



Roj: **STSJ MU 3151/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:3151**

Id Cendoj: **30030340012014101019**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2014**

Nº de Recurso: **529/2014**

Nº de Resolución: **1062/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL**

### **MURCIA**

#### **SENTENCIA: 01062/2014**

DEMANDANTE/S D/ña MINISTERIO DE DEFENSA (SERVICIO MILITAR DE CONSTRUCC

ABOGADO/A: ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A. ,  
MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L. , CASTEGUILL S.L , CONTRANET EUROPA S.L. , Cecilia

ABOGADO/A: JORGE LOPEZ CUEVAS, JULIO FRIGARD HERNANDE , ANA CARLOTA GARCIA PAPI MARTINEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229216-18

Fax:968229213

NIG:

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU 0529/2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JZDO. DE LO SOCIAL NÚMERO UNO DE CARTAGENA; DEM. 0604/2012

Recurrente/s: MINISTERIO DE DEFENSA

Abogado/a: ABOGACÍA DEL ESTADO

Procurador/a:

Graduado Social:

Recurrido/s: Cecilia ; CASTEGUILL S.L.; CONTRANET EUROPA S.L.; ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.;  
MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Abogado/a: ANA CARLOTA GARCÍA PAPI MARTÍNEZ; JULIO FRIGARD HERNÁNDEZ; JORGE LÓPEZ CUEVAS;

Procurador/a:



Graduado Social:

En MURCIA, a dieciocho de Diciembre 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 MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 0288/2013 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 4 de Julio, dictada en proceso número 0604/2012, sobre DESPIDO, y entablado por Cecilia frente a MINISTERIO DE DEFENSA; CASTEGUILL S.L.; CONTRANET EUROPA S.L.; ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

El Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, emite Voto Particular Discrepante.

#### 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 ha venido prestando servicios para las distintas empresas demandadas desde el 1-4-97 durante los períodos que figuran en el informe de vida laboral obrante en autos, cuyo contenido se da por reproducido, en virtud de sucesivas subrogaciones empresariales. SEGUNDO. Las empresas demandadas han sido adjudicatarias, durante cada uno de los periodos, del contrato para el servicio de camareros en comedores y cocina del Cuartel General de la Fuerza de Acción Marítima en Cartagena. TERCERO. La actora ostentaba la categoría profesional de camarera y percibía un salario mensual de 1.023,23 euros. CUARTO. El 15 de junio de 2.012 la empresa "Casteguill, S.L.", última adjudicataria del servicio, comunicó a la demandante -la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas con efectos del día 30, mediante comunicación escrita que obra en autos como documento nº1 de los aportados con la demanda y que se da por reproducida. La empresa no puso a disposición de la trabajadora la indemnización legalmente prevista. QUINTO. A la fecha del despido la empresa "Casteguill, S.L." tenía 44 trabajadores. SEXTO. En la misma fecha la empresa llevó a cabo otros ocho despidos por causas objetivas y cuatro extinciones de contratos temporales. SÉPTIMO. El 31-5-12 se produjeron otros dos despidos por causas objetivas. OCTAVO. La demandante ha prestado servicios desde el 1-4-97 en Capitanía General de Cartagena, en la residencia del Almirante de Acción Marítima. DÉCIMO. La actora prestaba servicios junto a otros camareros militares, desempeñando las mismas tareas y distribuyéndose con éstos los turnos de trabajo. UNDÉCIMO. La actora recibía órdenes del Almirante y su familia, así como de un cabo 1a y del mayordomo. DUODÉCIMO. La demandante utilizaba el mismo uniforme que el personal militar de la casa del almirante, proporcionado por el Ministerio de Defensa. DECIMOTERCERO. Los útiles e instrumentos de trabajo pertenecían al Ministerio de Defensa. DECIMOCUARTO. La actora percibía sus retribuciones de las respectivas empresas adjudicatarias, que eran quienes le concedían las vacaciones. DECIMOQUINTO. La demandante presentó reclamación administrativa previa ante el Ministerio de Defensa, que fue desestimada por el organismo demandado. DECIMOSEXTO. La actora presentó papeleta de conciliación frente a las empresas codemandadas. El acto se celebró sin avenencia"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Da Cecilia, declaro la existencia de cesión ilegal de trabajadores y la nulidad de su despido por la empresa "CASTEGUILL, S.L.". En consecuencia, condeno al MINISTERIO DE DEFENSA a la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo (en las condiciones anteriormente establecidas), así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (30-6-12), a razón de 33,64 euros diarios, con la responsabilidad solidaria de "CASTEGUILL, S.L." respecto al pago de los salarios; y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en los términos legalmente establecidos. Se absuelve a las empresas "CONTRANET EUROPA, S.L.", "ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A." y "MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA, S.L." de las pretensiones deducidas en su contra".

**SEGUNDO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Abogacía del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, con impugnación de la Letrada doña Ana Carlota García Papi Martínez, en representación de la parte demandante.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**FUNDAMENTO PRIMERO** .- Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena se dictó sentencia el 4-7-13 en los autos sobre Despido nº 604/12 seguidos a instancia de doña Cecilia contra Casteguill SL, Contranet Europa SL, Atlas Servicios Empresariales SA, Mantenimiento Nueva Cartagena SL, Ministerio de Defensa y Fogasa, estimando al demanda y declarando cesión ilegal de trabajadores y nulidad del despido por Casteguill SL, condenando al Ministerio de Defensa a readmitir a la actora y abono de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a razón de 33,64 euros diarios, con responsabilidad solidaria de Casteguill SL respecto a este pago de salarios, sin perjuicio de la responsabilidad del Fogasa y con absolución del resto de los demandados.

**FUNDAMENTO SEGUNDO** .- Por parte del Ministerio de Defensa se interpuso recurso de suplicación para que se revoque la sentencia de instancia y se le absuelva o subsidiariamente se declare improcedente y no nulo el despido. Recurso que fue impugnado por la actora 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:

A) Al hecho octavo que dice: "La demandante ha prestado servicios desde el 1-4-97 en Capitanía General de Cartagena, en la residencia del Almirante de Acción Marítima", debe adicionarse lo siguiente: "La demandante trabajó por cuenta y bajo la 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) Añadirse este nuevo hecho probado: "El Ministerio de Defensa nunca tuvo conocimiento del número de trabajadores despedidos ni del momento en que lo fueron, que fueron realizados sin conocimiento del Ministerio de Defensa por la empresa para la que prestaba servicios la demandante, CASTEGUILL S.L."

En cuanto al hecho octavo no está acreditado lo pedido y está en contradicción con lo declarado en el hecho probado undécimo, que establece las ordenes recibidas por la actora por el almirante, su familia, el cabo 1º y mayordomo.

En cuanto a la adición de un nuevo hecho probado no se señala la documentación o pericia de la que resulte lo pedido, sin perjuicio, en su caso, de la intrascendencia de lo pedido.

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

Motivo que no puede estimarse puesto que como ya ha dicho esta misma Sala en diversas sentencias, entre ellas, la reciente de fecha 27 de octubre, (nº 859/2014 ) "No puede estimarse ya que se está 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 apartado c) del art. 193 de la LJS se argumenta a continuación, infracción de los Pliegos de Cláusulas y Prescripciones Técnicas (cláusula séptima).

No puede aceptarse ya que "No puede tampoco aceptarse este motivo del recurso ya que no se infringen dichas cláusulas y prescripciones técnicas 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** .- Finalmente, al amparo del mismo apartado c) del art. 193 de la LJS se alegan los arts. 55 y 56 del EBEP .

Dado que en el presente procedimiento la actora ejercita acción impugnada de fecha 30 de junio de 2012, y al propio tiempo denuncia la existencia de cesión ilegal de trabajadores y, ejerciendo el derecho que le otorga el art. 43.4 del Estatuto de los Trabajadores , solicita su integración como trabajador del Ministerio de Defensa, la causa de nulidad invocada, por haberse superado los umbrales del despido objetivo que se establecen en el art. 51 del ET , no es aplicable al Ministerio de Defensa, máxime si no existe constancia del número de trabajadores que para él prestan servicios, aunque posiblemente es muy superior. La causa de nulidad invocada sería aplicable si la actora hubiera optado por integrarse como trabajadora de la empresa codemandada (Casteguill S.L.).

Debe estimarse la petición subsidiaria al ser el despido improcedente y no nulo, ya que el despido efectuado por la empresa demandada no afecta al recurrente, que solamente se ve obligado por la cesión ilegal de mano de obra. Por lo que puede optar entre la readmisión o la indemnización, y si opta por la readmisión procederá el abono de salarios de trámite ( art. 56.1 , 2 y 3 del ET ).

## 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 MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia número 0288/2013 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 4 de Julio , dictada en proceso número 0604/2012, sobre DESPIDO, y entablado por Cecilia frente a MINISTERIO DE DEFENSA; CASTEGUILL S.L.; CONTRANET EUROPA S.L.; ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.; MANTENIMIENTO NUEVA CARTAGENA S.L.; FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia, en cuanto a la cesión ilegal de mano de obra, y se revoca dicha sentencia en cuanto que el despido no es nulo, sino improcedente, con adquisición de condición indefinida, no fija, en la cesionaria por la parte actora, pudiendo el Ministerio de Defensa optar entre la readmisión o la indemnización, salvo error u omisión de 26.664'09 euros. Con abono de los salarios de trámite si optara por la readmisión.

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: ES553104000066052914, 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 ES553104000066052914, 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, devuélvanse 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.

#### VOTO PARTICULAR

El Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, Magistrado de la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, con absoluto respeto a la decisión mayoritaria, formula el siguiente voto particular discrepante a la sentencia número 1062/2014 al amparo del artículo 260 de la LOPJ , pues considera más ajustada a derecho la solución que se explica a continuación.

En efecto, la sentencia recurrida debería haberse confirmado, ya que se consideró el despido nulo porque por Casteguill, SL, se superó el umbral para los despidos objetivos y, por tanto, lo decisivo es determinar si tal circunstancia afecta al Ministerio de Defensa.

Pues bien, para resolver dicha cuestión se debe tener en cuenta que la cesión ilegal, en la que subyace un fraude, se caracteriza por intervenir un cedente y un cesionario, ambos implicados en la misma y, según dispone el artº 43 del ET , ambos responden solidariamente de las obligaciones contraídas, por lo que producido el despido por Casteguill, SL, la regulación aplicable en relación con dicha empresa, es la que se aplica a la empresa cesionaria, por lo que el despido es nulo, sin perjuicio de que readmitido por al Ministerio de Defensa, la relación laboral se someta a las peculiaridades propias a partir de dicho momento, tratándose de una relación indefinida sin fijeza, como ha tenido oportunidad de establecer el TS para el caso de acceso como trabajador en circunstancias ajenas al artº 23 de la CE .

En resumen, el despido solo admite una única calificación jurídica y, por tanto, es la misma para la empresa Casteguill y el Ministerio de Defensa.

El conocimiento o desconocimiento por parte del Ministerio de Defensa de las circunstancias de los despidos producidos es, realmente, irrelevante.

Murcia, a dieciocho de Diciembre de 2014