



Roj: **STSJ AND 11134/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11134**

Id Cendoj: **41091340012017103108**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **725/2017**

Nº de Resolución: **3377/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 0725/17-L, sentencia nº 3377/17

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO**

**D<sup>a</sup>. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a dieciséis de Noviembre de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 3377 /17**

En los recursos de suplicación interpuestos por el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD y por D<sup>a</sup>. Marcelina , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz en sus autos núm. 849/14; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente primero, el SAS fue demandado, junto a ALSUNI SAN FERNANDO S.L., DIMOBA SERVICIOS S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y la CONSEJERÍA DE SALUD, por la recurrente segunda D<sup>a</sup>. Marcelina , en demanda de despido y fijeza electiva, se celebró el juicio y el 3 de septiembre de 2015 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando la improcedencia del despido efectuado por ALSUNI SAN FERNANDO S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD el 30-9-14 y condenando solidariamente a estas a que opten entre la readmisión de la actora o el abono a esta de la indemnización de 12.602,618 euros; para el caso de opción por la readmisión, el abono a Marcelina de una cantidad de salarios de tramitación igual a la suma de los salarios dejados de percibir a razón de 24,943333 (sic) euros diarios, durante los días posteriores al despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; se desestimó el resto de acciones (sic).



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

"PRIMERO.- Marcelina ha venido prestando sus servicios dirigidos y retribuidos por cuenta de ALSUNI SAN FERNANDO, S.L., relación que presentaba las siguientes características:

\*.- antigüedad de 7-11-02, de modo que aunque dicha entidad le contrató en virtud de sendos contratos escritos de 1-1-12 y 1-9-12, dichos contratos no hacían sino reproducir el clausulado contractual que venía rigiendo entre dicha trabajadora y las anterior empresas adjudicatarias del servicio (desde el 7-11-02) y que luego fue adjudicado a DIMOBA SERVICIOS S.L. (desde el 1-1-11 al 31-12-11) y finalmente a Alsuni;

\*.- dichos servicios consistían en los servicios de atención telefónica centralizada del hospital que gestionaba el MINISTERIO DE DEFENSA hasta el 30-9-14 y luego el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD desde el 1-10-14, en el Hospital de San Carlos, en San Fernando;

\*.- durante el periodo de gestión del hospital por el Ministerio de Defensa, todas las directrices e instrucciones sobre la manera de coordinarse dicha trabajadora con el resto de departamentos o dependencias del hospital se emitían por el personal directamente nombrado o contratado por la Administración Pública, quedando limitadas las facultades organizativas de Alsuni a las concernientes a la forma de pago de percepciones económicas y formas de sustitución en los casos de ausencia de alguna de las tres trabajadoras que conformaban el equipo dedicado a la telefonía central del citado hospital; salvo una placa identificativa, el resto de utensilios utilizados por Marcelina para prestar el servicio se los facilitaba personal directamente dependiente de la Administración Pública y que culminaba en la persona del Coronel Médico Sr. Juan María ;

\*.- auxiliar de servicios, con a función de operadora central de telefonía;

\*.- jornada completa;

\*.- salario mensual siguiente:

.- salario base: 641,40 euros;

.- prorrata de pagas extras: 106,90 euros;

.- suma: 748,30 euros mensuales = 24,943333 euros diarios.

No ha tenido representación legal o sindicarse de otros trabajadores.

SEGUNDO.- En fecha de 30-9-14 el Ministerio de Defensa cesó en su gestión de aquel centro sanitario, haciéndose cargo de la misma el Servicio Andaluz de Salud, la cual subrogó parte del personal que ejecutaba labores en el mismo.

TERCERO.- En fecha de 30-9-14 por parte de Alsuni se comunicó verbalmente a Marcelina que con fecha de efectos de ese mismo día finalizaba la vigencia de su relación, sin entrega de cantidad indemnizatoria alguna.

CUARTO.- La parte reclamante formuló papeleta de conciliación reclamando por despido frente a Alsuni, acto que transcurrió conforme a las siguientes circunstancias:

\*.- fecha de presentación de la papeleta: 29-10-14;

\*.- fecha de celebración de la comparecencia: 18-11-14;

\*.- resultado: asistencia de ambas, aunque sin avenencia.

Las reclamaciones previas frente al M. Defensa y Servicio Andaluz de Salud de fecha 29-10-14 fueron desestimadas." (SIC)

**TERCERO.-** El demandado SAS y la actora recurrieron en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado el primer recurso por la actora.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente y condenados solidariamente ALSUNI SAN FERNANDO S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD a las consecuencias legales, desestimándose el resto de acciones (sic), sin que nada se diga del resto de codemandados, se alza primero el codemandado SAS por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, el 2º; como la infracción del art. 44 ET y del art. 43 ET con los argumentos que la actora ni era personal del Mº de Defensa, ni ha sido traspasada a la Comunidad Autónoma, desconociendo el porqué es condenada pues nada se argumenta sobre el art. 43 ET ni sobre el porqué es condenada solidariamente, lo que le causa indefensión, invocándose la infracción del



art. 24 CE . Añade que en todo caso el titular del contrato administrativo de servicios por el que la demandante prestaba servicios en el Hospital Militar era el Mº. De Defensa.

En segundo lugar se alza la demandante por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS se denuncia la infracción del art. 1 , 5 y 43 ET con el argumento de que no hay pronunciamiento alguno sobre la cesión ilícita. También denuncia la infracción del art. 43.4 ET en relación con la resolución de 25-5-10 de la Secretaría de Estado y Presupuestos sobre actualización de retribuciones con el argumento de que el salario módulo a efectos del despido es el de la fecha del mismo y no el pactado con la empresa ALSUNI dada la cesión ilegal que padeció. Fija el salario en 1.295,81€ mensuales.

La actora ejercita diversas acciones, una de despido y otra de cesión ilícita, y así como pretensión principal pretende el que declarada una sucesión empresarial por parte del SAS y al no contratarla se produjo un despido, y así concluye que debe ser condenado el SAS a las consecuencias legales. Subsidiariamente pretende la actora el que el despido del 30-9-14 se declare improcedente y se condene solidariamente al Mº. de Defensa y a la empresa ALSUNI a las consecuencias legales y que en caso de que se aprecie prestamismo laboral la actora opta por la condición laboral fijo para el Mº. De Defensa.

La sentencia declara improcedente el despido del 30-9-14 y condena solidariamente a ALSUNI SAN FERNANDO S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD a las consecuencias legales de tal declaración.

**SEGUNDO.-** El recurrente SAS pretende revisar el HP 2º para que sea sustituido por otro que diga "En fecha de 30-9-14 el Ministerio de Defensa cesó en la gestión de aquel centro sanitario, al haber sido transferidos a la Junta de Andalucía, los servicios que se prestaban por el Ministerio de Defensa, por Real Decreto 803/2014, de 19 de septiembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de los medios personales adscritos al hospital General Básico de la Defensa "San Carlos" de San Fernando, Cádiz. La Orden SSI/1177/2014, de 27 de junio por la que se integra en la condición de personal estatutario al personal laboral del Ministerio de Defensa, relaciona en el ANEXO el personal objeto de traspaso".

Lo apoya en la documental de los f. 392 a 394 y 394 a 419.

Se accede a la revisión dada la parquedad de los hechos, amén de que la redacción que contiene la sentencia de ese hecho prejuzga el fallo, siendo, sin embargo, esencial al sentido del fallo el que conste que acaece el 30-9-14 y el 1-10-14.

**TERCERO.-** El SAS denuncia la infracción del art. 44 ET con el argumento que la actora ni era personal del Mº de Defensa, ni ha sido traspasada a la Comunidad Autónoma.

El SAS denuncia la infracción del art. 43 ET con el argumento que desconoce el porqué es condenada pues nada se argumenta sobre el art. 43 ET . La actora también denuncia la infracción del art. 43 ET con el argumento de que no hay pronunciamiento alguno sobre la cesión ilícita.

Es reiterada la jurisprudencia que establece que **en supuestos de empresas concesionarias de servicios públicos, la Administración titular del servicio carece de vínculo laboral con los trabajadores de las mismas** ; lo que hay es una relación meramente administrativa entre la empresa concesionaria y la Administración, que se establece a través de un contrato administrativo de prestación de servicios.

Ahora bien, pese a no tener ningún vínculo laboral con los trabajadores de la empresa concesionaria, surgen dudas sobre si en determinados **supuestos la Administración titular del servicio objeto de la concesión debe o no continuar con las relaciones laborales de la empresa concesionaria.**

En concreto, las dudas surgen en el **supuesto de autos en que con ocasión de una contrata o concesión administrativa se produce una cesión ilegal de trabajadores a la Administración Pública.**

Se produce este supuesto cuando con la contrata o concesión se trata de ocultar que el verdadero empresario es la Administración y así en la sentencia se nos relata en el HP 1º que *"durante el periodo de gestión del hospital por el Ministerio de Defensa, todas las directrices e instrucciones sobre la manera de coordinarse dicha trabajadora con el resto de departamentos o dependencias del hospital se emitían por el personal directamente nombrado o contratado por la Administración Pública, quedando limitadas las facultades organizativas de Alsuni a las concernientes a la forma de pago de percepciones económicas y formas de sustitución en los casos de ausencia de alguna de las tres trabajadoras que conformaban el equipo dedicado a la telefonía central del citado hospital; salvo una placa identificativa, el resto de utensilios utilizados por Marcelina para prestar el servicio se los facilitaba personal directamente dependiente de la Administración Pública y que culminaba en la persona del Coronel Médico Sr. Juan María .../..."* mas en el FDº 1º con valor de hecho figura que *"no se acredit(a) organización alguna del servicio por parte de Alsuni; .../... que no existía directivo alguno de Alsuni allí"* con lo que **se incurrió en cesión ilegal de trabajadores** al darse las siguientes circunstancias ( SSTS 2-11-16, EDJ 215611 ; 26-10-16 , EDJ 202737): La empresa cedente ALSUNI no ejercía las funciones inherentes a su



condición de empresario; es decir, no ponía al servicio de la cesionaria la organización empresarial que poseía ( SSTS 24-6-08, EDJ 166870 ; 11-5-11, EDJ 91320 ; 2-6-11 , EDJ 131436), por lo cual, no llevaba a cabo la dirección del servicio "de atención telefónica centralizada del hospital", ni gestionaba la prestación del mismo, al carecer de una organización autónoma e independiente en el seno de la comitente: el Mº. De Defensa.

Estamos ante la cesión de trabajadores en sentido propio y a la fecha del despido el 30-9-14 no coinciden la relación laboral real con la formal y que el empresario efectivo, el Mº de Defensa, debe asumir sus obligaciones, ilicitud que además afecta a la Administración Pública, cabiendo esa declaración respecto a un Ministerio ( STS 25-1-11 , EDJ 14010).

Alegada por la trabajadora la ilegalidad de la cesión al accionar frente al despido del que ha sido objeto, de tal manera que como es el caso, en este proceso debe dirimirse su existencia y extraer sus consecuencias ( SSTS 19-1-94, EDJ 242 ; 21-3-97, EDJ 3148 ; 19-11-02, EDJ 61475 ; 8-7-03, EDJ 108449 ; 12-2-08, EDJ 82888 ; 14-10-09, EDJ 300327 ; 30-9-14 , EDJ 197595) siendo una consecuencia directa del tráfico prohibido de trabajadores la fijeza laboral en plantilla, pero como **la ilicitud afecta a una Administración Pública la opción consiste en que de incorporarse a la Administración, no se obtiene la fijeza en plantilla, sino la mera declaración de indefinido** ( SSTS 27-12-02, EDJ 61484 ; 28-10-03, EDJ 127743 ; 7-4-09, EDJ 72859 ; 8-4-09, EDJ 143974 ; 23-4-09, EDJ 92569 ; 28-4-09, EDJ 101845 ; 5-5-09, EDJ 101838 ; 8-7-09, EDJ 171916 ; 27-1-11 , EDJ 8563) pero en último extremo, no se encuentra sustento alguno en la sentencia del porqué, de haberse producido la cesión ilegal por parte del Mº de Defensa, ello implica la responsabilidad solidaria del SAS, cuando jamás ha tenido a tal personal prestando servicios bajo su organización y dirección.

En fin, al haberse producido el fenómeno interpositorio, la responsabilidad de los efectos de esa declaración obviamente corresponde al Ministerio de Defensa, al ser la administración titular del contrato administrativo de servicios en cuya virtud la actora prestaba sus servicios en el hospital militar.

**CUARTO.-** Cuestión ahora a dilucidar es si el SAS tuvo la obligación de subrogarse en el contrato indefinido de la actora cuando su contrato había sido extinguido con anterioridad, no estando vigente al momento de la transmisión (vid. f. 212) pues **la garantía de continuidad de los contratos de trabajo presupone que éstos continúen en vigor** y ello por la propia naturaleza de la subrogación, que si supone la entrada de un nuevo empresario en la posición del anterior, tal cambio meramente subjetivo debe operar en principio respecto al conjunto de las obligaciones que integran el contenido contractual, como por lo demás prevé el art. 1212 CC , que establece que la subrogación transmite al subrogado el crédito con todos los derechos a él anexos. Y así se prevé también en el modelo legal del art. 44 ET , en el que el nuevo empresario queda "subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior".

Luego, si ALSUNI S.L., con fecha 30-9-14 (f. 212), comunica a la trabajadora que con fecha 30 de septiembre de 2014 finalizará el contrato de arrendamiento de servicio que hasta ese momento tenía con el Hospital de Defensa y que a partir de esa fecha pasaran a prestar el servicio arrendado personal del SAS y que por tanto a partir de esa fecha se da por extinguida la relación laboral por extinción de la contrata, no cabe pretender la subrogación cuando ha habido una extinción laboral previa puesto que, reiteramos, **la garantía de continuidad de los contratos de trabajo establecida en el art. 44 ET presupone que los contratos de trabajo continúen en vigor** y no se hayan extinguido válidamente de modo que si se nos dice que "En fecha de 30-9-14 por parte de Alsuni se comunicó verbalmente a Marcelina que con fecha de efectos de ese mismo día finalizaba la vigencia de su relación" cuando ya se lo había notificado por escrito el 12-9-14, realizando la liquidación en la nómina de septiembre, coherentemente se debió fallar de modo distinto al que se hizo.

En suma, que sobre la aplicación de los efectos de la subrogación legal ex art. 44 ET a la actora ya vamos diciendo que no cabe al no ser una relación laboral vigente al tiempo de la sucesión.

**QUINTO.-** Sostenemos que el SAS no pudo ser condenado a las consecuencias del despido improcedente tanto por la razón antes expuesta como por el propio **proceso de transferencias de las funciones y servicios que venía prestando la administración militar a favor de la Comunidad Autónoma Andaluza.**

Las normas reguladoras de este proceso, delimitan claramente las responsabilidades que asumen la administración militar y la Comunidad Autónoma Andaluza, y los derechos y obligaciones en los que el SAS se subroga, entre los que no se encuentra ningún contrato administrativo de servicio.

El día 30-9-14 el Ministerio de Defensa deja de gestionar el hospital en el que prestaba sus servicios la recurrente por cuenta de empresa ALSUNI S.L., que mantenía, por cuenta del Ministerio de Defensa un contrato administrativo de servicios, y que en esa fecha, tanto la titularidad del inmueble en el que se alberga, como la gestión del servicio que venía prestando (asistencia sanitaria a personal de defensa) pasaron a depender, y a ser gestionados por la Comunidad Autónoma Andaluza, pero ello no implicó el que el SAS se subrogara parte del personal que ejecutaba labores en el mismo, como es el caso de la recurrente, puesto que la actora



prestaba servicios por cuenta de la empresa Alsuni San Fernando S.L, que a su vez prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa en virtud de sucesivos contratos administrativos de servicios, regulados por la ley de Contratos del Sector Público -Real Decreto Legislativo 3/2011-, celebrados entre el Ministerio de Defensa y tal mercantil.

Es la Orden SSI/1177/2014, de 27 de junio la que viene a regular el traspaso de las funciones y servicios, que se prestaban en ese centro a esta Administración autonómica, para posteriormente, por Decreto del Consejo de Gobierno 162/2014, de 18 de noviembre asignarlas al SAS.

Son normas de derecho público, las que han vertebrado las transferencias del personal que presta sus servicios en ese centro: funcionario público, laboral fijo y estatutario, al SAS.

En fin, no concurre una causa legal de subrogación que la haría obligatoria, ni tampoco alcanza a la actora los efectos de una sucesión legal ex art. 44 ET dado que, como dijimos en el precedente fundamento, estos efectos solo pueden alcanzar a las relaciones laborales vigentes no a los contratos que se hubieran extinguidos al tiempo de la sucesión o con carácter previo, como es el caso de autos, quedando extramuros del mecanismo subrogatorio. Bajo ningún concepto estamos ante una subrogación total "del personal que ejecutaba labores en el mismo", sino ante una transferencia de funciones y servicios entre distintas administraciones Públicas, y el correlativo traspaso, en exclusiva, del personal funcionario público, estatutario fijo o laboral fijo, que viene realizándolas, pero nada más, sin que se afecte en ningún caso al personal de las empresas contratistas de Defensa.

En resumidas cuentas, es un prolijo iter normativo que se inició con la Resolución 420/38009/2014, de 17 de enero (BOE de 20 de enero) que acordó la publicación del Protocolo General de Colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Junta de Andalucía, con el objeto de "fijar el marco básico de colaboración entre las partes firmantes para llevar a cabo las siguientes actuaciones en relación al Hospital General Básico de la Defensa en San Fernando. Luego por Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero (BOE de 21 de febrero de 2008) se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal de la Red Hospitalaria de la Defensa. Convocado el proceso de integración por Orden PRE264/2014, de 25 de febrero, y tras su tramitación se resuelve por Orden

SSI/1177/2014, de 27 de junio por la que se integra en la condición de personal estatutario al personal laboral del Ministerio de Defensa, y que se relaciona en el ANEXO 1 de dicha norma. Finalmente, tanto por Real Decreto 803/2014, de 19 de septiembre, se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta Paritaria Gobierno- Junta de Andalucía del día 12 de septiembre de 2014, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de los medios personales adscritos Hospital General Básico de la Defensa "San Carlos" en San Fernando, Cádiz, como por Decreto 162/2014, de 18 de noviembre (BOJA de 27 de noviembre de 2014) se asignan los medios personales traspasados al Servicio Andaluz de Salud, y como dispone el artículo único punto 2 : "El Servicio Andaluz de Salud incorporará a sus plantillas con carácter definitivo al personal traspasado a esta Comunidad Autónoma con la condición de estatutario fijo, y habilita en la disposición final primera para que por parte de la Consejería de Salud se dicten las disposiciones que sean necesarias para quienes hayan sido traspasados a esta Comunidad Autónoma con la condición de personal funcionario o de personal laboral fijo."

De manera, que el personal que venía prestando sus servicios en el hospital citado, ya fuere con vínculo de carácter estatuario, ya funcional, como con contrato laboral fijo, ha pasado a formar parte del SAS, en un traspaso de competencias de la Administración Militar al SAS, y que afecta a personal que ostenta la condición de funcionario público o laboral fijo al servicio de una Administración Pública y por tanto, tanto su traspaso como la posterior integración en estos nuevos regímenes jurídicos, se regulan por normas de derecho público, con pleno respeto al principio de legalidad, y a sus derechos estatutarios que le son inherentes.

En fin, el SAS, ni ha tenido, ni puede tener responsabilidad alguna en el cese en el puesto de trabajo de la actora acordado por la entidad ALSUNI S.L., pues no ha mantenido vínculo contractual alguno con esa empresa, ni ha formado parte del personal que ha sido traspasado a la Comunidad Autónoma y obviamente entre las relaciones de personal que figuran en los ANEXOS de transferencias, no figura la actora.

La sentencia confunde los hechos, dificulta su adecuada comprensión y lleva a una aplicación errónea de las normas pues entiende, erróneamente, que la actora formaba parte del personal del Ministerio de Defensa traspasado a la Comunidad Autónoma, pues en otro caso, no se entiende que se fundamente la estimación de la demanda, entre otros argumentos, en el hecho de que "el traspaso de parte del personal del Ministerio de Defensa al Servicio Andaluz de Salud resulta de las testificales prestadas en juicio", cuando el proceso de transferencias es reglado por las prolijas normas citadas, por lo que su existencia, no requiere práctica de testifical alguna.



El personal transferido figura identificado y relacionado en los Anexos, y a su vista, se concluye, que la recurrente no ha formado parte, ni podía formar del personal del Ministerio de Defensa que ha sido traspasado a esta Administración Autonómica, por lo que no debió ser condenado el SAS.

**SEXTO.-** Al sostenerse que efectivamente **se ha infringido el art. 43 ET** en el fallo de la sentencia de instancia debió figurar tal declaración, de existencia de cesión ilegal, como de indefinido, y que los derechos y obligaciones de la trabajadora deben ser los que le correspondan en el mismo o equivalente puesto de trabajo y en condiciones ordinarias y que el salario que corresponde a la trabajadora que ha optado por integrarse en la empresa cesionaria es el establecido en el convenio colectivo para otro trabajador de la misma categoría profesional y antigüedad ( SSTS 17-3-15, EDJ 45765 ; TS 21-3-97, EDJ 3148 ; 30-11-05, EDJ 230451 ; 9-12-09, EDJ 300338 ; 25-5-10, EDJ 133563 ; 25-1-11, EDJ 14010 ; 26-1-11, EDJ 10757); no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente ( SSTS 9-12-09, EDJ 300338 ; 25-5-10, EDJ 133563 ; 25-1-11, EDJ 14010 ; 26-1-11, EDJ 10757), o el que le hubiera abonado la empresa cesionaria en un periodo anterior y durante la vigencia del contrato fraudulento que dio origen a la calificación de cesión ilegal ( STS 9-12-09, EDJ 300338) luego habiéndose declarado la existencia de la cesión ilegal, debió aplicarse el Estatuto Básico del Empleado y Público, y como el salario viene determinado en la Resolución de 25 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos por la que se dictan resoluciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio (BOE nº 128 de 26 de mayo) la actora debe ser clasificada a los efectos de la fijación del salario regulador para el cálculo de la indemnización por despido, en el colectivo de empleados **pertenecientes al grupo 4** y por tanto **el salario regulador**, a efectos de despido, debe ascender a **1.295,81€ mensuales**, con prorrateo de las pagas extraordinarias conforme al siguiente cálculo (S.Base: 1.034,20 e/mes + 3 trienios 25,50 x3) x 14 pagas /12 = 1.295,18€, dada la antigüedad, -1-1-12-, y los trienios devengados.

Estimados los motivos de sendos recursos, se revoca la sentencia y declarada la existencia de cesión ilegal y optado la actora por la cesionaria, debió de estimarse la pretensión subsidiaria y así declarado improcedente el despido las consecuencias del mismo solo alcanzan al Mº. de Defensa y a la empresa ALSUNI S.L., debiendo ser el módulo salarial el antes dicho.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **estimación de los recursos** de suplicación interpuestos por el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD y por Dª. Marcelina, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz en sus autos núm. 849/14, en los que el recurrente primero, el SAS, fue demandado, junto a ALSUNI SAN FERNANDO S.L., DIMOBA SERVICIOS S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y la CONSEJERÍA DE SALUD, por la recurrente segunda Dª. Marcelina, en demanda de despido y fijeza electiva, y como consecuencia **revocamos dicha sentencia, estimando la pretensión subsidiaria, declarando la existencia de cesión ilegal y el correlativo derecho de Dª. Marcelina a optar por incorporarse, como indefinida no fija de plantilla, con el salario que le corresponda en el equivalente puesto de trabajo -Grupo 4- y en condiciones ordinarias, en el MINISTERIO DE DEFENSA**, declarando que el cese de la actora verificado el 30 de septiembre de 2014 constituye despido improcedente y condenando al **MINISTERIO DE DEFENSA** demandado a optar, en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito o por comparecencia ante esta Sala, entre la readmisión de la trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o el abono de una indemnización ascendente a de 21.630,64€ y, para el caso de que optare por la readmisión, al abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 42,58€/día, calculados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia que declara la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores y del derecho de la empleadora a reclamar -en otro pleito dirigido contra el Estado, con citación de la demandante- los salarios de tramitación que pague a éste y excedan de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, hasta la fecha en que se notifique esta sentencia a la empresa.

Al haberse elevado la cuantía de la indemnización, el **MINISTERIO DE DEFENSA** dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, podrá cambiar el sentido de su opción -caso de haber ya optado-, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo.



La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora.

A efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada.

Se condena solidariamente a la empresa ALSUNI SAN FERNANDO, S.L. de las consecuencias económicas del despido acordado por tal empresa.

**Se absuelve al SAS** de todas las pretensiones aquí ejercitadas.

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

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

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-0725- 17, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso.

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

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

**PUBLICACIÓN** : En Sevilla a dieciséis de Noviembre de dos mil diecisiete.