

Resumen

Estima parcialmente el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la ETT codemandada frente a sentencia que declaró la existencia de cesión ilegal y la improcedencia del despido del actor otorgándole a éste el derecho a optar por su readmisión o la indemnización. Entiende el TS que, tras la declaración de cesión ilegal, uno de los efectos que se producen es la facultad que se le confiere al trabajador cedido de elegir entre formar parte de la plantilla como trabajador fijo, bien en la empresa cedente, bien en la cesionaria, pero una vez efectuada la opción por una de ellas es a ésta, y no al propio trabajador, a la que le corresponde la elección entre readmitirle o indemnizarle por despido improcedente, pues sólo existe una excepción a esta regla para el caso de que aquél fuera representante de los trabajadores o delegado sindical, circunstancia que no concurre en el caso de autos.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores art.43 , art.56.1 , art.56.2 , art.56.4

Ley 14/1994 de 1 junio 1994. Empresas de Trabajo Temporal art.6 , art.8 , art.16.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

CESIÓN ILEGAL

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

Otras cuestiones

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

DESPIDO DISCIPLINARIO

Calificación y efectos

Despido improcedente

Efectos

Supuestos diversos

Readmisión

Opción entre indemnización y readmisión

RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACION DE DOCTRINA

SENTENCIA ESTIMATORIA; EFECTOS

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa de Trabajo Temporal,Trabajador; Desfavorable a: Empresa de Trabajo Temporal,Trabajador

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Aplica art.43, art.56.1, art.56.2, art.56.4 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Aplica art.6, art.8, art.16.3 de Ley 14/1994 de 1 junio 1994. Empresas de Trabajo Temporal

Cita art.110, art.217, art.222, art.233 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.4, art.56 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita Ley 14/1994 de 1 junio 1994. Empresas de Trabajo Temporal

Cita art.6.4 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ País Vasco Sala de lo Social de 24 enero 2007 (J2007/27859)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL, EXTINCIÓN DEL CONTRATO - DESPIDO DISCIPLINARIO - Calificación y efectos - Despido improcedente - Supuestos diversos, EXTINCIÓN DEL CONTRATO - DESPIDO DISCIPLINARIO - Readmisión - Opción entre indemnización y readmisión STS Sala 4ª de 5 febrero 2008 (J2008/25835)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL, EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN - Otras cuestiones STS Sala 4ª de 17 octubre 2006 (J2006/311896)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL, EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN - Otras cuestiones STS Sala 4ª de 4 julio 2006 (J2006/277464)

Cita STSJ Madrid Sala de lo Social de 13 diciembre 2005 (J2005/267310)

Cita STSJ Cataluña Sala de lo Social de 15 diciembre 2003 (J2003/236598)

Bibliografía

Citada en "Principales aspectos procesales en la cesión ilegal"

En la Villa de Madrid, a tres de noviembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Dª Susana Rodríguez de la Plaza, en nombre y representación de "D., E.T.T., S.A.", contra la sentencia de 24 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 2718/2006 EDJ 2007/27859, interpuesto frente a la sentencia de 31 de marzo de 2006 dictada en autos 83/2006 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao seguidos a instancia de D. Arturo contra "D., E.T.T., S.A." y "Construcciones Electromecánicas C., S.A." sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Arturo representada por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2006, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, dictó sentencia, aclarada por auto de 28 de abril de 2006, quedando el fallo de la siguiente forma: "Se estima la demanda de D. Arturo contra "D., E.T.T., S.A.", declarando improcedente el despido, y condenando a esta demandada a optar en el plazo de 5 días desde la notificación de la Sentencia entre la readmisión con el abono de los salarios de tramitación o el abono de una indemnización de doce mil doscientos noventa euros con setenta céntimos (12.290,70 euros) de la que habrá de descontarse la cantidad de 2.676,92 euros consignados, y al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 29-12-05 hasta la notificación de la Sentencia o hasta que hubiera obtenido otro empleo, si tal empleo hubiera sido anterior a dicha sentencia, a razón de 60,62 euros diarios, debiendo descontarse la cantidad de 1.358 euros consignados por este concepto.

Se absuelve de la demanda a "Construcciones Electromecánicas C., S.A.". En fecha 17 de mayo de 2006, se dictó nuevo auto de aclaración que literalmente dice en su parte dispositiva: "Se estima la petición formulada por Arturo de aclarar la Sentencia de fecha 31-03-06 y el auto dictado en el presente procedimiento con fecha 28-04-06, en el sentido de que las únicas cantidades consignadas son las de 2.441,92 euros y 235 euros, la primera con fecha 08-02-06 y la segunda de fecha 13 de marzo de 2006".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- El actor, D. Arturo, con D.N.I. núm. 000, ha prestado servicios para la empresa "Construcciones Electromecánicas C., S.A.", a través de los siguientes contratos de trabajo:

- Desde el 27-6-2001 a 31-1-03, como trabajador de la empresa "E., S.L.", en calidad de subcontratista de "Construcciones Electromecánicas C., S.A.", a través de contrato para obra determinada siendo su objeto Montaje de Cuadros Eléctricos en "Construcciones Electromecánicas C., S.A." para presentar sus servicios como Oficial 1ª Electricista.

- Desde el 19-02-03 a 30-07-03, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos del cliente Souziona con referencia T26141/B26183 y su tarea montaje y cableado de cuadros eléctricos como Oficial 1ª.

- Desde el 1-9-03 a 23-4-04, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos B26183 del cliente Souziona, E26269 Cepsa, A26272 UTE Pampilla, T26274 UTE Pampilla y su tarea cableado de cuadros eléctricos como Oficial 1ª

- Desde el 10-5-04 a 13-8-04, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedido G-26433 UTE ciclo combinado BOROYA y su tarea montaje de chapa y cuadros eléctricos, como Oficial 1ª.

- Desde el 6-9-04 a 5-1-05, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos UTE ciclo combinado Boroa e Iberinco y su tarea cableado y montaje de cuadros eléctricos, como Oficial 1ª.

- Desde el 10-1-05 a 26-1-05, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos "I." R26651; R26657; "D." A26668, A26678; "R." G26675, "S." H26673, "So." A26670 y su tarea cableado y montaje de cuadros eléctricos, como Oficial 1ª.

- Desde el 22-6-05 a 19-8-05, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos A26811 Escombreras, I26825 "Sa.", 1º, 2º, 3ª Fase y su tarea cableados de cables eléctricos montaje de estructuras, como Oficial 2ª.

- Desde el 5-9-05 a 29-12-05, como trabajador de "D., E.T.T., S.A.", a través de contrato por obra determinada siendo su objeto pedidos I26825 Fase III, A 26811 Fase II, I26856 "Se." y su tarea cableado de cables eléctricos y montaje de estructuras, como Oficial 2ª.

- El actor ha prestado sus servicios en la actividad normal de la empresa, no ajustándose a los pedidos que se hacían constar en los contratos sino a las necesidades que surgían en cada momento.

- Al actor se le notificó que pasará a ostentar la categoría de oficial 2ª, por que de otro modo era muy caro, pero la prestación de servicios no ha sufrido variación alguna.

2º.- Con fecha 06-02-06 se celebró acto de conciliación, en el que "D., E.T.T., S.A." reconoció la improcedencia del despido y ofreció una indemnización de 1083 euros y salarios de tramitación hasta la fecha por importe de 1358,92.

- Con fecha 08-02-06 la empresa consignó 2441,92 euros (1083 euros en concepto de indemnización y 1358,92 en concepto de salarios de tramitación).

- Con fecha 13-3-06 consignó 235 euros para completar la indemnización.

3º.- Con fecha 29-12-05 "D., E.T.T., S.A." comunicó al demandante la finalización de su contrato de trabajo con efectos del mismo día.

4º.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de legal representante de los trabajadores".

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 24 de enero de 2007, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco EDJ 2007/27859 , dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso del trabajador Arturo y estimando parcialmente el recuso de la empresarial "D., E.T.T., S.A.", se revoca parcialmente la sentencia de instancia, se declara la existencia de una cesión ilegal y un despido calificado como improcedente con el derecho del trabajador a optar por su readmisión con abono de los salarios de tramitación para cualquiera de las empresas responsables y solidarias, o en su caso el abono de la indemnización cuantificada en 1.083 euros, también con los correspondientes salarios dejados de percibir desde la fecha del despido el 29 de diciembre de 2005 hasta la notificación de nuestra sentencia, en cuantía de 60,62 euros diarios. Se acuerda la devolución de los depósitos y el mantenimiento en su caso de las consignaciones. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de "D., E.T.T., S.A." el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 23 de mayo de 2007, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de diciembre de 2005 (1º motivo), de Cataluña de 15 de diciembre de 2003 (2º motivo) y de Galicia de 16 de diciembre de 2003 (motivo 3º).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2007, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 21 de octubre de 2008, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se plantean por la empresa recurrente -"D., E.T.T., S.A."- tres cuestiones derivadas del despido de un trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria. La primera consiste en determinar si en este caso se produjo una cesión ilegal de trabajadores; la segunda se refiere a si, una vez declarada la existencia de esa situación de interposición ilícita, la única consecuencia jurídica derivada del despido improcedente es la elección que el artículo 43.1 atribuye al trabajador entre las empresas implicadas, correspondiendo en último término al trabajador también la opción entre la readmisión o la indemnización prevista en el artículo 56.1 ET EDL 1995/13475 ; y la tercera, consecuencia de las anteriores, trata de las consecuencias que sobre la declaración de despido improcedente y condena solidaria de dos empresas, una vez hecha la opción de una de ellas por la indemnización, haya de tener sobre los salarios de tramitación el previo reconocimiento de la improcedencia y la consignación de la indemnización efectuada en los términos previstos en el artículo 56.2 ET EDL 1995/13475 .

SEGUNDO.- La situación de hecho sobre la que partió la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 24 de enero de 2007 EDJ 2007/27859 , modificando parcialmente el relato histórico de la sentencia de instancia, es la siguiente:

a) El trabajador demandante prestó servicios en la empresa "Construcciones Electromecánicas C., S.A." desde el 27 de junio de 2001, primero cedido desde una empresa subcontratada y después en virtud de contrato de puesta a disposición suscrito entre la Empresa de Trabajo Temporal (ETT) hoy recurrente y la referida S.A.

b) Tras un periodo significativo de interrupción de la actividad de varios meses, valorado como tal por la sentencia recurrida, el 22 de junio de 2005 fue nuevamente contratado por la ETT para prestar servicios en la referida empresa usuaria, con el soporte de un contrato temporal para obra o servicio determinado, extendiéndose su vigencia hasta el 19 de agosto de ese mismo año 2005.

c) Unos días después, el 5 de septiembre firmó otro contrato temporal de la misma naturaleza con la misma ETT y para prestar servicios en la usuaria antes citada, llevando a cabo siempre su actividad dentro de la normal de ésta, sin que su trabajo se ajustase a los pedidos que figuraban en los contratos como causa, sino que se proyectaba sobre las necesidades que surgían en cada momento.

d) El 29 de diciembre de 2005 la ETT dio por terminada la vigencia de éste último contrato y se comunicó el cese al trabajador.

e) Planteada demanda por despido frente a las dos empresas, la ETT reconoció en el acto de conciliación administrativa celebrado el 6 de febrero de 2006 la improcedencia del despido y ofreció la indemnización de 1.083 euros por ese concepto más 1.358,92 euros por salarios de tramitación, cantidades consignadas el día 8 de febrero y ampliada la correspondiente a la indemnización en 235 euros más el 13 de marzo de 2006.

TERCERO.- La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y condenó a la ETT al ejercicio de la opción legal entre la readmisión o la indemnización, fijándose la indemnización en 12.290,70 euros y los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, a razón de 60,62 euros diarios, cantidades de las que habrían de descontarse las cantidades consignadas en su día.

Ambas partes recurrieron en suplicación la referida sentencia, y la Sala del TSJ del País Vasco en la sentencia que ahora se recurre EDJ 2007/27859 en casación para la unificación de doctrina estimó el del trabajador y en parte el de la ETT, apreciando en primer lugar, como pronunciamiento fundamental, que en la relación contractual examinada, se había producido una cesión ilegal desde la ETT a la empresa usuaria, encuadrable en el artículo 43.1 ET EDL 1995/13475 , si bien no desde el inicio de la relación de trabajo, sino desde junio de 2005, pues el actor había llevado a cabo siempre las mismas funciones en la usuaria, utilizándose los contratos temporales de manera fraudulenta para atender necesidades permanentes de ésta última. Por esa razón se declara la existencia de esa interposición ilícita encuadrable en el artículo 43.1 ET EDL 1995/13475 , de la que se derivaba el derecho del actor a elegir entre las dos empresas solidariamente condenadas por despido improcedente para llevar a cabo la opción entre ser readmitido o indemnizado, señalando de manera específica que era el trabajador y no la empresa sobre la que se produjese la elección de éste, sobre el que recaía el derecho a la opción prevista en el artículo 56.1 ET EDL 1995/13475 .

La condena de la sentencia recurrida EDJ 2007/27859 , por tanto, se expresaba en ese sentido y se decía literalmente en la parte dispositiva lo siguiente: "... se declara la existencia de una cesión ilegal y un despido calificado como improcedente con el derecho del trabajador a optar por su readmisión con abono de los salarios de tramitación para cualquiera de las empresas responsables y solidarias, o, en su caso, el abono de la indemnización cuantificada en 1.083 euros, también con los correspondientes salarios dejados de percibir desde la fecha del despido el 29 de diciembre de 2005 hasta la notificación de nuestra sentencia....".

CUARTO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora plantea la Empresa de Trabajo Temporal se construye sobre tres motivos. En el primero de ellos se denuncia como infringido el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , en cuanto que entiende que no cabe la existencia de una cesión ilegal de trabajadores en aquellos casos en los que la prestación de servicios del trabajador se lleva a cabo por medio de un contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria, en el marco de las previsiones de la Ley 14/1994, de 1 de junio EDL 1994/16258 , que regula la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal.

Como sentencia de contraste se propone por la recurrente para este primer motivo la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de diciembre de 2005 EDJ 2005/267310 . En ella, como va a verse enseguida, se resuelve un supuesto que guarda con el de la sentencia recurrida EDJ 2007/27859 la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que también se discutía en ella sobre la existencia del fenómeno interpositorio ilícito que regula el artículo 43 ET EDL 1995/13475 en relación con dos empresas unidas por un contrato de puesta a disposición en una situación de despido improcedente, apareciendo que la actividad de los empleados se llevaba a cabo para actividades permanentes de la usuaria y mezclados los actores con su personal, con el que rotaban turnos y hacían sustituciones.

En esa situación, la sentencia que analizamos EDJ 2005/267310 concluye que en ningún caso se puede calificar de cesión ilícita la contratación temporal de trabajadores para cubrir una necesidad permanente en la empresa usuaria, pues es el artículo 16.3 de la Ley de 14/1994 el que contiene los efectos que puedan producirse en el caso de que se vulneren los preceptos que regulan esa actividad intermediadora de las ETT'S, y que se refieren únicamente a la infracción de los artículos 6 y 8 de la referida norma, razón por la que en estos supuestos no puede entrar en acción el artículo 43.2 ET EDL 1995/13475 , cuya virtualidad queda reducida a los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal.

La contradicción entre ambas resoluciones, como ha podido verse, es completa, y sobre ella, en contra de la opinión de la parte recurrida mostrada en su escrito de impugnación del recurso, sí se ha llevado a cabo en el escrito de interposición del recurso una suficiente relación precisa y circunstanciada de la contradicción, al igual que en los dos motivos siguientes, en la forma que exige el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 .

No obstante, este primer motivo carece de contenido casacional, pues esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre el problema suscitado en sentencias como la citada en la propia sentencia recurrida EDJ 2007/27859 , de 4 de julio de 2006 (Rec. 1077/2005) EDJ 2006/277464 , 29 de septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005) y 17 de octubre de 2006 (Rec. 2426/2005) EDJ 2006/311896 . En todas ellas se mantiene en este punto la misma doctrina que la sentencia recurrida y se llega a la conclusión de que en casos como el presente, en el que la contratación temporal que lleva a cabo la ETT se proyecta sobre actividades totalmente ordinarias, normales y para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, sin que el artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal agote las consecuencias jurídicas de una contratación fraudulenta.

O lo que es lo mismo, la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 puede producirse también en caso de que exista esa cesión ilegal de trabajadores, aunque se trate de ETT'S y la infracción no se refiera a los artículos 6 y 8 de la LETT, y así se dice literalmente el fundamento de derecho sexto número 4 de la primera de las sentencias citadas que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 no sólo puede alcanzar a los contratos de puesta a disposición que se lleven a cabo"... en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC EDL 1889/1 .".

En conclusión, aplicando la doctrina anterior al caso de autos nos encontramos con que la ETT recurrente cedió a la empresa usuaria a través de los correspondientes contratos de puesta a disposición al trabajador demandante, y ello para llevar a cabo actividades normales, ordinarias y permanentes en el seno de la empresa usuaria, con lo que la temporalidad aparente que figuraba en los contratos de trabajo se veía desvirtuada, como acertadamente razona la sentencia recurrida, hasta constituir una verdadera interposición ilícita de mano de obra, incluíble en el artículo 43. 1 ET EDL 1995/13475 , con los efectos de solidaridad contemplados en el número 3 del mismo precepto. El motivo del recurso por tanto, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su razonado informe, ha de ser desestimado.

QUINTO.- En el segundo motivo la parte recurrente denuncia como infringidos los artículo 43, 56.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , en cuanto que se estima por la recurrente errónea y contraria a tales preceptos la atribución al trabajador demandante, una vez elegida la empresa en los términos previstos en el artículo 43 ET EDL 1995/13475 , de la opción entre readmisión o indemnización que prevé el artículo 56.1 ET EDL 1995/13475 .

Como sentencia de contraste se propone por la recurrente la dictada el 15 de diciembre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña EDJ 2003/236598 , la misma que sirvió de contradicción también en la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada el 5 de febrero de 2008 (rec. 4713/2006) EDJ 2008/25835 , a la que ahora nos vamos a referir y en la que se contiene la doctrina ajustada a derecho sobre este punto, que por razones de seguridad jurídica aquí también hemos de aplicar.

La referida sentencia de contraste EDJ 2003/236598 conoció el caso también de despido, en este supuesto de tres trabajadoras de la empresa "Telemarketing S., S.A." que en un determinado momento habían sido destinadas por la empleadora a prestar servicios en "Móvil R., S.A.", en virtud de un contrato existente entre ambas. La primera de las expresadas empresas comunicó a las trabajadoras que a partir del 18 de agosto de 2002 deberían cesar a su servicio, alegando para ello haber finalizado el tiempo por el que habían sido contratadas, frente a cuya decisión accionaron las empleadas, lo que determinó que, en definitiva, la sentencia de contraste acordara declarar la improcedencia de los despidos y, apreciando la existencia de una cesión ilegal de mano de obra por parte de la primera de las mencionadas empresas a la segunda de ellas, condenó solidariamente a ambas a optar por la readmisión o por la resolución del contrato mediante indemnización a aquella de las dos demandadas con la que las actoras eligieran mantener la relación laboral, con excepción de una de las demandantes, a la que la Sala concedió dicha opción, pero en este caso lo hizo al amparo del art. 56.4 del ET EDL 1995/13475 , como consecuencia de tener esta empleada la condición de representante de los trabajadores.

Aunque es cierto que en este caso la empresa cedente de la mano de obra no tenía la condición de ETT, el fondo del problema en ambos casos es el mismo, pues se trata de determinar si en los supuestos en que se condena solidariamente a dos empresas por haber incurrido en cesión ilícita de mano de obra, y hecha la elección por el trabajador sobre una de ellas, le sigue correspondiendo a éste la opción entre readmisión o indemnización como consecuencia de un pronunciamiento de despido improcedente. Y ante ello la sentencia recurrida EDJ 2007/27859 afirma que es al trabajador al que le corresponde la opción y la de contraste EDJ 2003/236598 llega a la solución contraria. Concorre entonces la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que procede entrar en el tratamiento y decisión de este motivo del recurso, toda vez que, además, como antes se dijo, el escrito en el que dicho recurso se interpone se ajusta a la forma requerida por el artículo 222 de la LPL EDL 1995/13689 en cuanto a la relación precisa y circunstanciada de la contradicción.

SEXTO.- Como se acaba de anticipar, la doctrina correcta en este punto se encuentra en la sentencia de contraste EDJ 2003/236598 , tal y como se afirma en nuestra sentencia antes citada de 5 de febrero de 2008 (rec. 4713/2006) EDJ 2008/25835 .

Decíamos en ella que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 no se contiene ninguna disposición relacionada con el despido, definiendo lo que determina el concepto de cesión ilegal de trabajadores, señalando las consecuencias que se derivan de la existencia de esa actuación empresarial ilícita, una de las cuales consiste en la facultad que se confiere a los trabajadores cedidos de elegir entre formar parte de la plantilla como trabajadores fijos, bien de la empresa cedente o bien de la cesionaria, sin otras previsiones. Por eso se añade en nuestra sentencia que esos efectos están desconectados de la situación de despido, y pueden tener lugar sin que esa decisión empresarial exista," ... por ello, -se dice literalmente en ella- si el despido se produce, habrá que acudir -para conocer cuáles son las consecuencias derivadas de tal despido- a la normativa llamada a regular esta figura jurídica, esto es, a la Sección 4ª del Capítulo III del Título I del ET, que es la que contiene la disciplina legal relativa a la "extinción del contrato", una de cuyas formas de extinción, como es bien sabido, es el despido en sus distintas modalidades.

Pues bien: con relación al despido que por sentencia judicial se declare improcedente, el art. 56 del ET EDL 1995/13475 ... suministra, en la materia que nos ocupa, una regla general y una excepción. La regla general se contiene en el apartado 1, y consiste en que "el empresario... podrá optar entre la readmisión del trabajador.... ó el abono de las siguientes percepciones....", una de las cuales es la indemnización por el despido para dar lugar de esta forma a la extinción de la relación laboral. Y la excepción viene contemplada en el apartado 4 del propio precepto, por cuya virtud "si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste". Por consiguiente, la norma contenida en el art. 43 acerca de la cesión ilegal de trabajadores, concediendo a los ilegalmente cedidos la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo

su empleadora, es totalmente independiente (y, por ello, irrelevante) en materia de quién sea el sujeto (empresa o trabajador) al que el art. 56 confiera la opción entre la readmisión o la resolución contractual mediante la oportuna indemnización. En definitiva, como en el supuesto aquí enjuiciado el trabajador despedido de manera improcedente no era representante de los trabajadores ni delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización no le correspondía a él, sino aquélla de las dos empresas -cedente o cesionaria- con la que dicho trabajador eligiera mantener la relación laboral".

Aplicando la anterior doctrina al supuesto aquí enjuiciado es necesario acoger el motivo del recurso articulado en el sentido expuesto, desde el momento en que la sentencia recurrida EDJ 2007/27859 concedió al trabajador no solo la opción, mejor elección, que le confiere el artículo 43.4 ET EDL 1995/13475 como sujeto de tráfico prohibido de mano de obra para permanecer en una de las dos empresas solidariamente condenadas, sino que además le ofreció la opción de que, hecha aquélla elección, optase sobre la elegida entre la readmisión o la indemnización, alterando la con ello la previsión que contiene el artículo 56.1 ET EDL 1995/13475 para el caso de despido improcedente sin que concurra ninguna de las circunstancias especiales que desplazan legalmente el ejercicio de esa opción.

En consecuencia, verificada la existencia de cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez que haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 ET EDL 1995/13475, corresponde a la empresa que elija la opción entre la readmisión o indemnización en los términos previstos en el artículo 56.1 ET EDL 1995/13475.

SÉPTIMO.- El tercer motivo del recurso lo plantea el recurrente sobre la existencia de una infracción del número 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, por entender que no procedería la imposición de salarios distintos de los consignados en su día en el Juzgado, puesto que la recurrente llevó a cabo la esa consignación de manera correcta, junto con el reconocimiento de la improcedencia del despido.

En este punto se propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 16 de diciembre de 2003. En ella se resuelve sobre el despido de una trabajadora que fue despedida el 5 de junio de 2003 por la empresa "Limpiezas G., S.L."; planteada demanda por despido, el 4 de julio de 2003 tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de Vigo escrito por el que la empresa demandada consignaba la cantidad de 1.478,01 euros por la resolución del contrato de trabajo, de los que 741,60 euros correspondían a la indemnización, 455,17 euros a salarios de tramitación y 281,24 euros a liquidación reglamentaria, cantidad que fue ofrecida a la trabajadora en el servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación y que no fue aceptada.

Declarada la improcedencia del despido por el Juzgado de instancia, se condenó a la empresa al ejercicio de la opción legal sobre una indemnización de 8.377,94 euros, condenándola al abono de los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la de notificación de la sentencia. En suplicación la sentencia de contraste analizó en primer lugar la antigüedad de la actora, y se acogió la propuesta por la empresa, 1 de junio de 2002, para concluir con base en ello que, siguiendo las prescripciones del artículo 56.2 ET EDL 1995/13475, "se cumplen los requisitos para que tenga lugar la limitación del devengo de los salarios de tramitación que el citado precepto establece, como afirma el juzgador de instancia salvo que ha considerado la antigüedad de 1/6/90.

Salarios que han de ir desde el despido hasta la fecha del depósito, dado que habiéndose producido el despido en 5/6/03, la empresa reconoció en el SMAC en 3/7/03 la improcedencia del despido y ofreció la correspondiente indemnización, que al no ser aceptada, propició su consignación en el juzgado al día siguiente. En tal sentido procede acoger al recurso y revocar la sentencia dictada en la instancia, manteniendo la declaración de improcedencia del despido y declarando la procedencia de la indemnización ofertada y consignada por la empresa, con limitación de los salarios de trámite en la forma dicha conforme al art. 56.2 ET EDL 1995/13475".

Como puede verse fácilmente, y así lo pone de relieve tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso, el supuesto que resuelve la sentencia de contraste nada tiene que ver con el que se aborda en la recurrida. Los hechos, fundamentos y pretensiones no guardan la identidad sustancial que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral EDL 1995/13689 para la viabilidad del presente motivo del recurso, puesto que la doctrina que contiene la sentencia de contraste se proyecta sobre un caso que puede calificarse de normal, sin incidencia o especialidad alguna relacionada con las previsiones del artículo 56.2 ET EDL 1995/13475. Sin embargo, en la sentencia recurrida la discusión, el debate jurídico se produce sobre un caso de cesión ilegal del trabajador demandante en el que discute sobre el alcance de la responsabilidad de una empresa de trabajo temporal en relación con la solidaridad de la empresa usuaria, sobre una situación de contratación temporal fraudulenta y con discusión sobre la titularidad del ejercicio de la opción entre readmisión o indemnización, elementos de hecho relevantes que son completamente ajenas a lo resuelto en la sentencia de contraste.

Por ello, procede la desestimación de este tercer motivo del recurso, lo que ha de suponer como pronunciamiento final de esta sentencia la estimación parcial del presente recurso de casación para la unificación de doctrina. De esta forma, procede casar y anular en parte la sentencia recurrida EDJ 2007/27859, concretamente en el punto referido al ejercicio de la opción como consecuencia de la declaración de despido improcedente del trabajador demandante, que se mantiene íntegramente, así como la declaración de existencia de una cesión ilegal de mano de obra y el derecho del actor a elegir entre las dos empresas solidariamente condenadas aquélla que deberá llevar a cabo esa opción prevista en el artículo 56.2 ET EDL 1995/13475, manteniéndose también el pronunciamiento, para el caso de que la empresa elegida por el trabajador opte por la indemnización, sobre la indemnización que ha de abonarse de 1.083 euros y los salarios dejados de percibir desde el 29 de diciembre de 2005 y la fecha de notificación de la sentencia recurrida, a razón de 60,62 euros diarios.

Al haberse estimado en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina, no procede la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 de la LPL EDL 1995/13689.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Susana Rodríguez de la Plaza, en nombre y representación de "D., E.T.T., S.A.", contra la sentencia de 24 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 2718/2006 EDJ 2007/27859 , interpuesto frente a la sentencia de 31 de marzo de 2006 dictada en autos 83/2006 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao seguidos a instancia de D. Arturo contra "D., E.T.T., S.A." y "Construcciones Electromecánicas C., S.A." sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el único punto relativo al ejercicio de la opción entre readmitir o indemnizar, con salarios de tramitación, derivada de la declaración de despido improcedente, que deberá efectuarla aquélla de las dos empresas solidariamente condenadas, "D., E.T.T., S.A." y "Construcciones Electromecánicas C., S.A." sobre la que recaiga la elección del trabajador demandante D. Arturo como consecuencia de la declaración de cesión ilegal de mano de obra, pronunciamiento que, como el resto de los que contiene la sentencia recurrida que no se refieren a la mencionada opción, se mantiene en su integridad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Joaquín Samper Juan.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012008100758