



Roj: **STSJ MU 942/2014 - ECLI: ES:TSJMU:2014:942**

Id Cendoj: **30030340012014100291**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2014**

Nº de Recurso: **94/2014**

Nº de Resolución: **353/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL RODRIGUEZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 942/2014,**
STS 2754/2016

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00353/2014

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 34 4 2014 0000017

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000094 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000581 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de CARTAGENA

Recurrente/s: MINISTERIO DE DEFENSA (SERVICIO MILITAR DE CONSTRUCC

Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: CASTEGUILL S.L, OUTSURCE LEVANTE S.R.L. , CONTRANET EUROPA S.L. , María Teresa , FOGASA FOGASA

Abogado/a: JULIO FRIGARD HERNANDEZ, JULIO FRIGARD HERNANDEZ , ANA CARLOTA GARCIA PAPI MARTINEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

En MURCIA, a veintiocho de abril de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 0124/2013 del Juzgado de lo Social número 3 de Cartagena, de fecha 3 de abril, dictada en proceso número 0581/2012, sobre DESPIDO, y entablado por María Teresa frente a MINISTERIO DE DEFENSA, CASTEGUILL SL, CONTRANET EUROPA SL. OUTSOURCE LEVANTE SRL Y FOGASA.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- La demandante, Da . María Teresa , venía prestando servicios, desde el 17 de septiembre de 2007, como auxiliar administrativa, en la Jefatura de Aprovisionamiento JAPCART de Cartagena, (adscrita al MINISTERIO DE DEFENSA), contratada últimamente por la empresa CASTEGUILL, SL, desempeñando una jornada laboral de 23 horas semanales, percibiendo una remuneración de 667,20 euros mes, brutos con prorrata de pagas extraordinarias o 22,24 euros brutos diarios. SEGUNDO.- En el desempeño de esa actividad, la demandante ha sido contratada sucesivamente y sin solución de continuidad por las empresas que resultaban adjudicatarias de contratos licitados por el Ministerio de Defensa:

CONTRANET EUROPA, SL, (desde 17.09.2007 a 30.06.2009, con altas y bajas sucesivas).

OUTSOURCE LEVANTE, SL, (02.07.2009 a 31.12.2010).

CONTRANET EUROPA, SL, (desde 01.01.2011 a 31.12.2011), y

CASTEGUILL, SL, desde 01.01.2012 a fecha de cese.

Se tiene por reproducido Informe de Vida Laboral, expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, que obra al documento echo de la parte actora y los contratos de trabajo obrantes en su ramo documental. TERCERO.- Al efecto se suscribieron contratos de duración determinada, convirtiéndose la relación en con excepción del último de 01.01.2012, que lo fue con CASTEGUILL SL, de carácter indefinido y en el que se refleja reconocimiento de antigüedad de 01.07.2008. (Documento número tres de Casteguill, SL). CUARTO.- El inicio de los servicios el 17.09.2007, se produjo mediante suscripción de contrato de duración determinada con CONTRANET EUROPA, SL, tal y como se refleja en el contrato. (Documento nueve de la parte actora). QUINTO.- Disfrutó de excedencia voluntaria del periodo de 24.02.2012 a 19.06.2012. SEXTO.- La actora realizaba sus funciones bajo la supervisión y organización de personal del Ministerio de Defensa, de quien recibía instrucciones. Se encontraba incluida dentro de la estructura productiva del Ministerio de Defensa, sin que se haya constatado la existencia de personal que ejercitara funciones de coordinador de las empresas que han ido ostentando, sucesivamente, 'la condición de empleadora. En particular las instrucciones se recibían del Comandante Urbano . Se tienen por reproducidos los documentos que obran al bloque siete de los aportados por la actora. SÉPTIMO.- El material de trabajo utilizado por la actora pertenece al Ministerio de Defensa, así como los distintos sistemas informáticos con los que desempeñaba sus funciones. OCTAVO.- Con fecha 15 de junio de 2012, la codemandada CASTEGUILL, SL, notificó a la actora la extinción objetiva de la relación laboral, con efectos de 30 de junio de 2012, debido- a causas productivas, debida a la disminución de servicios por reducción de licitación de los Servicios de Administración en Jefatura de Aprovisionamiento JAPCART, de Cartagena. Se tiene por reproducida la comunicación que obra al número uno de la actora. **NO** VENO.- En la comunicación extintiva se indica antigüedad de 01.07.2008. DÉCIMO.- No se ha puesto a disposición de la demandante la indemnización por extinción objetiva. UNDÉCIMO.- Al documento número uno de CASTEGUILL, SL, se encuentra Certificado emitido por el Jefe de la Unidad de Ejecución presupuestaria de la Intendencia de Cartagena, respecto a la conclusión el 30 de junio de 2012, del expediente NUM000 , número NUM001 , adjudicado a CASTEGUILL, SL, en relación al Servicio de. Gestión Administrativa de la Jefatura de Aprovisionamiento del Arsenal de Cartagena. También se indica la inexistencia de nueva contratación por restricciones presupuestarias en el Ministerio de Defensa. DÉCIMO SEGUNDO.- A la fecha de la extinción, 30.06.2012, aparecen de alta en CASTEGUILL, SL, un total de cuarenta y cuatro trabajadores, conforme al informe de vida laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social que obra en autos. DÉCIMO TERCERO.- En certificado remitido por el Servicio Público de Empleo Estatal de 26.02.2013 que obra en autos, constan once despidos por causas objetivas a 30.06.2012 y otro cese por la misma causa el 23.08.2012. (Se tiene por reproducido el Certificado). DÉCIMO CUARTO.- En relación a los once despidos por causas objetivas a 30.06.2012, la demandada aporta documentación relativa a finalización de contratos temporales.



(Documentos 8.1 a 8.4 de Casteguill). DÉCIMO QUINTO.- En Sentencia de 14.12.2012, del Juzgado de lo Social 2 de Cartagena , Autos 478/2012, se refleja en el segundo de sus hechos probados que Da Macarena fue despedida por causas objetivas el 30.06.2012. En el certificado emitido por el SPEE consta cese en periodo, de prueba, por lo que no se encuentra incluida en el grupo de los once aludidos en el hecho décimo tercero. (Obra la sentencia al bloque de los aportados al número diecisiete de la parte actora). | DÉCIMO SEXTO.- D. Amador fue despedido el 30.06.2012 por causas objetivas. (Obra la comunicación a los aportados al bloque número diecisiete de la actora). En el certificado emitido por el SPEE se reflejó como causa de cese Despido por lo que tampoco se incluye en el grupo de once. DÉCIMO SÉPTIMO.- Da Sonsoles , cesó por causas objetivas el 31.05.2012. (Sentencia de este mismo Juzgado de lo Social obrante al bloque diecisiete de la actora). DÉCIMO OCTAVO.- Da Amalia , cesó por causas objetivas el 31.05.2012. (Sentencia, del Juzgado de lo Social Dos de Cartagena , obrante al bloque diecisiete de la actora). DÉCIMO NOVENO.- La demandante, no ostenta la condición, de representante de los trabajadores. VIGÉSIMO.- Consta efectuada reclamación, previa, frente al Ministerio de Defensa"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Se estima la demanda formulada por Da. María Teresa , frente a MINISTERIO DE DEFENSA, CASTEGUILL, SL, CONTRANET EUROPA, SL, y OUTSOURCE LEVANTE, SL, con emplazamiento del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL por DESPIDO con CESIÓN ILEGAL. Se declara la NULIDAD del despido de 30.06.2012 y la existencia de CESIÓN ILEGAL en la relación actora, condenándose al MINISTERIO DE DEFENSA, ante la opción efectuada por la demandante, a su inmediata readmisión, en la condición de trabajadora indefinida no fija, categoría de auxiliar administrativa, antigüedad de 17.09.2007, jornada de veintitrés horas semanales y retribución de 667,20 euros/mes brutos con prorrata de pagas extraordinarias, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde el despido el 30 de junio de 2012, en importe diario de 22,24 euros/brutos diarios. Sin perjuicio de la opción a favor del MINISTERIO DE DEFENSA, CASTEGUILL, SL, debe soportar los efectos, de responsabilidad solidaria. Se absuelve a las codemandadas CONTRANET EUROPA, SL, y OTUSOURCE LEVANTE, SL, por no encontrarse vigente la relación laboral con las mismas a la fecha de cese".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Sr. Abogado del Estado, en representación de la parte demandada Ministerio de Defensa, con impugnación de la Letrada D^a. Ana Carlota García-Papi Martínez y del Letrado D. Julio Frigard Hernandez, en representación de la parte demandante y demandada Casteguill SL, respectivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- El Juzgado de lo Social, nº 3 de Cartagena dictó sentencia con fecha 3 de abril de 2013 , en la que se declaraba la existencia de cesión ilegal de mano de trabajadores al Ministerio de Defensa, así como la nulidad del despido, de que había sido objeto la demandante doña Fidela , por superación de los límites numéricos establecidos para el despido colectivo.

Frente a dicho pronunciamiento se interpuso recurso de suplicación por el Ministerio de Defensa, siendo impugnado por la representación de la actora y de la empresa Casteguill, S.L.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- El Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, basa su recurso tanto en la revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191,b) de la Ley de Procedimiento Laboral , como en el examen del derecho aplicado, a tenor del artículo 191,c) de la Ley de Procedimiento Laboral .

En cuanto al primer motivo de recurso se interesa la revisión del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, para que se adicione la siguiente expresión: "y por cuenta y bajo cuya dependencia ha venido la actora desempeñando sus funciones, en virtud del contrato celebrado con la misma por el Ministerio de Defensa"; revisión fáctica que no puede aceptarse ya que, de un lado, la parte recurrente no cita prueba documental o pericial alguna de la que pueda deducirse su pretensión revisora, sino que simplemente hace referencia de forma genérica a la documental de autos y concretamente en el expediente relativo a la contratación por el Arsenal de Cartagena con la referida empresa de los servicios objeto del pertinente contrato administrativo que se especifican con el resto de las prescripciones técnicas y administrativas en los correspondientes Pliegos, asimismo, obrantes en autos, pues lo que se desprende del resto de hechos probados y de la fundamentación jurídica es que actora fue contratada para realizar tareas administrativas en el Ministerio de Defensa, en concreto en el Arsenal, como consecuencia de las sucesivas contrataciones, como se pone de manifiesto en los sucesivos hechos probados de dicha sentencia, y cuya valoración jurídica se efectúa con posterioridad, mientras que el texto alternativo ofrecido podría predeterminar el fallo que se pudiese dictar; por lo que, en tal sentido, no se aprecia error alguno de valoración por parte de la Magistrada de instancia en la valoración y elección de los medios de prueba que le han llevado a formar su convicción sobre el particular, pretendiendo la parte recurrente sustituir el imparcial criterio alcanzado por la Magistrada de instancia al declarar probados



unos determinados hechos, y previa valoración conjunta de toda la prueba practicada, por el más subjetivo de parte en legítima defensa de sus intereses, conforme a las facultades que al Juzgador "a quo" le han sido otorgadas por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, se solicita la adición en el hecho probado séptimo de un nuevo párrafo que diga que "el equipo informático utilizado requiere estar conectado a Red de Propósito General de la Armada para que se puedan introducir datos en las aplicaciones, no pudiendo la empresa adjudicataria suministrar dicho equipo, al ser requerido uno de la Armada para garantizar la seguridad de la Red", lo que se sustenta en el informe del Almirante del Arsenal de Cartagena, dato que no sólo carece de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, sino que viene a confirmar la existencia de cesión prohibida de trabajadores, como mas adelante se razonará.

Por todo ello, debe desestimarse este primer motivo de recurso.

FUNDAMENTO TERCERO .- Respecto del segundo motivo de recurso, se solicita el examen de las normas sustantivas infringidas, al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral , y, en concreto, se denuncian los siguientes extremos:

A) La sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores , en redacción dada por la Ley 43/2006 en cuanto especifica los requisitos o circunstancias necesarias para que se incurra en cesión ilegal de trabajadores, y que, desde luego, no son, en modo alguno, de apreciar en el supuesto de autos.

B) La Sentencia recurrida infringe, asimismo, los Pliegos de Cláusulas y Prescripciones Técnicas, en cuanto parte integrante de los respectivos contratos administrativos celebrados por el Ministerio de Defensa con la empresa codemandada, teniendo en cuenta que dichos Pliegos constituyen la verdadera ley reguladora de aquellos, y que en los mismos se afirmaba taxativamente que el personal del adjudicatario del servicio en ningún momento podrá considerarse en relación laboral, contractual o de naturaleza funcionarial alguna respecto a la Administración y que al término de la adjudicación no se produciría transferencia alguna por el hecho de asumir la Armada española directamente la prestación del servicio; que mensualmente la empresa notificará a la jefatura de cada unidad el número de horas realizadas; también con carácter mensual la empresa habrá de entregar certificado acreditativo de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, laborales y de Seguridad Social; deberá también cumplir con las disposiciones legales en materia de prevención de riesgos laborales. Obligaciones, todas ellas, de naturaleza contractual, impuestas a la empresa contratista de la Administración, que ponen claramente de relieve, si fuere aun más necesario abundar en ello, la realidad de su actividad empresarial autónoma y la imposibilidad consiguiente de apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, cual erradamente afirma la sentencia impugnada, con infracción, asimismo en este caso, de aquellas normas, cual los Pliegos de Cláusulas que rigen los contratos administrativos con la naturaleza de verdadera Ley entre las partes.

C) La sentencia que se recurre infringe, por último, los artículos 55 y 56 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público , en cuanto al decretar la existencia de una relación laboral de naturaleza indefinida entre la trabajadora demandante y el Ministerio de Defensa está vulnerando abiertamente aquellos preceptos que establecen y regulan los principios rectores y requisitos generales para el acceso al empleo público; acceso que en todo caso estará presidido y determinado por los principios de igualdad, mérito y capacidad, que quedarían excluidos sin remedio de aceptarse el pronunciamiento de instancia.

D) La sentencia que se recurre infringe lo establecido en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , por cuanto condena al Ministerio de Defensa a la readmisión de quien nunca fue trabajadora de dicho organismo, según lo dicho anteriormente.

E) Subsidiariamente, se infringe igualmente lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 56.1 de la misma Ley por indebida aplicación del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores , al condenar a este Ministerio a la readmisión teniendo en cuenta que el supuesto fraude de ley cometido por la codemandada Casteguill no puede imputarse al Ministerio de Defensa, ni tampoco sus consecuencias.

Esta cuestión ya ha resuelto con anterioridad en litigios idénticos al presente (sentencias de 6 de febrero de 2010 , nº 81/2012 , 2 de mayo de 2012, nº 310/2012 , 14 de mayo de 2012, nº 373/2012 , 9 de julio de 2012, nº 543/2012) en el sentido de que el Juzgador de instancia ha estimado que existe una cesión ilegal de mano de obra por parte de la empresa codemandada a favor del Ministerio de Defensa en virtud de los hechos que se declaran probados, de cuyo criterio discrepa la Abogacía del Estado afirmando la validez de los contratos administrativos de obras menores suscritos con la codemandada al tratarse de empresas dotadas de su propia organización y actividad.

Esta Sala debe de coincidir íntegramente con el criterio del Juzgador de instancia.



El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado 1, prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo cuando ello se realiza a través de empresas de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan y, en su apartado 2 establece cuales son las circunstancias cuya concurrencia determina la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, a saber: a) 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; b) 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; c) Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

A su vez, la jurisprudencia de la Sala IV del TS se ha pronunciado con frecuencia para diferenciar los supuestos en los que validamente el trabajador dependiente de una empresa puede prestar servicios en beneficio de otra como consecuencia de los fenómenos de descentralización productiva que se llevan a cabo a través de las subcontratas de obras y servicios que regula el artículo 42 del ET - de los supuestos de cesión ilegal de mano de obra que se regulan en el artículo 43, siendo múltiples y variables los elementos indiciarios de la cesión prohibida, según el caso concreto.

El fenómeno de la cesión ilegal en el ámbito de las administraciones públicas, encubierto bajo distintas modalidades de contratación administrativa, ha sido también objeto de atención frecuente, siendo de destacar las recientes sentencias, de fecha 2-6-2011, rec. 1812/2010, 11-5-2011, rec. 2104/2010, 4-5-2011, rec. 1674/2010, S 19-4-2011, rec. 2414/2010, 9-3-2011, rec. 1818/2010, 9-3-2011, rec. 3051/2010, 4-3-2011, rec. 3463/2010, 3-3-2011, rec. 2092/2010, 2-3-2011, rec. 2417/2010, 2-3-2011, rec. 2095/2010, 28-2-2011, rec. 1661/2010, 28-2-2011, rec. 2078/2010, S 28-2-2011, rec. 2413/2010, 23-2-2011, rec. 1646/2010, 22-2-2011, rec. 2419/2010, 22-2-2011, rec. 1664/2010, 22-2-2011, rec. 2098/2010, 22-2-2011, rec. 2099/2010, 21-2-2011, rec. 2411/2010, 21-2-2011, rec. 1645/2010, el 17-2-2011, rec. 2113/2010, 17-2-2011, rec. 2110/2010, 16-2-2011, rec. 1817/2010, 16-2-2011, rec. 1816/2010, 16-2-2011, rec. 2122/2010, 15-2-2011, rec. 2097/2010, 15-2-2011, rec. 2123/2010, 15-2-2011, rec. 1654/2010, 15-2-2011, rec. 2116/2010, 15-2-2011, rec. 1669/2010, 15-2-2011, rec. 2108/2010, 14-2-2011, rec. 1820/2010, 14-2-2011, rec. 2083/2010, 1-2-2011, rec. 1640/2010, 31-1-2011, rec. 2102/2010, 31-1-2011, rec. 1667/2010, 27-1-2011, rec. 1675/2010, 27-1-2011, rec. 2101/2010, 27-1-2011, rec. 1813/2010, 27-1-2011, rec. 1658/2010, dictadas todas ellas en relación a una contratación administrativa realizada por un Ayuntamiento con empresa real dedicada a la prestación de servicios, en la que el elemento definidor de la cesión ilegal se sitúa no tanto en el hecho de que el trabajador preste servicios en centro de trabajo de la empresa cesionaria o en la utilización de maquinaria u herramientas propias de la misma, o en el aparente ejercicio del poder empresarial, sino, fundamentalmente en que aunque 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. De ahí que, cuando se trata de empresas reales, con organización propia, la actuación empresarial en el marco de la contrata, o del negocio jurídico que da soporte a la cesión de trabajadores, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

En el presente caso, concurren, no sólo los importantes datos que revelan que la trabajadora demandante prestaba servicios en centro de trabajo de la empresa cesionaria, la utilización, exclusivamente, de maquinaria y herramientas propias de la misma para el desempeño de su trabajo y la dependencia de las ordenes e instrucciones del personal del Ministerio de Defensa, sino también que, aunque la empresa codemandada pueda tener su propia organización y actividad (extremo este que no ha sido acreditado en los presentes autos) es evidente que la misma no ha sido puesta en práctica para la ejecución de los contratos administrativos menores concertados entre las mismas y el Ministerio de Defensa. Del examen del conjunto de dichos contratos menores (administrativos) se desprende, por tanto, que el objeto del mismo era la prestación de servicios por parte de una sola persona, sin que la empresa contratada tuviera que aportar, maquinaria, herramientas o tuviera facultades para decidir en que forma se había de ejecutar la contrata o el servicio, y, aunque en el Pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio, se dice que "el personal del adjudicatario del servicio en ningún caso podrá considerarse en relación laboral, contractual o de naturaleza funcional", en modo vincula a la trabajadora demandante, pues se trata de pacto no concluido con la misma y en todo caso carece de efectividad cuando la contratación administrativa se ha efectuado irregularmente, en fraude de ley, con la única finalidad de crear una apariencia de contratación administrativa con el fin de eludir la contratación laboral y la aplicación de las normas correspondientes a la misma.

De todo lo expuesto hay que concluir, coincidiendo con el criterio del Juzgador de instancia, que los contratos administrativos otorgados por el Ministerio de Defensa a favor de las empresas demandadas no tenían otro objeto que el de poner a disposición de aquélla a la trabajadora demandante, por lo que la contratación de la actora, mediante contrato para obra o servicio determinado ordenando a la misma la prestación de servicios



en las dependencias del Ministerio de Defensa sitas en Cartagena, es constitutiva de la cesión de trabajadores prohibida por el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores ; por lo que, obtenidos los frutos del trabajo de la actora por el Ministerio de Defensa, y al tratarse de una contratación en fraude de ley, la relación laboral se aquella se convierte en indefinida no fija, por tratarse de una entidad de derecho público, pero, a diferencia de lo que se entiende por la sentencia recurrida, el despido no puede ser declarado nulo por el motivo de que se han superado los umbrales numéricos para el despido colectivo, pues el despido solamente puede ser declarado nulo en los supuestos del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , concretamente cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y el referido caso no está contemplado en los supuestos legales, por lo que el despido debe ser declarado improcedente, lo que implica que la trabajadora puede, a su elección, optar entre la adquisición de fijeza en la empresa cedente, o la adquisición de indefinida, no fija, en la cesionaria, y seguidamente la correspondiente empresa podrá optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En caso de que se opte por la readmisión, la trabajadora tendrá derecho a los salarios de tramitación, tal como se dispone en el artículo 56.1 , 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores .

Por lo tanto, sólo si se opta por la readmisión se devengarán salarios de tramitación, y si se opta por la indemnización esta será en los términos expresados, pero el contrato se entiende extinguido en la fecha del despido, sin derecho a salarios de tramitación.

Procede, por tanto, la estimación en parte del recurso en los términos y condiciones anteriormente señalados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

ESTIMAR EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 124/2013, del Juzgado de lo Social número 3 de Cartagena, de fecha 3 de abril de 2013 , dictada en proceso número 581/2012, sobre cesión ilegal y despido, y entablado por Doña María Teresa frente a CASTEGUILL, S.L., OUTSOURCE LEVANTE, S.L., CONTRANET EUROPA, S.L., el MINISTERIO DE DEFENSA y el Fondo de Garantía Salarial, y, en consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en cuanto a la cesión ilegal de trabajadores, y se revoca en cuanto a la calificación del despido y consecuencias del mismo, declarando su improcedencia, pudiendo la trabajadora demandante optar, a su elección, entre la adquisición de fijeza en la empresa cedente, o la adquisición de la condición de indefinida, no fija, en la cesionaria, y, efectuada la opción, la empresa correspondiente podrá optar entre la readmisión de la trabajadora, o la indemnización correspondiente en los términos expresados, que se eleva a 3.491,68 euros, con salarios de tramitación en el primer caso a razón de 22,24 euros/día.

Optar a su elección, entre la adquisición de fijeza, o la indemnización correspondiente, con devengo de salarios de tramitación, por imposición del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012m de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; indemnización que será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia

Dése a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.



Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066009414, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 3104000066009414, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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