



Roj: **STS 4941/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4941**

Id Cendoj: **28079149912016100033**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **26/10/2016**

Nº de Recurso: **2913/2014**

Nº de Resolución: **892/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8843/2014,**
STS 4941/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, contra la sentencia dictada en fecha 29 de mayo de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 79/2014 formulado por la representación procesal de Doña Virtudes frente a la sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Madrid, en autos nº 1404/12, seguidos a instancia de DOÑA Virtudes contra CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO; CEMETRA SERVICIOS EMPRESARIALES ESPECIALIZADOS, S.L.; AMPLE RRHH SERVICES, S.L.; SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L.; OUTSOURCING SIGNO GRUPO NORTE, S.L. y NAVAL SERVICE, S.L., sobre reclamación por despido. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la letrada Doña Francisca Pérez Pastor, en nombre y representación de Doña Virtudes, y el letrado Don Juan Manuel Hernanz García, en nombre y representación de Navalservice, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimando la demanda interpuesta por D^a Virtudes frente a CEMETRA SERVICIOS EMPRESARIALES ESPECIALIZADOS SL, AMPLE RRHH SERVICES S. L, OUTSOURCING SIGNO GRUPO NORTE S. L, NAVALSERVICE S. L, SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS S. L, y CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La actora, D^a Virtudes, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa NAVALSERVICE, S.L. con una antigüedad del 17/10/11, categoría profesional de auxiliar de servicios y con un salario mensual de 639,23 € con prorrata paga extraordinarias.

SEGUNDO.- La prestación de servicios se inició en virtud de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado a tiempo parcial (6 horas al día); se estipuló que, su objeto era el "servicio de reprografía en CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO en Madrid".

TERCERO.- A tal efecto, la empresa NAVALSERVICE, S.L. había formalizado un contrato de servicios con la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO. Ese contrato se refería a un servicio de apoyo a diferentes



trabajos en la sede de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, y comprendía una serie de puestos de trabajo en los servicios de centralita, reprografía, almacén o archivo. Los trabajos en el servicio de reprografía consistían en hacer fotocopias en blanco y negro y color, copias de planos, encuadernación de cualquier trabajo, hacer composiciones para fotocopiar, trasladar trabajos a almacén o a despachos y todos los relacionados con esos servicios. El plazo de ejecución del contrato fue de doce meses contados a partir del 17/10/11.

CUARTO.- La empresa NAVALSERVICE S.L. controlaba todos los aspectos relativos a vacaciones, bajas por enfermedad, permisos para ausencias al trabajo y otros análogos de la actora; ésta correlativamente, se dirigía directamente a la empresa para tratar todos estos temas laborales de vacaciones, bajas médicas, permisos para ausencias al trabajo o salariales. Cuando la actora permaneció de baja o disfrutaba vacaciones, la empresa NAVALSERVICE, S.L. ponía un sustituto en su puesto de trabajo para atender el servicio de reprografía. Por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO) el puesto de trabajo de la actora; los recibos salariales eran entregados por los inspectores a la actora, y ésta les entraba los justificantes médicos. La empresa entregó a la actora una bata de color naranja (diferente a la del personal propio de la Confederación) para el desempeño de su trabajo. Los elementos de trabajo del servicio de reprografía pertenecían a la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO.

QUINTO.- El 17/09/12 la actora, al igual que otros trabajadores, interpuso una demanda por cesión ilegal de trabajadores contra la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO y las demás empresas ahora adeudadas (sic); el 31/07/12 había presentado reclamación previa frente a la Confederación.

SEXTO.- Por escrito de fecha 23/10/12 la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO comunicó a la empresa NAVALSERVICE, S.L. lo siguiente: "Se ha recibido en la Confederación Hidrográfica del Tajo, el pasado día 15 de octubre de 2012, su escrito solicitando la prórroga del contrato "APOYO A LOS DIFERENTES TRABAJOS EN LA SEDE DE LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, SITA EN MADRID EN AVENIDA DE PORTUGAL, n ° 81" con n ° de Expediente: NUM000 . Debemos comunicarle que no es posible la prórroga del citado servicio ya que recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa. Agradecemos su colaboración y esperamos contar con NAVALSERVICE para futuras necesidades que puedan presentarse. "

SÉPTIMO.- Mediante carta de fecha 01/10/12 la empresa NAVALSERVICE, S.L. comunicó a la actora la finalización de su contrato de trabajo con efectos del 16/10/12; el tenor de esta carta es el siguiente: "Por la presente procedemos a comunicarles que el próximo día 16 de octubre de 2012, finaliza el servicio objeto de su contrato suscrito por ambas partes como consecuencia de la finalización del contrato firmado entre nuestra empresa y la Confederación Hidrográfica del Tajo, centro de trabajo para el que fue contratada por esta empresa. Motivo por el que comunicamos y preavisamos con la antelación debida y conforme establece la legislación vigente, que en dicha fecha deberá cesar y abandonar en su prestación de servicios para esta empresa por la causa y motivo referenciado. Queda a su disposición en la dirección de esta empresa, la documentación y certificaciones que reglamentariamente se determinan para acceder a las prestaciones de desempleo si en su caso le correspondieran. Sin otro particular que manifestarle y agradeciéndole la profesionalidad mostrada en sus servicios, atentamente. "

OCTAVO.- La empresa NAVALSERVICE, S.L. -constituida en el año 1996- pertenece al grupo SESEGUR; cuenta con convenio colectivo propio, publicado en el BOCM de 28/12/09. Su objeto social comprende actividades tales como información de accesos por porteros y conserjes, control de instalaciones, control de tránsito en instalaciones, tareas de recepción, servicios auxiliares. administrativos, y otros análogos. Tiene una estructura organizativa propia y autónoma, que comprende departamentos administrativos, contables, jurídicos, de servicios, y otros análogos.

NOVENO.- Con anterioridad la actora había prestado servicios para las siguientes empresas en los períodos que respectivamente se indica:

CEMETRA, 03/10/05 a 28/06/06

AMPLE, 24/07/06 a 23/04/07

SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, 24/04/07 a 23/01/08

AMPLE, 24/01/08 a 22/09/08

GRUPO NORTE, 24/09/08 a 23/09/10

DÉCIMO.- Posteriormente la actora pasó a percibir prestaciones por desempleo del 25/09/10 al 15/05/11.



UNDÉCIMO.- La actora volvió a prestar servicios para la empresa SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. del 16/05/11 al 14/10/11.

DUODÉCIMO.- La actora prestó servicios para las anteriores empresas en el servicio de reprografía de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO en virtud de distintos contratos de trabajo de carácter temporal.

DECIMOTERCERO.- La empresa SERVICIOS, PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. controlaba la actividad de la actora en aspectos tales como prevención de riesgos laborales, justificantes médicos y bajas por IT y vacaciones. »

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimamos el recurso de Suplicación número 79/2014, formalizado por la letrada DOÑA FRANCISCA PÉREZ PASTOR, en nombre y representación de DOÑA Virtudes, contra la sentencia número 375/2013 de fecha 10 de octubre de, dictada por el Juzgado de lo Social nº Trece de los de Madrid en sus autos número 1404/2012, seguidos a instancia de la ahora recurrente, en reclamación por despido frente a CEMETRA SERVICIOS EMPRESARIALES ESPECIALIZADOS, S.L., AMPLER RRHH SERVICES, S.L., OUTSOURCING SIGNO GRUPO NORTE, S.L., NAVALSERVICE, S.L., SERVICIOS PROFESIONALES Y PROYECTOS, S.L. y CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO y en consecuencia revocamos la misma la misma y declaramos la cesión ilegal de la trabajadora y la nulidad del despido, condenando conjunta y solidariamente a la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO y a NAVALSERVICE, S.L. a estar y pasar por tal declaración y a abonarle los salarios dejados de percibir en la cuantía que corresponda a la categoría establecida convencionalmente para el personal laboral de dicha CONFEDERACIÓN, hasta que la readmisión inmediata de la actora, a la que condenamos a éste organismo, tenga lugar, manteniendo la absolución de las demás codemandadas.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la codemandada, CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la infracción legal, respecto al primer motivo: Supuesta cesión ilegal del trabajador, infracción de los arts. 43 E.T. y 10, 19, 1 a) y 277 de la LCSP; respecto al segundo motivo del recurso, alega supuesta vulneración de la garantía de indemnidad e infracción del art. 24.1 de la CE en relación con los arts. 55.5 del E.T. y 108.2 de la LJS.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de marzo de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dió traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2016, en que se suspendió por estimar la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala de Pleno, señalándose nuevamente para el día 21 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Dos son las cuestiones que, claramente interrelacionadas, se plantean en el presente recurso de casación unificadora. La primera consiste en saber si se produjo cesión ilegal de trabajadores entre la Confederación Hidrográfica del Tajo (CHT, en adelante) y la empresa Navalservice, SL, adjudicataria del contrato denominado "Apoyo a los diferentes trabajos en la sede de la Confederación sita en Madrid en Avda. de Portugal nº 81" con el nº de Expediente NUM000, cuestión ésta a la que la sentencia impugnada ha otorgado una respuesta positiva. La segunda, en decidir si la extinción del contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial (6 horas al día), cuyo objeto formal era el "servicio de reprografía con CHT de Madrid", suscrito el 17-10-2011 ente la demandante y la referida empresa contratista constituye o no un despido nulo por vulneración de la denominada "garantía de indemnidad", tal como igualmente entiende la sentencia recurrida.

2. El Juzgado de lo Social de instancia, por sentencia de 10-10-2013, tras declarar probados los hechos transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución -que luego resumiremos-, llegó a la conclusión, por un lado, de que "salvo lo declarado en el hecho probado 13º, la parte actora no ha probado en absoluto cuales fueron las circunstancias laborales bajo las que prestó servicios durante los períodos reseñados en los hechos probados 9º y 11º" y, además de destacar que la actora percibió prestaciones por desempleo durante un significativo período de tiempo (del 25/9/2010 al 15/5/2011: hecho probado 10º) y que, a su entender, la trabajadora carecía de acción para demandar por cesión ilegal frente a las anteriores



adjudicatarias del servicio porque, según dice, "es reiterada la jurisprudencia que viene declarando que la acción del art. 43 ET solo se puede ejercer mientras esté vigente la relación laboral", por todo lo cual, entre otras razones que explica en su fundamento de derecho 4º (entre las que cabe reseñar que "esta cuestión también ha sido resuelta por la sentencia de fecha 14/03/13 del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, que este Juzgado asume y comparte por referirse a un caso análogo al ahora planteado, sentencia que por constar en autos se tiene por reproducida"), rechaza la pretensión de cesión ilegal y, en definitiva, desestima íntegramente la demanda porque -dice- "nos encontramos ante la finalización de un contrato de trabajo temporal en cuanto causa de extinción de la relación laboral a tenor del art. 49.1.c) E.T. y no ante un despido del art. 49.1.k) E.T." (FJ 5º).

Por otro lado, la propia sentencia de instancia también desestima la pretensión de nulidad del pretendido despido, a la que califica como "manifiestamente infundada", porque, según dice, "la actora conocía con antelación el hecho clave: el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa (hecho probado 3º), siendo incluso notorio el contexto social de recortes en la Administración Pública y sin que conste la prórroga del contrato de servicios. Por ello [concluye], este Juzgado viene rechazando con reiteración pretensiones como la presente, en que por un simple acto de voluntad de la parte actora y conociendo de antemano lo que va a venir, se preconstruye una acción de nulidad desligada radicalmente de cualquier conducta de la empresa supuestamente vulnerad[or]a de derechos fundamentales de la actora".

3. La sentencia de suplicación ahora recurrida en casación unificadora (TSJ/Madrid 29-5-2014, R. 79/2014), al estimar el recurso de tal naturaleza de la propia demandante, concluye, en síntesis, que ésta estuvo sometida a cesión ilegal porque la contratista no ponía en juego su organización empresarial, limitándose a suministrar mano de obra sin dar orden alguna sobre el trabajo a realizar, sin que conste -se dice- que la actora estuviera sometida a su disciplina, y sin asumir tampoco la contratista empleadora los riesgos de la actividad productiva.

Por otra parte, la resolución recurrida declara nulo el despido porque, según afirma, "partiendo de estos hechos probados [los que la propia sentencia de suplicación compendia como "relevantes" en su FJ 3º: "1º La actora interpuso demanda por cesión ilegal el 17 de septiembre de 2012, precedida de reclamación previa y papeleta de conciliación presentada el 31 de julio de 2012. 2º Desde el 3 de octubre de 2005 hasta la fecha del cese impugnado en esta litis, la actora había desempeñado las mismas funciones para la Confederación Hidrográfica del Tajo, mediante los contratos temporales relacionados en el hecho probado noveno con un lapso desde el 23 de septiembre de 2010 hasta el 17 de octubre de 2011. 3º) La justificación que la Confederación comunica a Navalservice, con fecha 23 de octubre de 2010, para no prorrogar el contrato que había suscrito, es que "recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa", hecho que no consta acreditado"], no podemos compartir el razonamiento del juzgador a quo que en su fundamentación jurídica considera que la actora conocía con antelación que en octubre finalizaba el contrato suscrito por la empresa, lo que carece de cualquier sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la Confederación con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente".

4. Como hemos adelantado, los hechos formalmente declarados como probados figuran en su integridad en los antecedentes de la presente sentencia, no fueron combatidos en suplicación y, a nuestro entender, en lo más relevante, pueden resumirse cronológicamente así:

a) La demandante ha venido prestando servicios desde el 17/10/2011, con la categoría profesional de auxiliar de servicios, mediante contrato de trabajo celebrado con la empresa Navalservice, SL, con el objeto de "servicio de reprografía en la Confederación Hidrográfica del Tajo".

b) La empresa Navalservice SL había formalizado un contrato de arrendamiento de servicios con la CHT (centralita, reprografía y almacén o archivo) con un plazo de ejecución de 12 meses contados a partir del 17/10/2011, es decir, hasta el 16/10/2012; los trabajos del servicio de reprografía consistían en hacer fotocopias en blanco y negro y color, copias de planos, encuadernación de cualquier trabajo, hacer composiciones para fotocopiar, trasladar trabajos a almacén o a despachos y todos los relacionados con esos servicios.

c) El 17/9/2012, tras haber formulado reclamación previa en idéntico sentido frente a CHT el 31/7/2012, la actora y otros compañeros interpusieron demanda contra la misma entidad por cesión ilegal.

d) Mediante carta de fecha 1/10/2012 transcrita en el hecho probado 7º, Navalservice SL comunicó a la actora la finalización de su contrato de trabajo con efectos del 16/10/2012 a causa de la terminación de la contrata.



e) Por escrito de 23/10/2012, la Confederación, en contestación a la solicitud de Navalservice SL de prórroga del contrato de arrendamiento de servicios, comunicó a la citada contratista que no era posible tal prórroga "ya que recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa".

f) La empresa Navalservice SL controlaba todos los aspectos relativos a vacaciones, bajas por enfermedad, permisos para ausencias al trabajo y otros análogos de la actora; ésta, correlativamente, se dirigía directamente a la empresa para tratar todos esos temas laborales.

g) Cuando la demandante permaneció de baja o disfrutaba vacaciones, la empresa Navalservice SL ponía un sustituto en su puesto para atender el servicio de reprografía.

h) Por medio de 3 inspectores la empresa Navalservice SL controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados con la CHT) el puesto de trabajo de la actora; los recibos de salarios eran entregados por los inspectores a la actora, y ésta les entregaba los justificantes médicos; Navalservice SL entregó a la demandante una bata de color naranja (diferente a la del personal propio de la Confederación) para el desempeño de su trabajo; los elementos de trabajo del servicio de reprografía pertenecían a la CHT.

i) Navalservice SL se constituyó en el año 1996, pertenece al grupo SESEGUR, cuenta con convenio colectivo propio (BOCM 28/12/2009) y su objeto social comprende actividades tales como información de accesos por porteros y conserjes, control de instalaciones, control de tránsito en instalaciones, tareas de recepción, servicios auxiliares, administrativos, y otros análogos.

j) Con anterioridad, la actora había prestado servicios para las empresas y durante los periodos temporales que figuran en el ordinal 9º de la declaración de hechos probados, siendo de destacar que todos ellos se hicieron en el servicio o departamento de reprografía de la Confederación y en virtud de distintos contratos de trabajo de naturaleza temporal.

k) Al finalizar su trabajo en la empresa Grupo Norte SL, en la que permaneció desde el 24/9/2008 al 23/9/2010, la actora pasó a percibir prestaciones de desempleo desde el 25/9/2010 al 15/5/2011 y, en fin, fue de nuevo contratada por la empresa Servicios Profesionales y Proyectos SL (que controlaba la actividad de la demandante en aspectos tales como la prevención de riesgos laborales, justificantes médicos y bajas por IT y vacaciones) desde el 16/5/2011 hasta el 14/10/2011, comenzando su relación con Navalservice SL desde que el 17/10/2011 se inició el plazo de ejecución de la contrata de ésta con la CHT.

SEGUNDO .- 1. Frente a la mencionada sentencia de suplicación acude en casación unificadora la Confederación Hidrográfica del Tajo, representada por el Abogado del Estado, cuestionando las dos materias ya reseñadas (cesión ilegal y nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad) e invocando para ambas la misma sentencia referencial: la dictada el 17-2-2014 (R. 1383/2013) por distinta Sección de la misma Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

2. Dicha sentencia analiza hechos probados muy similares pues no en balde se trata de la resolución que confirma la dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid el 14/3/2013 [autos 1427/12] a la que antes aludimos [FJ 1º.2] y cuyo criterio dice seguir la de instancia en estas actuaciones.

En ese caso, la actora tenía idéntica categoría profesional (auxiliar de servicios), estaba adscrita a la contrata de Navalservice SL en la obra denominada "Centralita en la Confederación Hidrográfica del Tajo en Madrid" y también planteó, junto con otros compañeros, demanda de cesión ilegal, habiendo presentado la reclamación previa el 31/7/2012, exactamente igual que la aquí recurrida. El 23/10/2012, la Confederación comunicó a la última empleadora contratista la terminación de la contrata, procediendo ésta a comunicar a la demandante, en fecha 5/10/2012, la extinción de su contrato de trabajo con efectos también del siguiente día 16 del mismo mes y año. La prestación de servicios se realizaba por la actora en la sede de la Confederación, con los medios telefónicos necesarios puestos por ésta a su disposición, y cada dos o tres días acudía al lugar de trabajo un inspector de la contratista para controlar el trabajo desarrollado por la trabajadora y sus compañeras. El servicio se realizaba en la 5ª planta, sin confusión con los empleados de la Confederación y en horario que no consta que fuera el mismo que el de éstos. La actora solicitaba a la contratista las vacaciones y los cuadrantes de servicios. En resumen, la sentencia referencial concluye que no se produjo cesión ilegal porque el trabajo de la actora estaba controlado por el inspector de la contratista, que acudía cada dos o tres días para comprobar si existía alguna incidencia derivada del trabajo que realizaban los operarios de dicha empresa, añadiendo que por el tipo de trabajo no se requerían instrucciones concretas, ya que se trataba de la atención a las llamadas telefónicas en una centralita, ocupándose la contratista de todo lo relativo a las bajas, sustituciones, vacaciones, permisos, salarios, etc, reteniendo así todas las facultades correspondientes a su condición de empresario que, en fin, es una entidad real y estable, con organización propia dedicada con habitualidad a actividades de prestación de servicios, cuenta con diferentes clientes y tiene convenio colectivo



propio. Rechaza asimismo la vulneración de la garantía de indemnidad porque el contrato de la actora, como el de todos los trabajadores adscritos al de servicios del que la misma empresa había sido adjudicataria, finalizó el 16-10-2012, coincidiendo con la reorganización efectuada por la Confederación, que ya no convocó un nuevo concurso sino que continuó el servicio con personal propio de la Administración.

3. La situación fáctica en ambas resoluciones, recurrida y referencial, salvo en el inocuo dato del concreto servicio prestado por las actoras (reprografía en la recurrida y telefonía en la de contraste), es prácticamente idéntica, siendo iguales también las pretensiones ejercitadas y los fundamentos aducidos por las trabajadoras. Y pese a ello, la recurrida considera que hubo cesión ilegal y vulneración de la indemnidad, declarando la nulidad de lo que entiende como un despido; por el contrario, la resolución de contraste confirma la íntegra desestimación de la demanda acordada por el Juez de instancia al descartar tanto la cesión ilegal como la vulneración de la indemnidad: a nuestro entender, es notoria la contradicción respecto a ambos extremos (cesión ilegal e indemnidad), y respecto a la correspondiente consecuencia (despido nulo en la recurrida; válida extinción contractual en la de contraste), y así lo acepta también el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, aunque en opinión discrepante con la que expresa la propia trabajadora recurrida en su escrito de impugnación. Procede pues que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto, señalando la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exigen los arts. 219 y 228 de la LRJS, que no tiene por qué coincidir exactamente con cualquiera de ellas, tal como tenemos declarado con reiteración.

TERCERO.- 1. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 19-6-2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R. 1591/11) y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de sentencias que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

" Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica 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, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de 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 señalaba ya 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.(/) 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 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 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 del 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 " (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

2. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas "cesiones indirectas" que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

3. En el caso que ahora resolvemos, esta Sala entiende, pese a la indudable complejidad del asunto, que concurre cesión ilegal porque se dan al menos dos de las circunstancias que al efecto contempla el art. 43.2 ET , a saber, por un lado, que el objeto del contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas implicadas no entraña más que una mera puesta a disposición de la actora y, por otro, que no consta que la cedente contara con cualquiera de los medios necesarios (de hecho no consta que contara con ninguno) para desarrollar la actividad, que se realizaba no sólo en exclusiva con los medios materiales de la Confederación sino incluso en sus propios locales.

Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que -insistimos- todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. La contratista, aunque, según también ponen de relieve los hechos probados, ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados.

Ni siquiera contraría la anterior conclusión el hecho cierto de que "por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CHT) el puesto de trabajo de la actora, y ésta les entregaba los justificantes médicos" (h. p. 4º) porque, con no constar en qué pudiera haber consistido materialmente ese control y esa supervisión, lo que ya de por sí asemeja la función inspectora a la de la propia demandante, en realidad, esas mismas labores aparentemente inspectoras podrían haber incurrido igualmente en el fenómeno interpositorio al no respaldar una actividad empresarial propia y distinta de la cesión de mano de obra.

CUARTO.- 1. La otra cuestión controvertida, como ya se ha adelantado, consiste en determinar si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad, en un supuesto de contratación temporal de una trabajadora que, aunque al parecer había desempeñado la misma actividad para anteriores adjudicatarias del servicio de reprografía durante los períodos temporales de los que da cuenta el relato de hechos probados (9º y 11º), al finalizar el contrato con una de ellas el 23/9/2010, y sin que conste reclamación alguna frente a las precedentes contratas, percibió prestaciones por desempleo hasta el 15/5/2011 (hh. pp. 9º y 10º), lo cual, en principio, permite entender inaplicable la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo (puede verse al respecto nuestra reciente sentencia de 14/4/2016, R. 3403/14), reanudando la actividad para otra contrata el 16/5/2011 hasta el 14/10/2011 y, sin que tampoco conste reclamación de ningún tipo frente a ella, unos días después (el 17/10/2011: fecha de la antigüedad de la actora reconocida en el incuestionado hecho probado 1º) empezó a prestar servicios para Navalservice SL, siendo cesada, con efectos del 16/10/2012, no tanto en razón a que la CHT había comunicado a Navalservice, en virtud de escrito del 23/10/2012, que "no es posible la prórroga del servicio ya que [se decía] recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa", sino, realmente, porque se había cumplido el plazo de ejecución de la contrata que, conforme al también incuestionado hecho probado 3º de la sentencia de instancia, tenía una duración "de doce meses contados a partir del 17/10/11 ", es decir, finalizaba exactamente el día de los efectos de la comunicación extintiva (16/10/12: h. p. 7º).



2. Conviene volver a traer a colación, una vez más, la doctrina constitucional y jurisprudencial al respecto de la garantía de indemnidad.

" Centrada la cuestión en debatir sobre la «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada que el «derecho a la tutela judicial efectiva 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 ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993 , de 18/Enero.; ... 125/2008 , de 20/Octubre.; y 92/2009, de 20/Abril ... SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07 ; y 24/10/08 -rcud 2463/07).

De ello «se sigue 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 discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental» [tutela judicial], ya que 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 apartado g ET] (recientes, SSTC 76/2010, de 19/Octubre ...; 6/2011, de 14/Febrero ...; y 10/2011, de 28/Febrero ...). Y asimismo se impone aclarar -seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas- que tampoco es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas»]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23/noviembre ; ... 138/2006, de 8/Mayo ...; y 342/2006, de 11/Diciembre Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07 ; 29/05/09 -rcud 152/08 ; y 13/11/12 -rcud 3781/11).

Pero para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008 , de 21/Julio...; 125/2008 , de 20/Octubre; y 2/2009, de 12/Enero Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 ; 25/06/12 -rcud 2370/11 ; y 13/11/12 -rcud 3781/11). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007 , de 10/Septiembre...; 257/2007 , de 17/Diciembre...; y 74/2008, de 23/Junio ...); «en lo que constituye ... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria» (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12/Diciembre , ...; 125/2008, de 20/Octubre ; y 92/2009, de 20/Abril ...)" .

3. En el caso enjuiciado, no puede admitirse la argumentación de la sentencia recurrida, que se basa esencialmente en que la proximidad temporal entre la fecha de finalización de la contrata y la primera reclamación de la actora postulando la declaración de cesión ilegal, porque, al entender de la Sala de Madrid, no era conocida por la demandante, ya que, según esa Sala, el dato en sí "carece de sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la Confederación con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que [se dice] es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente" (FJ 3º, párrafo 3º, de la sentencia recurrida).



No obstante, la sentencia impugnada no repara en que la resolución de instancia, aunque situándolo inadecuadamente en su fundamentación jurídica, constata, con auténtico valor fáctico, que -literalmente- "la actora conocía con antelación el hecho clave: el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa (hecho probado 3º), siendo incluso notorio el contexto social de recortes en la Administración Pública y sin que conste prórroga del contrato de servicios" (FJ 6º de la sentencia de instancia).

En circunstancias análogas, esta Sala tiene constantemente reconocido el "valor fáctico" de las aseveraciones que, con tal carácter, figuren en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, pueden verse al respecto las SSTS 4ª 4-4-2002, 2-12-2011, 16-4-2014, 15-7-2014 o 21-10-2014: RR 3045/01, 3176/10, 261/13, 2393/13 y 308/13).

Por otra parte, tampoco advierte la Sala de suplicación que la verdadera causa extintiva del contrato de trabajo de la actora es ajena a la empresa que se lo notifica porque, como antes vimos, ello se debió a la propia finalización de la contrata y, a mayor abundamiento, a que no era posible la prórroga solicitada por la contratista.

4. Y como quiera que aquel primer y decisivo dato (que la trabajadora conocía la terminación de la contrata y ésta era, precisamente, el objeto de su contrato para obra o servicio determinado) ni siquiera se intentó rectificar por la propia demandante en su recurso de suplicación por la vía del art. 193.b) de la LRJS, ya que los tres únicos motivos de ese recurso se amparaban en la letra c) de dicho precepto procesal - es decir, solo pretendían la revisión del derecho aplicado en la instancia-, la argumentación de la Sala madrileña, a nuestro entender, contraría abiertamente la realidad constatada por el Juez *a quo*, al tiempo que deja en indefensión a la empleadora en la medida en que modifica aquella realidad sin la oportuna petición de parte, y, en definitiva, aquellos hechos (la finalización de la contrata y su indudable conocimiento por parte de la actora) determinan que esta Sala IV, en aplicación de la precitada doctrina del Tribunal Constitucional -y de nuestra propia Sala-, deba entender, en coincidencia con la resolución de instancia, suficientemente desvirtuada la conexión entre el dato indiciario (la reclamación sobre la cesión ilegal) de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, en su vertiente de indemnidad, y el conocimiento cierto y cercano por parte de la actora de la finalización real de la contrata que parecía justificar la extinción de su contrato de trabajo, al menos hasta que se declarara, como aquí hemos hecho al fin, la cesión ilegal.

El cese, pues, aunque improcedente y no ajustado a derecho a causa precisamente de la cesión ilegal, y con las consecuencias que para tal situación prevé expresamente el art. 43.4 ET, no merece la declaración de nulidad otorgada por la sentencia impugnada porque, en este caso, a diferencia de lo que esta Sala tiene declarado en otras ocasiones y en circunstancias bien diferentes, no ha supuesto la vulneración del precitado derecho fundamental. La finalización de la contrata conforma un dato expresamente previsto en el procedimiento seguido para su adjudicación "con el nº de Expediente: NUM000", según dice de modo literal el h. p. 6º, en el que se da cuenta además de la negativa de la CHT a acceder a la prórroga solicitada por Navalservice, al tiempo que aquella notifica a ésta que la causa de tal negativa era la incorporación de trabajadores de la Administración del Estado a la CHT y que serían éstos quienes realizarían las tareas encomendadas antes a Navalservice.

5. La sentencia recurrida cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta Sala IV de 21 de enero de 2014 (R. 941/13) y la que en esta misma se menciona (TS 6-3-2013, R. 616/12), pero ninguna de ellas contempla un supuesto comparable al presente porque, aquí, como vimos, a diferencia de lo que sucedía en esos dos precedentes, constan acreditados los dos extremos arriba destacados (que la demandante conocía la finalización de la contrata antes de reclamar por cesión ilegal y que la propia finalización de la contrata constituía un dato objetivo consecuencia del expediente administrativo seguido para su adjudicación), datos éstos que, a nuestro entender, en coincidencia con la resolución de instancia y con la tesis de la sentencia de contraste, contrarrestan de forma más que suficiente el indicio y la presunción favorable a la vulneración del derecho fundamental que, en otras circunstancias, podría derivarse de la reclamación sobre la cesión ilegal.

Nuestras precitadas sentencias de 6/3/2013 y 21/1/2014, afectantes a una misma empresa (TRAGSA, luego TRAGSAT) en sendos casos de cesión ilegal, partiendo de que "el núcleo de la decisión [como expresa de manera literal la última de ellas], está en determinar la suficiencia y fortaleza indiciaria del hecho de una reclamación previa por cesión ilegal efectuada por el trabajador antes de que la parte demandada acordara poner fin a su contrato de trabajo", entienden vulnerado el derecho a la garantía de indemnidad porque, como igualmente pone de relieve la segunda, y lo mismo sucede en la primera, "ninguna prueba se ha practicado para desvirtuar esa conexión entre el dato indiciario y la decisión empresarial extintiva" (FJ 2º.5 in fine STS 21/1/2014), "pues no hay duda de que la declaración de nulidad del despido está íntimamente ligada a la inexistencia de causa para la extinción del contrato y, en particular, en la imposibilidad de aceptar que el contrato se extinguiera por cumplirse el objeto que hubiera justificado su temporalidad" (FJ 3º. 3). Pero para alcanzar esa conclusión la Sala tuvo en cuenta, indudablemente, las circunstancias fácticas que allí concurrían,



entre las que adquieren significativo relieve que el vínculo laboral de los demandantes, prácticamente sin solución de continuidad desde que comenzó la prestación de servicios para la misma empleadora, pretendió extinguirse, mediante un mecanismo ciertamente torticero que, en síntesis, según relatan los hechos probados consistió en la suscripción de una adenda que modificaba el objeto del último de los contratos de trabajo, vinculándolo en ambos casos a una "encomienda de gestión", cuya posterior reducción trató de justificar el cese, pese a que los trabajos desempeñados por los actores continuaron realizándose por otros trabajadores en circunstancias similares después de los ceses de los demandantes.

Sólo una lectura superficial, que banalizaría el propio derecho fundamental en cuestión porque conduciría a un blindaje automático e indiscriminado de situaciones injustificables por contrarias al ordenamiento, permite establecer una comparación entre aquellos precedentes y el presente litigio, porque, aquí, a diferencia de lo que allí sucedía, aunque hemos reconocido la cesión ilegal, ese simple hecho, pese a tal calificación, que tiene la consecuencia reparadora prevista en el art. 43 ET y, en este caso al menos, no alcanza la suficiencia ni la fortaleza indiciaria como para entender vulnerada la indemnidad, tal como acertadamente entendió el Juez de instancia, mejor situado que la Sala de suplicación a esos efectos, pues no en balde ante él se practicaron todas las pruebas que le permitieron construir la incombustible declaración de hechos probados, máxime si, como ya hemos tratado de explicar más arriba, por un lado, la propia prestación de servicios de la ahora demandante no tuvo la continuidad temporal que refleja la declaración fáctica de nuestros otros precedentes (ya vimos que la aquí actora estuvo percibiendo prestación de desempleo durante un significativo período temporal, por lo que quiebra aquí la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo), y por otra parte, en fin, la presunción vulneradora misma, a diferencia igualmente de lo que sucedía en nuestras dos tan repetidas sentencias, se entendió más que suficientemente desvirtuada por el órgano de instancia, prevaleciendo su criterio respecto a la indemnidad, como resultado de la prueba practicada y con la contundencia que expresa en su fundamentación jurídica ("por un simple acto de voluntad de la parte actora y conociendo de antemano lo que va a venir, se preconstituye una acción de nulidad desligada radicalmente de cualquier conducta de la empresa supuestamente vulneradora de derechos fundamentales de la actora": FJ 6º in fine), algo, esto último, también completamente diferente de lo acontecido en esos nuestros dos precedentes, en los que, en razón a las circunstancias allí concurrentes, mantuvimos la preeminencia indiciaria de la vulneración de la indemnidad, no de manera automática sino tal y como entonces lo había entendido razonablemente el Juez de instancia.

QUINTO.- En definitiva, visto el informe del Ministerio Fiscal, que no obstante propugna la estimación del recurso tanto por entender que no hubo cesión ilegal como por considerar justificado, según sostiene de modo literal, "el cese extintivo verificado sin que se haya acreditado la existencia de represalia alguna, atinente a la demanda de cesión ilegal presentada, tributaria de un eventual despido nulo, por quiebra de la garantía de indemnidad", procede acoger en parte el recurso de casación unificadora interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, lo que comporta casar y anular la sentencia de suplicación impugnada, y resolviendo en toda su extensión el debate suscitado en suplicación, manteniendo la condena conjunta y solidaria a la Confederación Hidrográfica del Tajo y a Navalservice SL, estimar también parcialmente el de tal clase en el extremo relativo a la cesión ilegal para reconocer la improcedencia del despido de la actora, por entender ya no ajustada a derecho la cláusula de temporalidad del contrato y, por tanto, injustificado el despido, declarando el derecho de la demandante a adquirir la condición de trabajadora indefinida, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (art. 43.4 ET), aunque, una vez ejercitada dicha opción, de conformidad con el art. 56.1 ET, el pertinente empresario, en el plazo de cinco días desde que tenga conocimiento de aquella primera opción, podrá optar a su vez entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización prevista en dicho precepto, que, de resultar necesario, se determinará en el trámite de ejecución, al igual que el importe que corresponda, en su caso, por los salarios de tramitación de acuerdo con el nº 2 de este último precepto. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar en parte, casar y anular la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar también parcialmente el de tal clase para, reconociendo la improcedencia del despido de la actora, declarando su derecho a adquirir la condición de trabajadora indefinida, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, aunque, una vez ejercitada dicha opción, de conformidad con el art. 56.1 ET, el correspondiente empresario, en el plazo de cinco días desde que tenga conocimiento de aquella primera opción, podrá optar a su vez entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización prevista en



dicho precepto, que, de resultar necesario, se determinará en el trámite de ejecución, al igual que el importe que proceda, en su caso, por los salarios de tramitación. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jesus Souto Prieto Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agusti Julia, a la sentencia dictada en el Recurso para la Unificación de Doctrina 2913/2014, y al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Don Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa Maria Viroles Piñol.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora 2913/2014, por discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, únicamente respecto a la solución dada sobre la vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, y por ende a la calificación del despido, por estimar que sí se ha vulnerado el derecho fundamental y que, en su consecuencia, el despido debe ser declarado nulo, y no improcedente, como ha entendido la posición mayoritaria de la Sala. A estos efectos, consigno los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

I.- ANTECEDENTES .-

Como antecedentes del despido enjuiciado, en lo que aquí interesa respecto a la vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora despedida, resulta necesario transcribir el fundamento jurídico tercero, de la sentencia de suplicación recurrida, cuyo tenor literal es el siguiente:

,TERCERO.- Denuncia también la recurrente la infracción de los artículos 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 17.1 de la misma ley y 108.2, 113 y 179.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con los artículos 14 y 24 de la Constitución y con el 5.c del Convenio 158 de la OIT y con la jurisprudencia Constitucional que cita, por considerar que el despido implica una vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, poniendo de manifiesto que la alegación de las demandadas para justificar la finalización del contrato fue su temporalidad y las restricciones en materia presupuestaria, comunicándose a la trabajadora el 5 de octubre de 2012, con fecha de efectos del siguiente día 16, cuando lo cierto es que la Confederación comunicó a la empresa la imposibilidad de la prórroga el día 23 de octubre de 2012, por lo que considera que existen indicios claros de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haber presentado la reclamación previa y papeleta de conciliación por cesión ilegal en julio de 2012 y la posterior demanda en septiembre de 2012, cuando se desconocía si el contrato se iba a prorrogar o no y, además, ha quedado probado que la Confederación manifiesta que va a asumir con funcionarios los trabajos que venía realizando la actora, por lo que se trata de un servicio permanente, consustancia a dicho organismo que ha continuado necesitándolo con posterioridad a su cese y solicita se declare la nulidad del despido.

Del inatacado relato fáctico de la resolución combatida resultan los siguientes datos relevantes para resolver el presente motivo:

1º) La actora interpuso demanda por cesión ilegal el 17 de septiembre de 2012, precedida de reclamación previa y papeleta de conciliación presentada el 31 de julio de 2012.

2º) Desde el 3 de octubre de 2005 hasta la fecha del cese impugnado en esta litis, la actora había desempeñado las mismas funciones para la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, mediante los contratos temporales relacionados en el hecho probado noveno con un lapso desde el 23 de septiembre de 2010 hasta el 17 de octubre de 2011.

3º) La justificación que la CONFEDERACIÓN comunica a NAVALSERVICE, con fecha 23 de octubre de 2010, para no prorrogar el contrato que habían suscrito, es que "recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa", hecho este que no consta acreditado.

Partiendo de estos hechos probados, no podemos compartir el razonamiento del juzgador a quo que en su fundamentación jurídica considera que la actora conocía con antelación que en octubre finalizaba el contrato



suscrito por la empresa, lo que carece de cualquier sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la CONFEDERACIÓN con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente.

Sentado lo anterior, es claro que 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 de 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 el 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 CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, 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, ha de estimarse la demanda en estos términos.

Pues bien, frente a estas afirmaciones y razonamientos de la sentencia de suplicación, en su sentencia y, concretamente, en el fundamento jurídico cuarto (en el que se aborda la cuestión de la garantía de indemnidad), la posición mayoritaria razona así, en el apartado primero :

,1. La otra cuestión controvertida, como ya se ha adelantado, consiste en determinar si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad, en un supuesto de contratación temporal de una trabajadora que, aunque al parecer había desempeñado la misma actividad para anteriores adjudicatarias del servicio de reprografía durante los períodos temporales de los que da cuenta el relato de hechos probados (9º y 11º), al finalizar el contrato con una de ellas el 23/9/2010, y sin que conste reclamación alguna frente a las precedentes



contratas, percibió prestaciones por desempleo hasta el 15/5/2011 (hh. pp. 9º y 10º), lo cual, en principio, permite entender inaplicable la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo (puede verse al respecto nuestra reciente sentencia de 14/4/2016, R. 3403/14), reanudando la actividad para otra contrata el 16/5/2011 hasta el 14/10/2011 y, sin que tampoco conste reclamación de ningún tipo frente a ella, unos días después (el 17/10/2011: fecha de la antigüedad de la actora reconocida en el incuestionado hecho probado 1º) empezó a prestar servicios para Navalservice SL, siendo cesada, con efectos del 16/10/2012, no tanto en razón a que la CHT había comunicado a Navalservice, en virtud de escrito del 23/10/2012, que ,no es posible la prórroga del servicio ya que [se decía] recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa,, sino, realmente, porque se había cumplido el plazo de ejecución de la contrata que, conforme al también incuestionado hecho probado 3º de la sentencia de instancia, tenía una duración ,de doce meses contados a partir del 17/10/11 ,, es decir, finalizaba exactamente el día de los efectos de la comunicación extintiva (16/10/12: h. p. 7º).

En este mismo fundamento jurídico y después de transcribir en el apartado segundo doctrina constitucional sobre la garantía de indemnizada -a la que más adelante haré referencia- señala que:

,3. En el caso enjuiciado, no puede admitirse la argumentación de la sentencia recurrida, que se basa esencialmente en que la proximidad temporal entre la fecha de finalización de la contrata y la primera reclamación de la actora postulando la declaración de cesión ilegal, porque, al entender de la Sala de Madrid, no era conocida por la demandante, ya que, según esa Sala, el dato en sí ,carece de sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la Confederación con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que [se dice] es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente, (FJ 3º, párrafo 3º, de la sentencia recurrida).

No obstante, la sentencia impugnada no repara en que la resolución de instancia, aunque situándolo inadecuadamente en su fundamentación jurídica, constata, con auténtico valor fáctico, que -literalmente- ,la actora conocía con antelación el hecho clave: el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa (hecho probado 3º), siendo incluso notorio el contexto social de recortes en la Administración Pública y sin que conste prórroga del contrato de servicios, (FJ 6º de la sentencia de instancia).

En circunstancias análogas, esta Sala tiene constantemente reconocido el ,valor fáctico, de las aseveraciones que, con tal carácter, figuren en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, pueden verse al respecto las SSTS 4ª 4-4-2002 , 2-12-2011 , 16-4-2014 , 15-7-2014 o 21- 10-2014: RR 3045/01 , 3176/10 , 261/13 , 2393/13 y 308/13).

Por otra parte, tampoco advierte la Sala de suplicación que la verdadera causa extintiva del contrato de trabajo de la actora es ajena a la empresa que se lo notifica porque, como antes vimos, ello se debió a la propia finalización de la contrata y, a mayor abundamiento, a que no era posible la prórroga solicitada por la contratista.,

Y en el apartado cuarto, la posición mayoritaria insiste en que:

,4. Y como quiera que aquel primer y decisivo dato (que la trabajadora conocía la terminación de la contrata y ésta era, precisamente, el objeto de su contrato para obra o servicio determinado) ni siquiera se intentó rectificar por la propia demandante en su recurso de suplicación por la vía del art. 193.b) de la LRJS , ya que los tres únicos motivos de ese recurso se amparaban en la letra c) de dicho precepto procesal - es decir, solo pretendían la revisión del derecho aplicado en la instancia-, la argumentación de la Sala madrileña, a nuestro entender, contraría abiertamente la realidad constatada por el Juez *a quo* , al tiempo que deja en indefensión a la empleadora en la medida en que modifica aquella realidad sin la oportuna petición por parte, y, en definitiva, aquellos hechos (la finalización de la contrata y su indudable conocimiento por parte de la actora) determinan que esta Sala IV, en aplicación de la precitada doctrina del Tribunal Constitucional -y de nuestra propia Sala-, deba entender, en coincidencia con la resolución de instancia, suficientemente desvirtuada la conexión entre el dato indiciario (la reclamación sobre la cesión ilegal) de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, en su vertiente de indemnidad, y el conocimiento cierto y cercano por parte de la actora de la finalización real de la contrata que parecía justificar la extinción de su contrato de trabajo, al menos hasta que se declarara, como aquí hemos hecho al fin, la cesión ilegal.,

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS . -

Dos son los fundamentos esenciales sobre los que la posición mayoritaria construye su negativa a reconocer la vulneración de la garantía de indemnidad : a) la prevalencia de lo afirmado por el Juzgador de instancia



sobre lo también afirmado -y razonado- a su vez por la sentencia de suplicación recurrida, respecto a que la trabajadora conocía la terminación de la contrata; y, b) como consecuencia de ello, desvirtuada la conexión entre el dato indiciario (la reclamación sobre la cesión ilegal) de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, en vertiente de garantía de indemnidad.

1ª.- Pues bien, con respecto al primero de dichos fundamentos cabe entender que la sentencia mayoritaria parte, se construye y resuelve sobre un dato fáctico inexistente, como lo es el que la trabajadora demandante conocía con antelación que en octubre finalizaba el contrato suscrito con la empresa, tal como se afirma rotundamente en la sentencia de suplicación recurrida.

Ciertamente, que la posición mayoritaria se apoya en que la sentencia de instancia consigna en su fundamentación jurídica que ,la actora conocía con antelación el hecho clave : el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa,, argumentando que ,en circunstancias análogas, esta Sala tiene constantemente reconocido el ,valor fáctico, de las aseveraciones que, con tal carácter, figuren en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales,, citando al respecto doctrina de la Sala. No niego, por supuesto, esta inveterada doctrina de la Sala. Sin embargo, estas ,aseveraciones,, tienen que tener un sustrato material que le sirva de sostén, porque si no es así, constituyen un mero juicio de valor y no un dato fáctico. Eso es lo que acontece, a mi juicio en el presente caso, pues adviértase lo que dice la Sala de suplicación en su resolución : ,Partiendo de estos hechos probados, no podemos compartir el razonamiento del juzgador a quo que en su fundamentación jurídica considera que la actora conocía con antelación que en octubre finalizaba el contrato suscrito por la empresa, lo que carece de cualquier sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la CONFEDERACIÓN con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente,. Y existiendo, evidentemente, una disparidad entre la sentencia de instancia y la sentencia de suplicación, la prevalente no es la resolución de instancia, como entiende la posición mayoritaria, sino la sentencia de suplicación, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su **sentencia de 30 de octubre de 2007 (rcud. 1766/2006)**, dictada - como se verá- en cuestión idéntica a la aquí controvertida, y de la que ahora parece querer apartarse la posición mayoritaria.

Decíamos en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia que, ,Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en estos casos en que se produce una divergencia o disparidad entre los hechos que consideró probados la sentencia de instancia y los que declara acreditados la sentencia de suplicación, y tal divergencia es totalmente ajena al cauce previsto a tal fin por el art. 191-c) de la LPL, la Sala, viene siguiendo el criterio de que, a los efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina, prevalecen las declaraciones fácticas recogidas en la sentencia de suplicación, y por tanto éstas son las que conforman los datos fácticos a tomar en consideración a tales efectos. Ello es así, por cuanto que la sentencia que es objeto de este recurso de casación unificadora, aquélla contra la que el mismo se interpone, es precisamente esa que resolvió la suplicación, y la decisión que en ella se adoptó se funda y apoya en los hechos que ella misma estimó como ciertos; de lo que se desprende que para resolver tal recurso de casación es obligado tomar como referencia esa sentencia impugnada en su totalidad, incluyendo también ineludiblemente, como no puede ser de otro modo, esos hechos nuevos añadidos por ella, que son una de las bases generadoras del pronunciamiento que la misma adoptó.

Pero, es que además, de los hechos declarados probados por la propia sentencia de instancia, se desprende absolutamente lo contrario de lo que después afirma en la fundamentación jurídica. La cronología de los hechos es de una claridad meridiana. Así, adviértase que : a) ,El **17/09/12** la actora, al igual que otros trabajadores, interpuso una demanda por cesión ilegal de trabajadores contra la CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL TAJO y las demás empresas ahora adeudadas (sic) ; el 31/07/12 había presentado reclamación previa frente a la Confederación, (hecho probado quinto); b) , *Por escrito de fecha **23/10/12** la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO comunicó a la empresa NAVALSERVICE, S.L. lo siguiente: "Se ha recibido en la Confederación Hidrográfica del Tajo, el pasado día 15 de octubre de 2012, su escrito solicitando la prórroga del contrato "APOYO A LOS DIFERENTES TRABAJOS EN LA SEDE DE LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO, SITA EN MADRID EN AVENIDA DE PORTUGAL, nº 81" con nº de Expediente: NUM000 . Debemos comunicarle que no es posible la prórroga del citado servicio ya que recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa. Agradecemos su colaboración y esperamos contar con NAVALSERVICE para futuras necesidades que puedan presentarse."* (hecho probado sexto); y, c) ,*Mediante carta de fecha **01/10/12** la empresa NAVALSERVICE, S.L. comunicó a la actora la finalización de su contrato de trabajo con efectos del 16/10/12; el tenor de esta carta es el siguiente: "Por la presente procedemos a comunicarles que el próximo día 16 de octubre de 2012, finaliza el servicio objeto de su contrato suscrito por ambas partes como consecuencia*



de la finalización del contrato firmado entre nuestra empresa y la Confederación Hidrográfica del Tajo, centro de trabajo para el que fue contratada por esta empresa. Motivo por el que comunicamos y preavisamos con la antelación debida y conforme establece la legislación vigente, que en dicha fecha deberá cesar y abandonar en su prestación de servicios para esta empresa por la causa y motivo referenciado, (hecho probado séptimo).

Es decir que, la demanda por cesión ilegal se produce el **17/09/12**; la comunicación por la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO a la empresa NAVALSERVICE, de no prórroga del servicio se produce el **23/10/12**, y la **notificación del despido a la demandante por dicha causa se produce el 01/10/12, o sea, 23 días antes de la comunicación de no prórroga del servicio**. Estas fechas hablan por sí solas, y ponen de manifiesto, sin ningún género de dudas, **la conexión directa entre la demanda por cesión ilegal y el despido de la demandante** -y por ende la vulneración de la garantía de indemnidad - máxime, cuando antes de dicha demanda, la prestación de servicios de la demandante en el servicio de reprografía de la Confederación, a través de los contratos temporales suscritos por la demandante con las distintas empresas que llevaban a cabo el servicio desde el año 2005 -con un única interrupción de seis meses en 2010- 2011-, se prorrogaba al propio tiempo que las contrata.

2º.- La sentencia mayoritaria transcribe -en el apartado segundo de su fundamento jurídico cuarto- pero no aplica la doctrina constitucional y jurisprudencial respecto a la garantía de indemnidad.

En efecto, es suficiente con reproducir la parte final de dicho apartado, Pero para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio...; 125/2008, de 20/Octubre; y 2/2009, de 12/Enero Y SSTs 14/04/11 -rco 164/10; 25/06/12 -rcud 2370/11; y 13/11/12 -rcud 3781/11). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007, de 10/Septiembre...; 257/2007, de 17/Diciembre...; y 74/2008, de 23/Junio ...); «en lo que constituye ... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria» (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12/Diciembre, ...; 125/2008, de 20/Octubre; y 92/2009, de 20/Abril ...).

Pues bien, aquí las demandadas, frente a la reclamación de la trabajadora por cesión ilegal, no han practicado la más mínima prueba para desvirtuar lo que los hechos probados evidencian, que el despido de la demandante se ha producido como reacción a dicha reclamación por una cesión ilegal, admitida expresamente por la sentencia mayoritaria. O dicho en palabras de la doctrina constitucional no han acreditado, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada -el despido- y su carácter ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

3. La sentencia mayoritaria parece querer cambiar, sin motivación, la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la ,garantía de indemnidad, y la carga de la prueba.

Además de lo anteriormente expuesto, conviene también destacar lo que -a mi juicio- parece intenta efectuar la sentencia mayoritaria, y es nada menos que un cambio en la doctrina de esta Sala -asumiendo la constitucional-, sobre la distribución de la carga de la prueba en casos como el presente. Al respecto, analiza algún aspecto de las cuestiones planteadas en la sentencia de esta Sala de 21-01-2014 (rcud. 941/2013), con referencia una anterior de 06-03-2012 (rcud. 616/2012), que la recurrida menciona, para tras dicho análisis, concluir en que, «Sólo una lectura superficial, que banalizaría el propio derecho fundamental en cuestión porque conduciría a un blindaje automático e indiscriminado de situaciones injustificables por contrarias al ordenamiento, permite establecer una comparación entre aquellos precedentes y el presente litigio, porque, aquí, a diferencia de lo que allí sucedía, aunque hemos reconocido la cesión ilegal, ese simple hecho, pese a tal calificación, que tiene la consecuencia reparadora prevista en el art. 43 ET y, en este caso al menos, no alcanza la suficiencia ni la fortaleza indiciaria como para entender vulnerada la indemnidad, tal como acertadamente entendió el Juez de instancia, mejor situado que la Sala de suplicación a esos efectos, pues no en balde ante él se practicaron todas las pruebas que le permitieron construir la incombustible declaración de hechos probados, máxime si, como ya hemos tratado de explicar más arriba, por un lado, la propia prestación de servicios de la ahora demandante no tuvo la continuidad temporal que refleja la declaración fáctica de nuestros otros



precedentes (ya vimos que la aquí actora estuvo percibiendo prestación de desempleo durante un significativo período temporal, por lo que quiebra aquí la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo), y por otra parte, en fin, la presunción vulneradora misma, a diferencia igualmente de lo que sucedía en nuestras dos tan repetidas sentencias, se entendió más que suficientemente desvirtuada por el órgano de instancia, prevaleciendo su criterio respecto a la indemnidad, como resultado de la prueba practicada y con la contundencia que expresa en su fundamentación jurídica (por un simple acto de voluntad de la parte actora y conociendo de antemano lo que va a venir, se preconstituye una acción de nulidad desligada radicalmente de cualquier conducta de la empresa supuestamente vulneradora de derechos fundamentales de la actora; FJ 6º in fine), algo, esto último, también completamente diferente de lo acontecido en esos nuestros dos precedentes, en los que, en razón a las circunstancias allí concurrentes, mantuvimos la preeminencia indiciaria de la vulneración de la indemnidad, no de manera automática sino tal y como entonces lo había entendido razonablemente el Juez de instancia.,

Pues bien, con respecto a la carga de la prueba, basta reproducir el apartado 5 del fundamento de derecho segundo de la citada sentencia de 21-01-2014 (rcud. 941/2013), que evalúa la posición mayoritaria, para advertir que el caso resuelto en dicha sentencia, es coincidente, en lo esencial, con el que aquí enjuiciamos. En efecto, se dice textualmente en dicho apartado que, ,5. Llegados a este punto, hemos de compartir el criterio de la sentencia de contraste, como también propone el Ministerio Fiscal en su informe. 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.,

Claro es, que la sentencia mayoritaria vuelve a insistir, ante la identidad sustancial de los supuestos, en lo ,entendido, por el Magistrado de instancia, para contrarrestar las afirmaciones de la Sala de suplicación en la sentencia recurrida respecto a que - permitaseme también insistir- lo razonado por el ,Juez a quo, **carece de cualquier sustento fáctico y no es congruente** , afirmaciones de la sentencia aquí recurrida que vienen avaladas por la ya expuesta cronología de los hechos, que tienen un simple, pero muy claro lenguaje.

Pero es que, además, este -en mi opinión- intento de devaluar la doctrina de la garantía de indemnidad -el término ,banalizar, que se utiliza es significativo al respecto-, se pone de manifiesto en cuanto, una y otra vez, se reitera en la sentencia mayoritaria, que puesto que ,la actora conocía con antelación el hecho clave : el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa,, no existe vulneración de la garantía de indemnidad . Pues bien, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos esta aseveración, viene reiterando esta Sala -y valga al respecto la sentencia más reciente de 24 de febrero de 20116 (rcud. 1097/2014), con cita de muchas otras sentencias- que el conocimiento por el trabajador de la finalización de su contrato temporal no obsta a la declaración de que se ha vulnerado la garantía de indemnidad, cuando antes de dicha finalización se ha interpuesto la reclamación previa. Así se expresa esta Sala en el apartado 2 del fundamento jurídico de dicha sentencia : ,3.- En caso enjuiciado, no puede admitirse la argumentación de la sentencia recurrida, que asume los planteamientos de la Administración demandada basándose en la proximidad temporal entre la fecha de finalización de la última prórroga del contrato y la de formulación de la reclamación previa, dado que de los hechos probados y de la propia argumentación de dicha sentencia cabe deducir, como hemos hecho en nuestros referidos precedentes, y ciñéndose a la cuestión de si hubo o no vulneración de la garantía de indemnidad, que el demandante ha acreditado indicios suficientes para producir el desplazamiento a la Administración empresaria de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración la referida garantía, el cese se produjo por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; y como quiera que no ofrece ninguno en sentido positivo, como



sería combatir la indefinición del vínculo contractual mediante la prueba de la causa de su temporalidad, o que existiese completa desconexión temporal entre el ejercicio por el trabajador de la acción reclamando la declaración de relación laboral indefinida y el cese acordado por la Administración empleadora, limitándose a afirmar que aquél conocía la finalización de su contratación temporal cuando interpuso la reclamación previa, lo que no es suficiente para acreditar *la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales* „ como se deduce de la doctrina jurisprudencial expuesta.,

III.- EN CONCLUSIÓN ,

Todo lo expuesto me lleva a la apreciación -contraria a la sostenida en este punto por la sentencia mayoritaria y que mantuve en la deliberación- de que en el presente caso ha existido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, y por ello -previa desestimación en su totalidad del recurso de casación unificadora interpuesto- debe confirmarse la sentencia de suplicación recurrida que ha declarado la nulidad del despido de la trabajadora demandante.

Madrid a 26 de octubre de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENDU