Consejería, salvo pequeñas excepciones.

h) El jefe del área de Garantía Agraria (personal de la Consejería) impartía órdenes de trabajo vía e-mail a la actora desde, al menos, el 12 de noviembre de 2007. De mayo de 2005 a 2009 la demandante llevó a cabo trabajos de tramitación y control administrativo de documentación de alegaciones y expedientes, control y archivo de documentación, tramitación de subrogaciones, preparación de salidas e inspecciones de campo, actas de control de campo, tramitación de recursos de alzada, control y archivo, documentación nóminas certificación viñedo, trámites de audiencia viñedo ilegal, inspecciones y comprobaciones, grabación solicitudes pago único, atención al público sobre dudas del pago único, recursos de reposición, fuera del objeto contratado por la Consejería con la empresa Vaersa.

SEGUNDO.- Planteada demanda por despido, la sentencia de instancia, partiendo de los hechos antes reflejados, estimó en parte la demanda y declaró la nulidad por vulneración de derechos fundamentales y por la existencia de cesión ilegal entre Valenciana de Aprovechamiento Energético S.A. y la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana, condenando a la primera de ellas, por opción realizada por la trabajadora a la inmediata readmisión como trabajadora con relación laboral de carácter indefinido de la Administración Valenciana, condenando solidariamente a las demandadas al abono de los salarios de tramitación, absolviendo a TRAGSA y TRAGSATEC de las pretensiones deducidas en su contra.

Fue recurrida en suplicación únicamente por la Administración Valenciana, amparándose en un único motivo de carácter jurídico, por indebida aplicación del artículo 43, en relación con el 42 del Estatuto de los Trabajadores . La Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, en la sentencia de 12 de abril de 2.011 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso por entender que no se había producido cesión ilegal alguna, porque en ese caso, se razona en ella, "*... no aparece que el encargo efectuado a Vaersa versara sobre actividades de decisión propias de la Administración pública por lo que el hecho de contratar tareas accesorias, de tramitación y similares, que no conllevaban la toma de decisiones directas por parte de Vaersa, en el desarrollo de tareas esenciales de la Consellería afectada, no constituye más que la actividad ordinaria, que no solo la Administración, sino la generalidad de las empresas, realizan habitualmente a través del instrumento de la contrata...*", con el resultado de revocar la sentencia de instancia en su integridad y desestimar la demanda por entender que no se había producido despido alguno.

TERCERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo interpone ahora la trabajadora demandante frente a la referida sentencia de la Sala de Valencia, denunciando la infracción del artículo 24 CE por violación de la garantía de indemnidad y del artículo 43 ET , proponiéndose como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social en fecha 7 de septiembre de 2.010 .

Esta sentencia de contradicción se refiere a un supuesto que guarda en relación con el que resolvió la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la LPL para la viabilidad del recurso. Se trataba en ella de otra trabajadora de la empresa Vaersa, que prestó también servicios previos para Tracsatec, en este caso con la categoría de auxiliar administrativo y contratos temporales para la realización de obra o servicio determinado siendo la causa inicial de la temporalidad para Tragsatec el "*apoyo en la gestión a la aplicación a la nueva reforma de la PAC, según encargo de la C.A.P.A de la Generalitat Valenciana*" y el siguiente para Vaersa, de la misma modalidad, en este caso para "*la asistencia técnica para el desarrollo del Plan de ejecución para la puesta en marcha de la nueva OCM vitivinícola y el PDR 2007- 2013 según Orden de Ejecución de la Consellería D'Agricultura, Pesca i Alimentació de la Generalitat Valenciana*".

En ambos casos, el soporte de la asistencia técnica eran los correspondientes documentos firmados para llevar a cabo la actividad correspondiente por Tragsatec primero y Vaersa después. En el caso de ésta y al igual que en el caso de la sentencia recurrida, fue el acuerdo de 1-10-2.008 por el que la Consejería demandada encomendó a VAERSA el desarrollo de un plan de actuación para la puesta en marcha de la nueva OCM vitivinícola en el periodo programado 2.007-2.013, con un periodo de ejecución previsto hasta el 31-3-2.009, ascendiendo el precio del servicio a 1.085.060,23 euros a abonar contra la presentación de las facturas correspondientes, una vez comprobada su correcta ejecución por el técnico que designe la Dirección General de Producción Agraria, considerándose por la Administración en fecha 26-5-2.009 que dichos trabajos se habían realizado en el plazo de ejecución pactado.

Consta acreditado en esa sentencia que la Inspección de Trabajo giró la misma visita a que se refiere la sentencia recurrida y con el mismo resultado en cuanto a la actividad de la actora, comprobándose que la demandante prestaba servicios en la sección de producción vegetal realizando el mismo trabajo que el que llevaban a cabo los funcionarios de la Consellería, realizando funciones englobadas dentro de las Competencias Generales de la Consellería, siendo el jefe de sección dependiente de la Administración el que controlaba el trabajo diario y líneas de trabajo, gozando de la dirección real así como de la supervisión y organización del todo el personal de la sección, siendo quien revisaba los diferentes trabajos, daba el visto bueno y tenía la última palabra, dando al efecto las órdenes e instrucciones precisas. También aquí se constató en la referida visita de inspección que los puestos de trabajo se encontraban mezclados con los de personal funcionario, sin haber recibido la actora información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, utilizando tanto medios de trabajo propios de la empleadora como de la Consellería.

La sentencia de instancia resolvió la demanda por despido, con cese efectuado en la misma fecha que en la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido en los mismo términos que la sentencia antes examinada. Recurrida en suplicación, la sentencia de contraste, pese a resolver un supuesto prácticamente idéntico al de la sentencia recurrida, llegó a la solución contraria al acoger la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, porque resultaba patente que la encomienda de gestión fue utilizada de forma fraudulenta para la cesión de la trabajadora contratada formalmente por Tragsatec y Vaersa para trabajar dentro del ámbito organicista y rector de la Consejería, realizando funciones propias de las competencias de esta que excedían de las encomienda de gestión que servía de soporte a la supuesta subcontrata de obras y servicios, manteniéndose íntegramente la decisión de instancia.

Ante la evidente contradicción de las sentencias comparadas procede que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto, señalando la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exigen los artículos 217 y 226 de la LPL .

CUARTO.- Como antes se enunció, el problema de fondo que ha de resolverse en el presente caso, se refiere a la interpretación que haya de darse al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la situación de la demandante, para apreciar si realmente existió una cesión ilegal desde la empresa Vaersa hacia la Consejería de Agricultura de la Generalidad.

Dice el artículo 43.2 ET que *"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario"*.

La doctrina de esta Sala en aplicación del precepto 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.

Esa doctrina se recoge, entre otras, en las sentencias de 19 de enero de 1994 , 12 de diciembre de 1997 , 14 de diciembre de 2001 , 17 de enero de 2002 , 16 de junio de 2003 , 3 de octubre de 2005 , 20 de julio de 2007 , 4 de marzo de 2008 y 25 de junio de 2009 . Establecen estas sentencias que *"la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita"*.

Por ello, se recuerda en aquéllas SSTs, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señala que la cesión puede tener lugar *"aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta"* y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, *"aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria"* . El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 , y más recientemente en una serie de SSTs relacionadas con la cesión ilegal estimada en la prestación de servicios para un Ayuntamiento, de las que a título de ejemplo se citan las de 27 de enero de 2.011 rec. 1813/2010 , y 2 de junio de 2.011, rec. 1812/2010 .

En todas ellas se destaca la relevancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata como factor esencial para la calificación de la situación resultante, de manera que, en definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, 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.

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.

QUINTO.- En el caso que ahora resolvemos, la Sala entiende que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, se ha producido una cesión ilegal de la trabajadora demandante desde la empresa Vaersa a la Consejería de Agricultura de la Generalidad Valenciana, con lo que

desde ahora afirmamos que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste.

Tal y como consta en el inalterado relato histórico de la sentencia de instancia, que se apoya básicamente en cuanto a la realidad de la actividad en el detallado informe de la Inspección de Trabajo, la demandante llevaba a cabo su actividad de ingeniero técnico agrícola en las dependencias de Alicante de la Consejería de Agricultura, en el número 2 de la calle Profesor Manuel Sala, junto con otros trabajadores de las empresas Tragsa, Tragsatec y Vaersa, y también con el personal funcionario de la Generalidad, todos ellos mezclados, realizando la demandante idénticas tareas que desarrollaban los ingenieros técnicos agrícolas que tenían la condición de funcionarios de la Consejería, lo que revelaba que la insuficiencia de plantilla, el número de vacantes de funcionario era determinante para llevar a cabo la contratación de personal externo. Por otra parte, era el jefe de la sección -personal de la Generalidad- el que controlaba el quehacer diario, líneas de trabajo y dirección real y supervisión de todo el personal de la sección. Los puestos de trabajo se encontraban mezclados con los del personal funcionario, con total confusión de plantillas en la sección, sin que existiese información en materia de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, y desempeñándose el trabajo con medios materiales propios de la Consejería, salvo pequeñas excepciones. También consta que el jefe del área de Garantía Agraria (personal de la Consejería) impartía órdenes de trabajo vía e-mail a la actora desde, al menos, el 12 de noviembre de 2007.

De todo ello cabe deducir que realmente la actividad de la actora se producía únicamente desde el punto de vista formal para Vaersa, de la que es cierto que percibía el salario y le concedía las vacaciones, pero en realidad todas las funciones que llevaba a cabo, eran dirigidas, orientadas, examinadas y en realidad aprobadas finalmente por la Administración, que realmente era la destinataria de su actividad profesional.

Es cierto, en principio, había cobertura formal para que la trabajadora demandante llevase a cabo sus funciones en la manera que lo hacía, como cabría deducir del contenido de la encomienda de soporte técnico efectuada el 1 de octubre de 2.008 por la Consejería de Agricultura a la empresa Vaersa para el desarrollo del plan de actuación para la puesta en marcha de la nueva Organización Común de Mercados (OCM) vitivinícola durante el periodo 2-007-2.013, con una duración prevista hasta el 31 de marzo de 2.009. Con arreglo a ello, las tareas a realizar eran las siguientes: apoyo técnico a la reestructuración y reconversión de viñedo (ejercicio 2008), soporte técnico en la toma de datos para su explotación durante la gestión de las ayudas, y planificación de la puesta en marcha de las derivadas del nuevo Programa de Apoyo al Sector Vitivinícola, tareas de mantenimiento de la información propia de la gestión de las medidas anteriores, desarrollo de controles de campo. El seguimiento de los trabajos se realizaría por el técnico de la Dirección General de Producción Agraria, para comprobar la correcta ejecución de los trabajos, que se abonarían contra presentación de facturas.

Pero la realidad era que la demandante desde mayo de 2005 a 2009, además de llevar a cabo su actividad en la forma y finalidad antes descrita, llevó a cabo otros trabajos fuera del ámbito de esa encomienda, como los de tramitación y control administrativo de documentación de alegaciones y expedientes, control y archivo de documentación, tramitación de subrogaciones, preparación de salidas e inspecciones de campo, actas de control de campo, tramitación de recursos de alzada, control y archivo, documentación nóminas certificación viñedo, trámites de audiencia viñedo ilegal, inspecciones y comprobaciones, grabación solicitudes pago único, atención al público sobre dudas del pago único y recursos de reposición, tal y como se afirma en el incontrovertido hecho probado noveno de la sentencia de instancia.

De todo ello se desprende que realmente se produjo esa cesión ilícita de la trabajadora desde Vaersa a la Consejería de Agricultura de la Generalidad encuadrable en la descripción que lleva a cabo el antes transcrito artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, solución que no se ve afectada por el hecho cierto de que -como afirma la sentencia recurrida para negar que exista esa cesión- el encargo de apoyo técnico encomendado a Vaersa no implicaba la toma de decisiones,

que la Administración siempre se reservaba, pues lo relevante en la cesión ilícita no es realmente que la empresa cedente sea capaz de tomar por sí decisiones que afecten al ámbito de actuación de la cesionaria, sino que realmente la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con el que llevan a cabo los trabajadores, los funcionarios de la Administración, más allá además de los términos de la contrata, pues afirmar lo contrario impediría aplicar las previsiones del artículo 43 del ET a las Administraciones Públicas, cuyo ámbito de decisión en las materias que son de su competencia exclusiva -como es el caso- no cabe contratarlo con terceros.

SEXTO.- En consecuencia, de lo razonado hasta ahora se desprende la necesidad de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto por la Administración Autonómica de la Comunidad Valenciana, confirmándose la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre y representación de D^a Casilda , contra la sentencia de 12 de abril de 2.011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 474/2011 , formulado frente a la sentencia de 4 de febrero de 2.010 dictada en autos 643/2009 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante seguidos a instancia de D^a Casilda contra Empresa de Transformación Agraria (TRACSA), Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRACSATEC) Valencia de Aprovechamiento Energético (VAERSA), Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el de tal clase interpuesto por la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus puntos.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

