



Roj: **STSJ MU 2427/2014 - ECLI: ES:TSJMU:2014:2427**

Id Cendoj: **30030340012014100828**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/2014**

Nº de Recurso: **465/2014**

Nº de Resolución: **859/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00859/2014

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229216-18

Fax:968229213

NIG:

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU 0465/2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JZDO. DE LO SOCIAL NÚMERO DOS DE CARTAGENA; DEM. 0855/2012

Recurrente/s: MINISTERIO DE DEFENSA

Abogado/a: ABOGACÍA DEL ESTADO

Procurador/a:

Graduado Social:

Recurrido/s: Isaac ; ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.; EULEN S.A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; LOS LEBREROS S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Abogado/a: LUIS CARRERAS GARCÍA; JOSÉ MARÍA ESCRIGAS GALÁN

Procurador/a:

Graduado Social: ISMAEL DOMÍNGUEZ NÚÑEZ

En MURCIA, a veintisiete de Octubre de 2014

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. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, 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 el MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 0343/2013 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 11 de Octubre , dictada en proceso número 0855/2012, sobre DESPIDO, y entablado por Isaac frente a ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES



S.A.; EULEN S.A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; LOS LEBREROS S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; MINISTERIO DE DEFENSA.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, 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: "1º.- La parte actora ha venido prestando servicios en dependencias sitas del Ministerio de Defensa en Cartagena, en los servicios de Cocina del Acuartelamiento "Tercio de Levante de Cartagena", con la categoría profesional de Ayudante de Cocina, percibiendo un salario mensual de 809,1 euros/26,97 euros diarios con prorrata de pagas extraordinarias y desde 2 de marzo de 2001 (antigüedad reconocida expresamente por Atlas -última empleadora- y sentencia aportada según documental demandante), con contrato de trabajo a tiempo parcial (35 horas semanales). 2º.- En el desempeño de esa actividad, el trabajador demandante ha sido contratado sucesivamente y sin prácticamente solución reseñable de continuidad por las empresas demandadas, desde la antigüedad referida, que tiene reconocida expresamente el trabajador además por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena de despido improcedente de 23 de abril de 2007 y hasta 29 de octubre de 2012, fecha en la que es cesado por no renovación de la contrata entre el Ministerio de Defensa y Atlas... S. A., (última empleadora de la trabajadora, como ya se ha indicado) y todo ello en los términos referidos en la comunicación extintiva de 11 de octubre de 2012, que se da aquí por reproducida. 3º.- El trabajador ha tenido contratos de duración determinada de eventual por circunstancias de la producción y de obra o servicio para realizar siempre el mismo trabajo. 4º.- El actor en el desempeño de su trabajo, y codo con codo junto a personal laboral y militar de Defensa -Cocineros- como se aprecia en las fotografías que se acompañan en el ramo de prueba, siempre ha recibido instrucciones por parte de responsables del Ministerio de Defensa destacados en las mismas dependencias en las que prestaba sus servicios, como la testifical que depone en juicio pone de manifiesto -Jefe de Cocina-. 5º.- La parte actora para realizar su trabajo siempre ha utilizado medios y mercaderías puestas a su disposición por el Ministerio de Defensa y utilizaba instalaciones militares como taquillas, etc. 6º.- El trabajador demandante venía disfrutando el mismo régimen de vacaciones, puentes, permisos etc., que el resto del personal destinado en la dependencia militar y se plegaba en la jornada laboral a las necesidades del servicio que prestaba siguiendo especialmente las instrucciones del Jefe de Cocina, que es personal civil de Defensa y que organizaba el trabajo en función de la rutina diaria del establecimiento y también en los acontecimientos extraordinarios correspondientes, como también se evidencia en las fotos aportadas en autos. 7º.- La empresa Atlas entregaba uniformidad y Epis a los trabajadores y les dio breve formación en materia preventiva. 8º.- La empresa Atlas tiene o tenía una Coordinadora en la zona de Cartagena (testigo en juicio) y en lo que respecta a esta litis y una vez al mes o a los dos meses se pasaba por el destino de la hoy parte actora, sin que por ejemplo el Jefe de Cocina llegara a conocerla. 9º.- Desde 2010 y para evitar el tener que ponerse en contacto con la citada Coordinadora, por la empresa Atlas se dispone que una de las trabajadoras destinadas en la cocina de referencia (testigo en juicio), canalizara lo que tuvieran que plantear los trabajadores a Atlas, para su traslado a la citada Coordinadora. 10º.- La parte actora interesa la condición de trabajador indefinido al Ministerio de Defensa como subyacente a la improcedencia del despido que propugna, optando por Defensa para el caso de que se estime la cesión ilegal de trabajadores y en el supuesto de que se estimara la demanda de despido improcedente con cesión ilegal de trabajadores, el Ministerio de Defensa opta por la indemnización. 11º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores o sindical en el último año. 12º.- Por la parte demandante se ha agotado la vía previa administrativa adecuadamente"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que desestimando cosa juzgada y estimando falta de legitimación pasiva de Eulen S. A., estimo la demanda formulada por Isaac frente a las Empresas ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S. A.; EULEN S. A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S. L, y LOS LEBREROS S. L, y MINISTERIO DE DEFENSA y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL -FOGASA-, por DESPIDO con CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES y debo declarar y declaro el despido de la parte actora como improcedente con convalidación del acto extintivo a 29 de octubre de 2012 y debo condenar y condeno al MINISTERIO DE DEFENSA al pago de la indemnización al trabajador de 13.916,52 euros y a estar y pasar por esta resolución y asimismo procede la absolución del resto de empresas demandadas y en relación a Atlas..., no procede condena alguna, visto el final al que se ha llegado. Y en relación a FOGASA no procede establecer responsabilidad alguna por ahora sin perjuicio de la que procediera en su momento de conformidad con el art. 33 del ET".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Sr. Abogado del Estado, en representación de la parte demandante, con impugnación del Graduado Social don Ismael Domínguez Núñez,



en representación de la parte demandante y del Letrado don José María Escrigás Galán, en representación de la empresa demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cartagena se dictó sentencia el 11-10-13 en los autos sobre Despido nº 855/12 seguidos a instancia de don Isaac contra Atlas Servicios Empresariales SA, Eulen SA y Mantenimiento Nueva Cartagena SL y Los Lebreros SL, el Fogasa y el Ministerio de Defensa, desestimando cosa juzgada, estimando falta de legitimación pasiva de Eulen y estimando demanda, declara improcedente el despido convalidando el acto extintivo de 29-10-12, condenando al Ministerio de Defensa y absolviendo a los demás

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Por el Ministerio de Defensa se interpuso recurso de suplicación para que se revoque la sentencia y se desestime la demanda. Recurso que fue impugnado por la contraparte que pidió su desestimación y la confirmación de la sentencia

FUNDAMENTO TERCERO .- Se ampara la parte recurrente en el apartado b) del art. 193 de la LJS para que se revise:

A) El hecho probado cuarto, que dice: "El actor en el desempeño de su trabajo, y codo con codo junto a personal laboral y militar de Defensa -Cocineros- como se aprecia en las fotografías que se acompañan en el ramo de prueba, siempre ha recibido instrucciones por parte de responsables del Ministerio de Defensa destacados en las mismas dependencias en las que prestaba sus servicios, como la testifical que depone en juicio pone de manifiesto -Jefe de Cocina-". Para que se adicione lo siguiente: "El demandante trabajó por cuenta y supervisión de las distintas empresas que la contrataron, siendo las instrucciones recibidas del personal del Ministerio de Defensa a los únicos efectos de asegurar la eficacia de la prestación del servicio contratado".

B) Se añada un nuevo hecho probado que diga: "El Ministerio de Defensa nunca tuvo conocimiento del despido del trabajador, ni de la causa del mismo, actos que fueron realizados sin conocimiento del Ministerio de Defensa por la empresa para la que prestaba servicios el demandante".

En cuanto al apartado A) es innecesario porque en realidad con la adición propuesta se reconoce que es el recurrente quien daba las instrucciones al actor

En cuanto al apartado B), igualmente es irrelevante porque esta claro que el ministerio era consciente del despido pues finalizados los servicios no le permite al actor seguir en sus instalaciones trabajando.

FUNDAMENTO CUARTO .- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS se argumenta en el recurso, infracción del art. 43.2 ET

No puede estimarse ya que se esta ante una cesión ilegal de trabajadores como se desprende de la prueba practicada reflejada en los hechos probados que no han sido impugnados. Así en el primero consta que el actor prestaba sus servicios en las dependencias del Ministerio de Defensa, que era quien le daba instrucciones (hecho cuarto), con los medios y mercaderías puestas a su disposición como ayudante de cocina, por dicho Ministerio, utilizando instalaciones militares como taquillas etc (hecho quinto), el régimen de vacaciones, puentes, permisos etc era el mismo que el del resto de personal del Ministerio, siguiendo la misma jornada laboral que ellos, y las ordenes las recibía el demandante del jefe de cocina que es personal civil de Defensa (hecho sexto)

FUNDAMENTO QUINTO .- Al amparo del art. 193 apartado c) de la LJS, se argumenta, infracción de los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas de los contratos administrativos

No puede tampoco aceptarse este motivo del recurso ya que no se infringen dichas cláusulas y prescripciones técnica al existir una cesión ilegal explicada anteriormente, como ya ha dicho esta misma Sala en su sentencia de 4-9-2000 , y el T.S. en STS 4 dic 2007 - "La existencia o no de cesión ilegal depende del hecho de que la empresa empleadora "suministre la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (STS 17 jul 1993 (Rec. 1712/1992), STS 19 ene 1994 (Rec. 3400/1992), STS 12 dic 1997 (Rec. 3153/1996), STS 14 sep 2001 (Rec. 2142/2000), STS 20 sep 2003 (Rec. 1741/2002). STS 3 oct 2005 (Rec. 3911/2004), STS 30 nov 2005 (Rec. 3630/2004) y STS 14 mar 2006 (Rec. 66/05) entre otras). En todas ellas se contempla ya la cesión no solo entre empresas ficticias, sino una situación que puede darse también entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales". STS 2 oct 2007 - "Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo 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, la doctrina judicial ha recurrido 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 (STS 7 mar 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (STS 12 sep 1988 , STS_16 feb 1989 , STS 17 ene 1991 y STS 19 ene 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada STS 17 ene 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección"y, en sentido similar, se pronuncia la STS 11 oct 1993 que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal". 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, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la STS 16 feb 1989 estableció 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 as órdenes de ésta"y la sentencia de 19-1-1994 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 STS 1281/97 (Rec. 1281/97), STS 17 ene 2002 (Rec. 3863/2000), STS 16 jun 2003 (Rec. 3054/2001), STS 20 sep 2003 (Rec. 1741/2002), STS 31 oct 2005 (Rec. 3911/2004), STS 14 mar 2006 (Rec. 66/05)".

FUNDAMENTO SEXTO .- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS se alega, infracción del art 55 y 56 de la Ley 7/2007 de 12 de abril EBEP

El actor al ser declarada la cesión ilegal adquiere la condición de trabajador indefinido que no fijo, por lo que la parte condenada puede optar entre la readmisión o la indemnización

Por todo lo cual debe desestimarse el recurso planteado y confirmarse la sentencia de instancia con imposición de costas a la parte recurrente por ser preceptivo.

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:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 0343/2013 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 11 de Octubre , dictada en proceso número 0855/2012, sobre DESPIDO, y entablado por Isaac frente a ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.; EULEN S.A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; LOS LEBREROS S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; MINISTERIO DE DEFENSA; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Condenar en costas a la recurrente, que deberá abonar a cada uno de los representantes legales de las partes impugnantes de su recurso, la cantidad de 250 euros en concepto de honorarios.

Dese 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: 3104000066046514, 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 3104000066046514, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ