



Roj: **STSJ M 3637/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:3637**

Id Cendoj: **28079340032015100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/03/2015**

Nº de Recurso: **831/2014**

Nº de Resolución: **257/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG : 28.079.00.4-2013/0043473

Procedimiento Recurso de Suplicación 831/2014

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Despidos / Ceses en general 1015/2013

Materia : Despido

Sentencia número: 257/15-FG

Ilmo/as. Sr./as.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

Dña. CONCEPCIÓN E. MORALES VALLEZ

En Madrid, a diecisiete de marzo de 2015, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En los Recursos de Suplicación seguidos con el número 831/2014 formalizados por el letrado DON ÁNGEL MUÑOZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de DOÑA Palmira y por el ABOGADO DEL ESTADO, contra la sentencia número 45/2014 de fecha 18 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº Treinta y nueve de los de Madrid en sus autos número 1015/2013, seguidos a instancia de la Sra. Martín frente a JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L., SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. y el MINISTERIO DE DEFENSA, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"DÑA. Palmira , mayor de edad, con DNI NUM000 , venía prestando servicios profesionales para el MINISTERIO DE DEFENSA, con antigüedad 27.03.03, categoría profesional de auxiliar administrativo y un salario de 1.320,94 € mensuales brutos con p.p. extras, con centro de trabajo en el Cuartel General del Aire (Ministerio de Defensa), y con una jornada laboral de 35 horas semanales, en horario de 7:30 a 14:30 horas, en virtud de los siguientes contratos:

Contrato de trabajo de carácter interino, con categoría de técnico superior de servicios generales, celebrado el 27.03.03 con el MINISTERIO DE DEFENSA, con una duración pactada de un año (hasta el 26.03.03).

Contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo parcial, celebrado el 01.04.04 con JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L., figurando como objeto del contrato, según la cláusula adicional primera: "JUBEL SERV.MANTEN.CONTROL, S.L." tiene contratados los servicios de Limpieza en el "CUARTEL GENERAL DEL AIRE sita en esta capital C/ Romero Robledo, 8 de (Madrid), por este motivo al término del contrato suscrito con el "CUARTEL GENERAL DEL AIRE" y consecuentemente los servicios a la misma empresa también se dará por terminado el presente contrato de trabajo con DÑA. Palmira . Contrato que se extendió hasta el 31.12.05.

Contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo parcial, celebrado el 01.01.06 con la empresa SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L., figurando como objeto del contrato según la cláusula adicional primera: "La obra o servicio consistirá en la ejecución el contrato de prestación de servicios suscrito por SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. y la agrupación del Cuartel General del Aire correspondiente al expediente de adjudicación NUM001 ". Relación laboral que se extendió hasta el 31.12.06.

Subrogación de la empresa JUBEL SERVICIOS, MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L. en los derechos y obligaciones derivados de la anterior relación laboral, de fecha 01.01.07.

Conversión del contrato temporal de 01.04.04 en contrato indefinido a tiempo parcial, de 01.04.11.

La demandante comenzó desarrollando sus funciones en el Cuartel General del Aire en el área de habilitación (almacén), pasando el 01.07.10 a secretaria, en virtud de una permuta de puesto efectuada con otro trabajador.

Las funciones que la demandante desarrollaba en secretaria eran las siguientes: Atención telefónica, atención a las visitas del coronel y registro de entrada y salida; para ésta última función la actora utilizaba el sistema informático del Ministerio de Defensa, "SIMENDEF", que resulta de uso obligatorio para tales registros. La demandante no recibía instrucción de ningún mando de su empresa acerca de las funciones que desarrollaba en el Cuartel General del Aire; en dicho centro de trabajo no existía ningún responsable de JUBEL que supervisara el trabajo de la actora.

Entre el MINISTERIO DE DEFENSA y las codemandadas han existido distintos contratos administrativos de servicios, que constan en el expediente administrativo aportado a autos (por reproducidos). En concreto, el 29 de diciembre de 2011 la entidad JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. celebró contrato administrativo de servicios con la SEA DE LA AGRUPACIÓN CUARTEL GENERAL EA (EJÉRCITO DEL AIRE, MINISTERIO DE DEFENSA) en el expediente núm. NUM004), para la prestación del servicio "SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMÁTICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A.", cuyo contenido se da aquí por reproducido (folios 231- 234), según pliego de prescripciones técnicas y pliego de cláusulas administrativas particulares obrantes a los folios 238-259 de las actuaciones (por reproducidos).

D. Urbano , jefe de negociado de contratación y director del expediente de adjudicación de los referidos contratos era el responsable del seguimiento y control de los correspondientes expedientes, y se reunía con un periodicidad prácticamente semanal con D. Jose Ignacio , administrador de JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L., para tratar los temas genéricos relacionados con el expediente.



El 27.11.12 la Agrupación Cuartel General el E.A. comunicó a JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. escrito en los siguientes términos:

"Por falta de financiación para el 2013, debido a las reducciones presupuestarias acordadas en Consejo de Ministros, se van a iniciar los trámites para la rescisión del contrato relativo a SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMÁTICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A., Expediente NUM004), por un importe de 172.437,28 €, correspondiente a la anualidad de 2013, lo que comunico para que en un plazo de diez días presente las alegaciones que estime oportunas".

El 03.12.12 el Teniente Coronel Jefe del Negociado de Contratación, D. Urbano , de la Agrupación Cuartel General del E.A., notificó a JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. escrito del siguiente tenor:

"Muy Sr. mío:

Por falta de financiación suficiente para el 2013, debido a las reducciones presupuestarias acordadas en Consejo de Ministros, le solicito nos remita la conformidad o presente las alegaciones que estime oportunas para la MODIFICACIÓN NÚM. 1: REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN SEIS MESES Y DISMINUCIÓN DE UN AUXILIAR ADMINISTRATIVO, RELATIVO A SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMATICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A., Expediente NUM002 (NUM003), por un importe de - 97.043,10 €, correspondiente a la anualidad de 2013, quedando el importe final adjudicado en 75.394,18 €".

El 28.12.12 la Agrupación C.G.A.E. y JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. acordaron aprobar la modificación del contrato del expediente NUM002 (NUM003), SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMÁTICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A.: reducción del plazo de ejecución del contrato en seis meses y disminución de un auxiliar administrativo.

El 17.04.13 el Coronel Jefe de la SEA 15, de la Agrupación Cuartel General del E.A. notificó a JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. el siguiente escrito:

"Muy Sr. mío:

Próximo a finalizar el plazo de ejecución del contrato, el 30/06/2013, Expediente NUM002 (NUM003), relativo a SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMATICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A., y estando prevista la prórroga del mismo, les comunico la intención de NO PRORROGARLO, por falta de financiación suficiente para el 2013, debido a las reducciones presupuestarias acordadas con el Consejo de Ministros.

A tales efectos, deberán los trabajadores de su empresa, a través de su coordinador, entregar las tarjetas identificativas de entrada al Cuartel General del E.A., el 30/06/2013, por finalización del citado expediente".

El 30.04.13 la trabajadora presentó demanda en materia de reconocimiento de derechos frente a SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS SL, JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL SL y el MINISTERIO DE DEFENSA, en la que se solicitaba una sentencia que declare la existencia, a elección de la actora, entre esta y la administración Ministerio de Defensa una relación laboral desde el día 27.03.03 hasta la actualidad, y se condene a la Administración demandada al reconocimiento de la relación laboral con un contrato fijo como personal laboral, con los efectos que le son inherentes, conforme a la antigüedad, condiciones de prestación laboral que corresponde y a aceptar dicha declaración con todas las consecuencias legales inherentes a la misma. Dicha demanda fue repartida al Juzgado de lo Social núm. 40 de esta ciudad, sin que haya recaído resolución a la misma.

Con fecha 11.06.13 la empresa comunicó a la trabajadora carta cuyo contenido se da aquí por reproducido (folios 188-189 de las actuaciones) por la que le comunica que con efectos de 30.06.13 se procede a extinguir el contrato del trabajador al amparo del art. 52.c ET, como consecuencia de la necesidad de amortizar su puesto de trabajo. La trabajadora ha percibido por el concepto de indemnización la cantidad de 8.219,18 €.

Durante la duración de la relación laboral con JUBEL, ha sido dicha entidad la encargada del abono de las nóminas de la demandante, así como de autorizar sus vacaciones, si bien, las mismas, habían de ser autorizadas previamente por el coronel y coordinadas con el restante personal de secretaría. Los períodos vacacionales de la trabajadora no se cubrían por ningún otro trabajador de la empresa JUBEL. La trabajadora tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones del Cuartel General del E.A.; las tarjetas de acceso de las que dispone el personal militar y civil dependiente del Ministerio de Defensa son distintas de las que se entregan a los trabajadores de otras empresas, así como a proveedores; la tarjeta de la demandante era de estas últimas. La demandante no tenía acceso al parking ni a los servicios de cafetería, farmacia y restantes servicios propios del personal del Ministerio de Defensa.



Con fecha 31.07.13 se celebró acto de conciliación ante el SMAC, en virtud de papeleta presentada con fecha 15.07.13, con el resultado de "sin avenencia". Asimismo, el 13.11.13 se presentó reclamación previa ante el MINISTERIO DE DEFENSA, que no prosperó.

La trabajadora no ostenta ni lo ha hecho en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"ESTIMO en parte la demanda interpuesta por D^{ÑA}. Palmira , frente a la empresa JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L., el MINISTERIO DE DEFENSA y SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L., y DECLARO que la trabajadora ha sido objeto de un DESPIDO IMPROCEDENTE con fecha de efectos 30.06.2013, y dada la elección por el MINISTERIO DE DEFENSA, manifestada en demanda por la parte actora, CONDENO al MINISTERIO DE DEFENSA a que readmita a la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 44,03 €/día brutos, o bien, a su elección, la indemnice en la cantidad de 19.616,50 €; esta opción deberá ser ejercitada en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, mediante escrito presentado ante este juzgado o comparecencia. CONDENO a JUBEL SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L. solidariamente con el MINISTERIO DE DEFENSA, al abono de los salarios de tramitación devengados, en caso de opción por la readmisión, o bien al abono de la indemnización fijada, en caso de opción por la indemnización, debiendo tenerse en cuenta, que en el primer caso deberá la demandante reintegrar el importe percibido por el concepto de indemnización en cuantía de 8.219,18 €, y en el segundo caso, dicho importe deberá detrarse de la indemnización señalada. ABSUELVO a SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. de los pedimentos formulados en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante y por el MINISTERIO DE DEFENSA formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnados recíprocamente.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 20 de octubre de 2014 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 17 de marzo de 2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesa la parte actora en su recurso la revisión del hecho probado décimo para que su tenor pase a ser el siguiente:

"El 29.10.12 la trabajadora presentó papeleta de conciliación en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Madrid en materia de reconocimiento de derechos frente a SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS SL, JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL SL (compareciendo esta al acto de conciliación), y en fecha 11.02.13 reclamación previa frente al MINISTERIO DE DEFENSA, en la que se solicitaba una sentencia que declare la existencia, a elección de la actora, entre esta y la administración Ministerio de Defensa una relación laboral desde el día 27.03.03 hasta la actualidad, y se condene a la Administración demandada al reconocimiento de la relación laboral con un contrato fijo como personal laboral, con los efectos que le son inherentes, conforme a la antigüedad, condiciones de prestación laboral que corresponde y a aceptar dicha declaración con todas las consecuencias legales inherentes a la misma. Dicha demanda fue repartida al Juzgado de lo Social núm. 40 de esta ciudad, sin que haya recaído resolución a la misma."

Asimismo interesa la modificación del hecho probado séptimo en la siguiente forma:

"El 03.12.12 el Teniente Coronel Jefe del Negociado de Contratación, D. Urbano , de la Agrupación Cuartel General del E.A., notificó a JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. (con fecha posterior a la presentación de la demanda de conciliación y la celebración de la misma) escrito del siguiente tenor:

"Muy Sr. mío:

Por falta de financiación suficiente para el 2013, debido a las reducciones presupuestarias acordadas en Consejo de Ministros, le solicito nos remita la conformidad o presente las alegaciones que estime oportunas para la MODIFICACIÓN NÚM. 1: REDUCCIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN SEIS MESES Y DISMINUCIÓN DE UN AUXILIAR ADMINISTRATIVO, RELATIVO A SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMATICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A.,



Expediente NUM002 (NUM003), por un importe de - 97.043,10 €, correspondiente a la anualidad de 2013, quedando el importe final adjudicado en 75.394,18 €".

Para el hecho probado octavo interesa que la redacción quede como sigue:

"El 28.12.12 (con fecha posterior a la presentación por la actora de la demanda de conciliación y la celebración de la misma) la Agrupación C.G.A.E. y JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. acordaron aprobar la modificación del contrato del expediente NUM002 (NUM003), SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMÁTICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A.: reducción del plazo de ejecución del contrato en seis meses y disminución de un auxiliar administrativo."

Finalmente postula que el tenor del hecho probado noveno se modifique en la siguiente forma:

"El 17.04.13 (con fecha posterior a la presentación por la actora de la demanda de conciliación y la celebración de la misma), el Coronel Jefe de la SEA 15, de la Agrupación Cuartel General del E.A. notificó a JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. el siguiente escrito:

"Muy Sr. mío:

Próximo a finalizar el plazo de ejecución del contrato, el 30/06/2013, Expediente NUM002 (NUM003), relativo a SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMATICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A., y estando prevista la prórroga del mismo, les comunico la intención de NO PRORROGARLO, por falta de financiación suficiente para el 2013, debido a las reducciones presupuestarias acordadas con el Consejo de Ministros.

A tales efectos, deberán los trabajadores de su empresa, a través de su coordinador, entregar las tarjetas identificativas de entrada al Cuartel General del E.A., el 30/06/2013, por finalización del citado expediente".

Para todas las revisiones se remite a los mismos documentos obrantes a los folios 206 y 207 de los autos, consistentes en la copia sellada de presentación de la reclamación previa ante el Ministerio, el día 11 de febrero de 2013 y copia del acta de conciliación con las empresas demandadas en la que consta que se presentó el 20 de octubre de 2012 se celebró sin avenencia el 19 de noviembre de 2012, por lo que se admite la revisión de hechos.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia por el Abogado del Estado la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , alegando que la empresa contratista es real y así se ha admitido por la demandante, existiendo un contrato claro por lo que no resulta una mera puesta a disposición de personal, concurriendo desde el punto de vista formal todos los elementos para hablar de una lícita externalización y habiéndose desarrollado la relación conforme a lo establecido en el mismo sin desviación, no habiendo existido nunca una relación contractual entre la actora y el Ejército del Aire, no siendo una trabajadora cedida sino que lo es, a su juicio, de la empresa JUBEL, estando las tareas objeto de la prestación especificadas en el pliego de prescripciones técnicas, tratándose de funciones de carácter repetitivo y rutinario, que no requieren una presencia diaria y constante de un coordinador de la empresa, al conocer perfectamente la trabajadora las funciones a realizar, constandingo en el hecho probado quinto que el responsable del Ministerio única y exclusivamente ejercía las funciones de mera supervisión del contrato reuniéndose con una periodicidad semanal con el responsable de la empresa Sr. Jose Ignacio para tratar de todas las incidencias que pudieran derivarse de la ejecución del contrato, incluidas las relacionadas con el personal de su empresa. Reconoce el Abogado del Estado que el material informático utilizado por el personal de la empresa es propiedad del Ejército del Aire, lo que justifica con la necesaria confidencialidad exigida en cuestiones de defensa nacional, resaltando que consta que la actora tenía tarjetas de acceso diferenciadas no pudiendo entrar al parking ni a servicios de cafetería, farmacia ni restantes servicios propios del personal del Ministerio, no coincidiendo el horario con el de este personal y autorizando la empresa los permisos, vacaciones o bajas de la actora, sin perjuicio de que se lo comunique a la Administración, por lo que concluye que no existe cesión ilegal.

Por su parte la actora en su escrito de recurso considera vulnerados los artículos 55 y 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , manifestando que a su juicio el despido ha de declararse nulo condenándose al Ministerio de Defensa a readmitirla, alegando que se produjo por haber presentado demanda frente a los demandados habiéndose infringido la garantía de indemnidad tutelada por el artículo 24 de la Constitución .

Para resolver las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado hemos de tener en cuenta la reiterada doctrina de nuestro Tribunal supremo, a la que se refiere, entre otras, la sentencia de 17 de diciembre de 2010, rec. 1673/2010 que cita las 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 , poniendo de manifiesto lo siguiente:

"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, 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 .

De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, 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 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. El error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la sentencia de 14 de septiembre de 2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. 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."

Pues bien, hemos de analizar los hechos que han quedado probados, a la luz de lo dispuesto en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la mencionada doctrina, debiéndose de tener en cuenta que aun siendo cierta la existencia de un contrato entre el MINISTERIO DE DEFENSA y ahora JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L., por el cual ésta se comprometía a la prestación de los SERVICIOS COMPLEMENTARIOS ADMINISTRATIVOS, INFORMÁTICOS Y AUXILIARES PARA LA S.E.A. Y SEINT DE LA AGRUPACIÓN C.G.E.A. y que no se cuestiona que JUBEL sea una empresa real que cuenta con organización y medios propios, sin embargo, la actividad llevada a efecto por la actora se ha desarrollado, en todo momento, en la sede del Cuartel General del Ejército del Aire, constando incluso que inició su prestación de servicios contratada directamente por el citado Ministerio, limitándose después las sucesivas empresas al suministro de la mano de obra necesaria para tal actividad, pues las tareas realizadas por la actora en la secretaría, que se enumeran en el hecho probado tercero, se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial



por parte de la sociedad que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial, no habiendo dado a la actora en ningún momento órdenes sobre el trabajo a realizar ni consta inserta en su organización, no habiéndole tampoco suministrado los materiales para la realización del trabajo, habiendo utilizado siempre los del Ministerio, sujetándose a las instrucciones del personal de éste, para el que se realizaban por la actora los trabajos y le ordenaba la forma de hacerlos, etc., sin que existiera ninguna otra persona interpuesta que recibiera los encargos y dirigiese a la trabajadora, sino que era ella directamente quien asumía las órdenes de sus superiores del Ministerio y realizaba su trabajo ateniéndose a ellas, limitándose JUBEL a reunirse aproximadamente una vez por semana con el jefe de negociado de contratación y director del expediente de adjudicación de la contrata, para tratar temas genéricos, lo cual no implica que le diera instrucciones en cuanto a la realización de las tareas, ni que organizase o dirigiese el trabajo de la actora, no asumiendo tampoco JUBEL los riesgos de la actividad productiva, porque es claro que siendo los medios materiales con los que la actora realizaba su trabajo del Ministerio, así como el local, los riesgos laborales que pudieran concurrir eran responsabilidad de éste, procediendo únicamente la empresa contratista al pago de los salarios y a la autorización de la fecha de vacaciones y recogida de bajas médicas, como no podía ser de otra manera al figurar formalmente como empleadora. Por ello, y conforme a la doctrina citada, al no constar que en la ejecución de los servicios contratados se haya puesto en práctica por la empresa contratista su organización y medios propios, habiéndose limitado su actividad al suministro de mano de obra necesaria para el desarrollo de un servicio de la actividad de la SEA DE LA AGRUPACIÓN CUARTEL GENERAL DEL EJÉRCITO DEL AIRE, se ha de concluir que efectivamente concurre un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, siendo irrelevante, como pone de relieve la juzgadora a quo, que la actora tuviera tarjetas de acceso diferenciadas no pudiendo entrar al parking ni a servicios de cafetería, farmacia ni restantes servicios propios del personal del Ministerio, porque esto es consecuencia de la posición adoptada por éste al no reconocer como empleada propia a la actora, procediendo, por consiguiente, la desestimación del recurso del Abogado del Estado.

Por su parte la actora pretende que se declare la nulidad del despido, resultando de los hechos que se han declarado probados los siguientes datos relevantes para resolver el presente motivo:

1º) La actora interpuso papeleta de conciliación frente a SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. y JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L., en reclamación de derecho, el 29 de octubre de 2012, celebrándose sin avenencia.

2º) Igualmente presentó reclamación previa ante el MINISTERIO DE DEFENSA el día 11 de febrero de 2013, por cesión ilegal.

3º) Con fecha 30 de abril de 2013 la trabajadora interpuso demanda frente a las citadas empresas y al Ministerio, en la que suplicaba que se declarase la existencia de cesión ilegal y de una relación laboral con éste desde el 27 de marzo de 2003.

2º) Desde el 27 de marzo de 2003 hasta la fecha del cese impugnado en esta litis, la actora había desempeñado ininterrumpidamente las mismas funciones para la MINISTERIO DE DEFENSA, mediante los contratos temporales relacionados en el hecho probado primero, siendo inicialmente contratada por éste mediante contrato temporal con duración de un año al que siguieron los restantes con las empresas codemandadas.

3º) Tal y como pone de manifiesto la juzgadora a quo en su fundamentación jurídica, la justificación que el Ministerio comunica a JUBEL, con fecha 17 de abril de 2013, para poner fin al contrato que habían suscrito, pese a haber acordado ya las partes una modificación del mismo en diciembre de 2012 reduciendo su duración y coste, es la falta de presupuesto.

Partiendo de estos hechos probados, no podemos compartir el razonamiento de la juzgadora a quo que en su fundamentación jurídica considera que la extinción del contrato administrativo entre las partes había sido decidida por el Ministerio antes de la presentación de la demanda, porque hemos de estar a la fecha de la reclamación previa que es más de dos meses antes de la comunicación a la empresa de la finalización del contrato por parte de dicho Ministerio, no habiendo acreditado éste la concurrencia de la causa alegada para ello que se contradice con la modificación del contrato acordada previamente, que ya tenía en cuenta el presupuesto. Sentado lo anterior, es claro que después de planteada por la actora la reclamación de sus derechos por cesión ilegal se produce la comunicación extintiva, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014, rec. 941/2013 :

"Recordemos que, a tenor de consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como radicalmente nula por contraria al derecho fundamental a la tutela judicial, que no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces



y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. Precisamente, entre los derechos laborales básicos de todo trabajador, se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2 g ET).

No consta en el caso presente que el actor estuviera destinado a trabajos de naturaleza temporal y, por el contrario, tras un extenso periodo de prestación ininterrumpida de servicios en las mismas condiciones, que se remonta a noviembre de 2004, la parte demandada decide poner fin a la relación sin acreditación de causa justificativa solo tras la reacción del trabajador de ejercitar acciones encaminadas a poner de relieve la situación de cesión ilegal en que dichos servicios venían siendo prestados.

Por ello, la construcción de la distribución de la carga probatoria que lleva a cabo la sentencia recurrida resulta contraria a derecho, dado que frente a la razonabilidad del indicio, ninguna prueba se ha practicado para desvirtuar esa conexión entre el dato indiciario y la decisión empresarial extintiva, sin que la circunstancia de que la empresa hubiera reiterado ese modo de proceder en otras ocasiones desbarate la apreciación de su inexistente justificación. Así pudimos constatarlo también en el supuesto resuelto por nuestra STS/4ª de 6 marzo 2013 (rcud. 616/2012), afectante también a la misma empresa en un caso de cesión ilegal de mano de obra."

Doctrina plenamente aplicable al supuesto de litis y conforme a la cual hemos de concluir que la actora ha sido objeto de un despido y que el mismo es nulo conforme a lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , dado que nos encontramos ante una vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, al no ser sino una represalia por su actividad reivindicativa, vulnerando su derecho a la garantía de indemnidad reconocida por el artículo 24 de la Constitución , por lo que su recurso se estima, con los efectos que predica el apartado 6 del mismo precepto, esto es la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea efectiva, reconociendo a la actora su derecho a integrarse en la SEA DE LA AGRUPACIÓN CUARTEL GENERAL DEL EJÉRCITO DEL AIRE MINISTERIO DE DEFENSA, con la categoría que corresponda a las funciones que viene desempeñando según el convenio del personal laboral de dicho organismo, conforme a cuyo salario se fijaran los salarios de tramitación que correspondan en fase de ejecución de sentencia, si bien es cierto que no puede acceder a la condición de trabajadora fija de plantilla del mismo, sino tras el ineludible proceso selectivo en el que han de regir los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.3 de la Constitución , no es menos cierto que, a la luz de la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha sentado de forma reiterada, por todas en la sentencia de 6-5-2003, rec. 2941/2002 , que "(...) la irregular celebración de contratos temporales por las Administraciones Públicas se salda con la conversión de los mismos en contratos indefinidos, lo que no equivale a la adquisición de trabajador de fijeza en plantilla, con adscripción definitiva a su puesto de trabajo, pues tal condición está ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario" , aplicable al presente supuesto, estimándose la demanda en estos términos.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que en los Recursos de Suplicación seguidos con el número 831/2014 formalizados por el letrado DON ÁNGEL MUÑOZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de DOÑA Palmira y por el ABOGADO DEL ESTADO, contra la sentencia número 45/2014 de fecha 18 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº Treinta y nueve de los de Madrid en sus autos número 1015/2013, seguidos a instancia de la Sra. Palmira frente a JUBEL SERVICIOS MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L., SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. y el MINISTERIO DE DEFENSA, en reclamación por despido, desestimamos el formulado por el ABOGADO DEL ESTADO y estimamos el de la trabajadora y en consecuencia revocamos parcialmente la resolución impugnada, confirmamos la cesión ilegal y declaramos la nulidad del despido, condenando conjunta y solidariamente al MINISTERIO DE DEFENSA y a JUBEL SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y CONTROL, S.L. a estar y pasar por tal declaración y a abonarle los salarios de tramitación en la cuantía que corresponda a la categoría establecida convencionalmente para el personal laboral de dicho Ministerio, de los que habrán de descontarse los 8.219,18 euros ya percibidos en concepto de indemnización, condenando a éste, de acuerdo con la opción ya manifestada por la actora, a que la readmita inmediatamente.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.



MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-(NÚMERO DE RECURSO) que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE** , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.