



Roj: **STSJ GAL 8964/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:8964**

Id Cendoj: **15030340012016106228**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **3277/2016**

Nº de Resolución: **6687/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

**SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15078 44 4 2014 0000468

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0003277 /2016**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000166 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

**RECURRENTE/S D/ña** Geronimo

ABOGADO/A:

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:** JOSE MANUEL ROGET LEMUS

**RECURRIDO/S D/ña:** MINISTERIO FISCAL, ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL , ESA ULLA-SALNES SL , NORTE FORESTAL, SA

**ABOGADO/A:** , MARIA DEL ROCIO ARNOSO MOURE , MARIA DEL ROCIO ARNOSO MOURE , VICENTE FERNANDEZ VICTORIA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:** , , ,

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

**ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR**

En A CORUÑA, a treinta de noviembre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY****Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0003277/2016, formalizado por EL GRADUADO SOCIAL DON JOSÉ MANUEL ROGET LEMUS, en nombre y representación de DON Geronimo , contra la sentencia número 25/2016, dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000166/2014, seguidos a instancia de DON Geronimo representado por LA LETRADA SRA. TEIJO FIGUEIRAS, frente a ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL, ESA ULLA-SALNES SL, y NORTE FORESTAL representada por EL LETRADO SR. FERNÁNDEZ VICTORIA, SA, con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : D. Geronimo presentó demanda contra ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL, ESA ULLA-SALNES SL, y NORTE FORESTAL, SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 25/2016, de fecha veintitrés de febrero de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO** : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- Queda probado que Don Geronimo prestó servicios por cuenta de ESA ULLA-SALNÉS SL en virtud de contrato de trabajo temporal, a tiempo completo, para obra o servicio determinado firmado el día 02/02/2009, en el que se pactó que el demandante prestaría servicios como peón forestal con categoría profesional de peón forestal, a tiempo completo con jornada de 40 horas semanales prestadas de lunes a viernes, y percibiendo un salario de 39,87 euros brutos diarios, y se pactó asimismo que la duración del contrato se extenderá desde el 02/02/2009 hasta fin de obra, indicándose que el objeto del contrato era la realización de la obra o servicio "cultivo y explotación de montes para la empresa NORFOR", teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. (Vid doc. 1 del ramo de prueba del actor). SEGUNDO.- En fecha 31/12/2009 la empresa ESA BETANZOS FERROLTERRA SL se subrogó en la relación laboral que el demandante tenía con la mercantil ESA. ULLA-SALNÉS SL, constando en autos comunicación dirigida al mismo, en la que se le indica que la subrogación se efectúa en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del ET , y que a partir de dicha fecha pasaría a la plantilla de ESA BETANZOS FERROLTERRA, conservando sus actuales condiciones de trabajo (vid doc. 7 del ramo de prueba del actor e informe de vida laboral obrante al doc. 5 de su ramo de prueba). TERCERO- El demandante estuvo prestando servicios por cuenta de ESA BETANZOS FERROLTERRA hasta el 17/05/2012.

El día 18/05/2012 volvió a producirse una subrogación en su relación laboral por parte de la mercantil ESA ULLA-SALNÉS, causando alta por cuenta de la misma en la Seguridad Social el 18/05/2012. (No controvertido y vid informe de vida laboral al doc. 5 de su ramo de prueba). Consta en autos comunicación de ESA ULLA SALNÉS SL al INE en la que se comunica la subrogación de dicha mercantil en el contrato del trabajador (vid. doc. 5 del ramo de prueba del actor). CUARTO.- Constan en autos las nóminas abonadas al trabajador por las mercantiles ESA BETANZOS FERROLTERRA y ESA ULLA-SALNES durante los periodos de prestación de servicios por cuenta de cada una de ellas, las cuales se tienen por reproducidas. En 2013 el demandante tenía reconocida en nómina la categoría profesional de oficial de 2ª, y percibió un salario bruto promediado en dicho año de 963,28 euros (vid nóminas del año 2013 obrantes al documento 5 del ramo de prueba del actor). QUINTO.- Durante la vigencia de la relación laboral del demandante con ESA ULLA-SALNES el actor prestó sus servicios en el ámbito territorial de todas las provincias de Galicia y en Asturias. (No controvertido y vid carta de despido). SEXTO.- En fecha 12/12/2013 la mercantil E.S.A ULLA SALNES SL le entregó al demandante comunicación de extinción del contrato de trabajo del siguiente tenor literal (doc. adjunta a la demanda):

*"Por medio de la presente carta quo se le entrega en el día de la fecha, y de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores le comunicamos que el próximo día 31 de diciembre de 2013 su contrato de trabajo quedará extinguido por finalización de la obra o servicio objeto del mismo, esto es, la extinción del contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre esta empresa y la mercantil NORTE FORESTAL S.A (NORFOR) para la ejecución de los trabajos de ahoyado, plantación reposición de marras, abonado, levantado y aporcado, desbroces, aplicación de fitocidas, fertilización Pedro Enrique de mantenimiento, mantenimiento*



*de infraestructuras, cortas extraordinarias y selección de brotes en los montes sitos en las cuatro provincias gallegas y en Asturias.*

*Esta empresa desconoce si a partir del día 1 de enero de 2014 estos trabajos serán asumidos por la empresa principal NORTE FORESTAL o si serán subcontratados a otra empresa, motivo por el que le sugerimos, si así lo estima oportuno, se ponga en contacto con NORTE FORESTAL a efectos de determinar la posible existencia de una subrogación de esta en los contratos de los trabajadores quo hasta este momento pertenecían a E.S.A. ULLA SALNES SL y que se encontraban vinculados a la ejecución de dicha contrata.*

*Del mismo modo se le informa que tiene a su disposición en las oficinas de esta empresa su liquidación y finiquito así como la documentación necesaria para tramitar en su caso la prestación por desempleo. Le rogamos firme el recibí de la copia adjunta a los únicos efectos de acreditar su notificación".*

SÉPTIMO.- Consta entregado al actor certificado de empresa a efectos de la solicitud de prestación por desempleo en que se indica que la fecha de extinción es el 31/12/2013 y la causa de extinción "fin de contrato temporal a instancia del empresario" (vid doc. 7 del actor). Asimismo consta que el demandante causó baja en la seguridad social -por cuenta de ESA-ULLA SALNES el día 31/12/2013 (vid informe de vida laboral al documento 5 del ramo de prueba del actor). OCTAVO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical (no controvertido). NOVENO. ESA ULLA SALNES SL fue declarada en situación de insolvencia total según consta en DECRETO de fecha 13/05/2015 autos de ETJ nº 280/2013 seguidos en el juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña a instancia de Don Juan (doc. 4 del actor). DECIMO.- NORTE FORESTAL SA fue constituida en virtud de escritura pública de fecha 29 de septiembre de 1977, la cual obra al doc. 15 de su ramo de prueba y se tiene por reproducida. Dicha mercantil tiene convenio colectivo propio, el cual obra al documento 1 de su ramo de prueba. DECIMO PRIMERO.- NORTE FORESTAL SA hasta el año 2007 contaba con su propio personal para las labores de reforestación; y a partir del año 2007 subcontrata a diferentes empresas para la realización de dichas funciones, siendo una de ellas la mercantil E.S.A ULLA SALNES (interrogatorio de NORFOR y testifical del Sr. Evaristo ). DECIMO SEGUNDO.- NORTE FORESTAL SA y U.S.A ULLA SALNES SL celebraron un contrato de arrendamiento de servicios de fecha 28/01/2007, el cual se tiene por íntegramente reproducido por obrar al documento 2 del ramo de prueba del actor y al doc. 2 de la entidad NORFOR. En dicho contrato se fijó una duración hasta el 31/12/2012, prorrogado tácitamente por años naturales, salvo denuncia expresa de alguna de las partes, y se fija como objeto del mismo la realización y gestión integral por parte de la contratista de las actividades de ahoyado manual, plantación, reposición de marras, abonado, levantado y aporcado, desbroces con desbrozadora manual, aplicación de fitocidas con mochila, fertilización manual de mantenimiento, mantenimiento manual de infraestructuras, cortas extraordinarias y selección de brotes. DECIMO TERCERO.- NORTE FORESTAL SA y U.S.A BETANZOS FERROLTERRA SL celebraron un contrato de arrendamiento de servicios de fecha 22/11/2007, que se tiene por reproducido por obrar al doc. 3 del ramo de prueba de NORFOR. En dicho contrato se fijó una duración hasta el 31/12/2012, prorrogado tácitamente por años naturales, salvo denuncia expresa de alguna de las partes. DECIMO CUARTO.- NORTE FORESTAL SA suscribió además contratos de arrendamientos de servicios con las empresas: FORESA-FORESGA el 28/05/2007 y 01/05/2007, IBERSILVA SA el 02/02/2012, VIVEROS GUIMAREY SL el 2/02/12, SOLUCIONES FORESTALES FBC SL el 02/05/2012 y el 02/01/2013, FORESCULTURA SL 01/02/13 (doc. 11 del ramo de prueba de NORFOR). DECIMO QUINTO.- El Sr. Jose Enrique era el representante técnico de la contratista ante NORFOR hasta el año 2009. Posteriormente la contratista designó como responsables a Don Juan - hermano del demandante- y a Don. Pedro Enrique , que eran a su vez jefes de cuadrilla, y tras el despido del hermano del demandante fue designado temporalmente como responsable Don Avelino . Don Evaristo era la persona designada, al tiempo del despido del actor, por la entidad NORTE FORESTAL SA como representante técnico de la contrata frente a la entidad ESA ULLA SALNES SL. DÉCIMO SEXTO.- Don. Evaristo (de NORFOR) era el encargado de coordinarse con el jefe de cuadrilla de cada una de las empresas contratadas en los diferentes montes indicándoles lo que debían hacer en cada uno de ellos (desbrozar, plantar) y el concreto tajo o zona del monte a ejecutar. El representante técnico (jefe de cuadrilla) de ESA ULLA SALNES era quien después transmitía a los trabajadores de ESA ULLA SALNES las instrucciones de trabajo, y organizaba el mismo. Era el jefe de cuadrilla de ESA ULLA SALNES el que recogía con el vehículo de ESA ULLA SALNES a los demás trabajadores de su cuadrilla, y los desplazaba al monte en el que tenían que realizar el trabajo asimismo en los vehículos facilitados por la entidad E.S.A ULLA SALNES, que llevaban logotipos de la misma. Una vez que el Sr. Evaristo le transmitía al responsable de ULLA SALNES la zona del monte a ejecutar y el concreto trabajo a ejecutar, quedaban en el monte ejecutando los trabajos únicamente los trabajadores de ULLA SALNES v su jefe de cuadrilla. El Sr. Evaristo acudía de vez en cuando -generalmente una vez por semana- a controlar y supervisar la ejecución de los trabajos. (Vid testificales e interrogatorio de NORFOR). DECIMO SÉPTIMO.- Las herramientas y demás utensilios de trabajo (desbrozadoras, mochilas, motosierras, azadas, etc.) eran facilitados por la entidad ESA ULLA-SALNES, así como los EPI (cascos, guantes, traje de aguas, etc.) y los



uniformes de trabajo, al igual que los vehículos en que se desplazaban los trabajadores. El uniforme de los trabajadores de ESA ULLA SALNES era diferente del uniforme de los trabajadores de NORFOR. En los casos de que los trabajos a ejecutar fueran de plantación, NORFOR les entregaba a los trabajadores de ESA ULLA-SALNES las plantas, que procedían del propio vivero de NORFOR, y las cuales contaban con un utensilio manual para su colocación fabricado exclusivamente a tal efecto y sin el cual no podían ser plantadas. Asimismo si el trabajo requería el uso de fertilizantes los mismos eran proporcionados por NORFOR. (Vid interrogatorio de la demandada, testifical y doc. 4 de la demandada). DÉCIMO OCTAVO.- ESA ULLA SALNES es la entidad que concedía a sus trabajadores las vacaciones y las licencias y permisos. En concreto cuando los trabajadores necesitaban ausentarse un día del trabajo o cualquier permiso se lo solicitaban directamente al jefe de cuadrilla de ESA-ULLA SALNES. (Vid testificales e interrogatorio de NORFOR). DÉCIMO NOVENO.- Los cursos de formación y prevención de riesgos laborales eran impartidos a los trabajadores de E.S.A ULLA SALNES por dicha entidad (docs. 5, 6 y 7 del ramo de prueba de NORFOR). La entidad NORFOR SA efectuó medidas de control del cumplimiento de medidas preventivas y obligaciones legales en materia de subcontratación a ESA ULLASALNÉS y ESA BETANZOS FERROLTERRA (docs. 8 y 9 de su ramo de prueba). VIGÉSIMO.- La mercantil NORTE FORESTAL SA le abonó a ESA ULLA SALNÉS en 2013 las facturas que obran al documento 10 del ramo de prueba de NORFOR. VIGÉSIMO PRIMERO.- El 16 de abril de 2013 la entidad NORTE FORESTAL SL remitió un burofax a E.S.A ULLA SLANES SL con el siguiente contenido:

*I. Que en virtud de la cláusula duodécima del contrato de arrendamiento de servicios suscrito con Vds., y con una antelación de tres meses a la finalización del mismo, le comunico que el referido contrato quedará resuelto a partir del próximo 31 de diciembre de 2.013, al no ser nuestra intención prorrogarlo a su vencimiento.*

*II,- Que, asimismo, debido a los recortes presupuestarios que hemos sufrido en los últimos tiempos, y la escasa demanda en la contratación, el volumen de trabajo se ha visto reducido de forma considerable, por lo que dicha circunstancia nos obliga a prescindir de parte del personal de su empresa que estaba a nuestro servicio, razón por la que le requiero a fin de que a partir de la recepción del presente burofax y de forma indefinida hasta nueva comunicación, se reduzca la cuadrilla a un equipo de 7 personas para ejecutar las obras que están contratadas".*

(Vid doc. nº 12 del ramo de prueba de NORFOR)

VIGESIMO SEGUNDO. En la misma fecha que al demandante ESA ULLA SALNÉS comunicó la extinción del contrato de trabajo a varios trabajadores, sin que conste el número y el tipo de contrato que tenían (vid testificales de Don Nicolas y Doña Olga ). VIGESIMO TERCERO. En fecha 09/12/2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe a raíz de escrito presentado por UGT, cuyo contenido se tiene por íntegramente reproducido por obrar al documento 3 del ramo de prueba del actor, y en el que se concluye que los hechos descritos podrían constituir una cesión ilegal de mano de obra según lo establecido en el ETF en su art. 43". VIGESIMO CUARTO. En fecha 29 de enero de 2014 se celebró acto de conciliación ante el SMAC de Santiago de Compostela en virtud de papeleta de conciliación presentada por el demandante el 16 de enero de 2014, en reclamación por despido, el cual finalizó con el resultado de sin avenencia respecto de la mercantil NORTE FORESTAL SA, y con el resultado de intentada sin efecto respecto de las otras dos mercantiles codemandadas (vid certificación adjunta a la demanda).

**TERCERO :** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por DON Geronimo , contra NORTE FORESTAL S.A. (NORFOR SA), E.S.A. BETANZOS-FERROLTERRA S.L., y contra E.S.A. ULLA-SALNÉS debo absolver y absuelvo a las demandadas de todas las peticiones deducidas en su contra.

**CUARTO :** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DON Geronimo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte NORTE FORESTAL, S.A.

**QUINTO :** Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO UNO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha OCHO DE JULIO DE DOS MIL DIECISEIS.

**SEXTO :** Admitido a trámite el recurso se señaló el día VEINTINUEVE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISEIS para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda y absuelve a las demandadas de todas las peticiones deducidas en su contra.



Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación, interesando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se condene a las demandadas a estar y pasar por la declaración de nulidad del despido, condenándolas a estar y pasar por esta declaración y por ende a la inmediata readmisión de la parte actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con efectivo abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión, readmisión que para el caso de reconocerse la situación de cesión ilegal deberá realizarse como personal propio de la codemandada Norte Forestal S.A., o con carácter subsidiario a lo anterior y para el supuesto de que no se reconociera la nulidad, deberá reconocerse la improcedencia del despido, condenando a las demandadas con carácter solidario, a igual readmisión o al abono de la indemnización legalmente establecida.

Es preciso concretar, con carácter previo, que las referencias existentes al artículo 191.b ) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral , deben entenderse realizadas a los artículo 193.b ) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pues la sentencia se ha dictado el veintitrés de febrero de dos mil dieciséis , fecha en la que estaba en vigor la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que supone que, en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda, apartado uno, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la normativa aplicable a este recurso de suplicación es la de la vigente ley procesal.

**SEGUNDO** .- Para ello, en el primero de los motivos del recurso y con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pretende la parte la modificación del relato fáctico de la sentencia y concretamente de los hechos probados décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, interesando su anulación, por cuanto los mismos incurren en total contradicción con lo descrito en los hechos probados primero, segundo y tercero.

Para que proceda la revisión de hechos probados es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción.
- d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

La parte pretende es que se anulen los citados hechos probados sobre la base de que si en los hechos probados primero, segundo y tercero, se señalan los periodos de prestación de servicios para las Empresas ESA Ulla Salnés S.L. y ESA Betanzos Ferrolterra S.L., así como las subrogaciones operadas, es imposible que, en el periodo comprendido entre el 31-12-2009 y el 18-5-2012, en el que el actor prestaba servicios para ESA Betanzos Ferrolterra S.L., el representante técnico de cuadrillas de la empresa ESA Ulla Betanzos S.L. impartiera órdenes e instrucciones de trabajo y controlara el trabajo realizado; por el mismo motivo no podían facilitarse herramientas y utensilios de trabajo Por ESA Ulla Salnés, como tampoco EPI y uniformes; tampoco podía ESA Ulla Salnés conceder permisos, vacaciones y licencias y, finalmente, tampoco era posible que la empresa ESA Ulla Salnés impartiera cursos de formación y prevención de riesgos.

La denuncia no pueda prosperar, pues ninguna incongruencia se aprecia entre el contenido de los hechos probados invocados, por cuanto la jueza a quo ha analizado las circunstancias concurrentes durante el último periodo de prestación de servicios para ESA Ulla Salnés S.L., que era la empresa para la que el actor prestaba servicios en el momento de producirse la extinción del contrato, a los efectos de determinar si en el momento previo a la citada extinción concurría o no la denunciada cesión ilegal y sobre la prueba practicada, que la jueza a quo ha valorado, aplicando la libre valoración de la prueba en los términos previstos en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , debiendo señalar que, además, la manifestada existencia de cesión ilegal de mano de obra entre ESA Betanzos Ferrolterra S.L. y Norte Forestal S.A., en el periodo en el que el actor prestaba servicios para la primera, resultaría irrelevante si la misma no subsistía en el momento de producirse el cese en la prestación de servicios, cuando también el propio demandante ha defendido en todo momento la existencia de un grupo de empresas, a efectos laborales, entre ESA Betanzos Ferrolterra S.L. y ESA Ulla Salnés S.L.

**TERCERO** .- Con idéntico amparo procesal y en el segundo de los motivos del recurso, interesa la parte la modificación de los fundamentos de derecho primero, tercero, cuarto y quinto de la sentencia, realizando una breve exposición de desacuerdo con las conclusiones jurídicas alcanzadas por la juzgadora de instancia.



La denuncia no puede prosperar, pues la vía establecida en el apartado b) del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social está prevista para la modificación, supresión o adición dentro de los hechos probados de la sentencia, no para atacar la fundamentación jurídica, con respecto a la que, si se discrepa, la parte pueda acudir a la vía de denuncia de infracción de norma sustantiva o de la jurisprudencia, establecida en el apartado c) del mismo precepto legal, pero siempre recordando que el recurso se dirige, dada la naturaleza extraordinaria y cuasicasacional del recurso de suplicación, contra el fallo de la misma y no contra los fundamentos de derecho.

**CUARTO** .- En el tercer motivo del recurso y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la parte, en su apartado A), la infracción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que existe la denunciada cesión ilegal, por cuanto ESA Ulla Salnés S.L. tan sólo prestaba servicios para Norte Forestal S.A., careciendo de otra actividad, deduciéndose de ello que los contratos de trabajo estaban supeditados a la duración del contrato suscrito entre las mismas, siendo el objeto del contrato de servicios una mera disposición de trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria.

La doctrina judicial inicialmente -ad exemplum sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de quince de julio de mil novecientos noventa y nueve - venía señalando que para que se produjera la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, era preciso que se produjera un negocio meramente interpositorio, al configurarse la contratista como una empresa ficticia y que existe la contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleadora. Sin embargo, pronto se modificó el criterio, señalando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha ocho de octubre de dos mil uno, que se produce la cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando a pesar de tratarse de una empresa real y existente no asume, dirige y controla un sector de actividad desarrollado antes por otra empresa, sino que se limita a suministrar personal, empleándose en exclusividad medios materiales propiedad de la otra empresa.

Por su parte, el Tribunal Supremo señala, entre otras, en sentencia de dieciséis de junio de dos mil tres, que "la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador", pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios ( Sentencia de siete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho [ RJ 1988\1863 ] ), el ejercicio de los poderes empresariales ( Sentencias de doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho [ RJ 1988\6877 ] , dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve [ RJ 1989\874 ] , diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno [ RJ 1991\58 ] y diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro [ RJ 1994\352 ] ) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,...). A este último criterio se refiere también la Sentencia de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y uno que aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y en sentido similar se pronuncia la Sentencia de once de octubre de mil novecientos noventa y tres ( RJ 1993\7586 ), que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».

Pero, como continúa diciendo la Sentencia de catorce de septiembre de dos mil uno ( RJ 2002\582 ), esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la Sentencia de dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve ( RJ 1989\874 ) estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la Sentencia de diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro ( RJ 1994\352 ) establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la Sentencia de doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete ( RJ 1997\9315 ). La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de 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 de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las Sentencias de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y tres ( *RJ 1993\5688* ) y quince de noviembre de mil novecientos noventa y tres (*RJ 1993 \8693*), que llegaron a la conclusión de que, aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral ( Sentencias de treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis [ *RJ 1996\8186* ] , diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis [ *RJ 1996\8666* ] y veinte de julio de mil novecientos noventa y nueve [ *RJ 1999\6839* ] ). Hay que hacer también referencia a la Sentencia de diecisiete de diciembre de dos mil uno ( *RJ 2002\3026* ) , que negó la existencia de cesión de trabajadores en un supuesto en el que los socios trabajadores de una cooperativa prestaban servicios para una empresa alimentaria en los propios locales de ésta, utilizando sus instalaciones y con intervención en el desarrollo de la actividad de los mandos de la principal. Pero, aparte de que la contratista tenía arrendado el local o zona que utilizaba en la principal, es importante subrayar que la sentencia citada considera que con «esos elementos de hecho, podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio»; conclusión que excluye porque «tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios.

Dentro de este marco jurisprudencial y doctrinal debe analizarse la situación planteada en la presente litis, habiéndose acreditado y constando así en el relato de hechos probados que las empresas codemandadas ESA Ulla Salnés S.L., ESA Betanzos Ferrolterra S.L. y Norte Forestal S.A. tienen personalidad jurídica propia y organización empresarial, con medios materiales y humanos dedicados a sus propios siendo las dos primeras las que daban de alta a los trabajadores en la seguridad social, abonaban sus nóminas y las cotizaciones sociales, así como que la primera tenía sus jefes de cuadrilla, que eran los que se coordinaban con el encargado por Norte Forestal S.L., a los efectos de saber lo que tenían que hacer en cada monte, siendo los jefes de cuadrilla los que distribuían y coordinaban los concretos trabajos encomendados y con respecto a los trabajadores contratados por ESA Ulla Salnés S.L.; el encargado de la cuadrilla era quien, en el vehículo de la empresa ESA Ulla Salnés S.L., recogía a los trabajadores y los llevaba a los montes a realizar las tareas encomendadas; que el encargado de Norte Forestal tan sólo acudía ocasionalmente a controlar el trabajo realizado; las herramientas y utensilios de trabajo, así como la maquinaria, vehículos y los EPI los facilitaba ESA Ulla Salnés S.L.; ESA Ulla Salnés concedía vacaciones, permisos y licencias e impartía los cursos de formación y prevención de riesgos de sus trabajadores.

Por ello debe de considerarse que la contratación del actor, a través de la empresa ESA Ulla Salnés S.L., no ha sido en cada momento un mero negocio interpositorio que constituya una cesión ilegal de mano de obra prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , siendo la real empresaria en cada momento, titular del poder de dirección y en la que concurren las notas de ajeneidad y dependencia, y no la empresa Norte Forestal S.A., siendo irrelevante a estos efectos que Norte Forestal S.A. facilitara plantas y abonos y una herramienta fabricada específicamente para la plantación y que era de su propiedad, pues se trata de elementos no comprendidos en el contrato suscrito entre las empresas y, en cualquier caso, meramente accesorios respecto a la totalidad de la actividad realizada.

En cuanto a la concreta denuncia de que Norte Forestal S.A. era el único cliente de ESA Ulla Salnés S.L., dicho extremo no consta en el relato de hechos probados y su introducción no se ha pretendido. Además, caso de ser cierto, no determinaría per se que existiera la denunciada cesión ilegal.

**QUINTO** .- Seguidamente, en los apartados B) y C) del mismo motivo del recurso y con idéntico amparo procesal, denuncia la parte la infracción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la concatenación de dos contratos temporales en la misma empresa o grupo de empresas.

El artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.



Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado".

Dicho precepto no resulta infringido y, en consecuencia la denuncia no puede prosperar, por cuanto el actor ha suscrito un único contrato, el 2 de febrero de 2009, que ha estado vigente hasta la fecha de extinción del mismo el 31 de diciembre de 2012, sin perjuicio de que hayan acaecido dos subrogaciones empresariales, en fechas 31 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2012, debiendo tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria segunda de la Ley 35/2010, que realizó la modificación del texto anteriormente vigente, establece: "Lo previsto en la redacción dada por esta Ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquélla, si bien respecto a los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a 18 de junio de 2010.

Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2338), para la mejora del crecimiento y del empleo", es decir, en el presente caso rige la siguiente redacción: "5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad.", es decir, existe un único contrato y no los dos exigidos normativamente para que pueda aplicarse el cómputo de los plazos.

**SEXO** .- Finalmente, en los apartados D) y E) del mismo motivo del recurso y con el mismo amparo procesal, denuncia la parte la infracción de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 4 de mayo de 2010, argumentando que el contrato de obra no es adecuado para satisfacer necesidades de carácter permanente del empleador, y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de marzo de 1994.

Las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia no tienen la consideración de Jurisprudencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, por lo que no pueden servir de base y fundamento a la interposición del recurso de suplicación por este motivo.

En cuanto a la denuncia realizada de la sentencia del Tribunal Supremo, podríamos considerar que, a tenor del texto legal del citado artículo 1.6 del Código Civil, no tiene la consideración de Jurisprudencia, pues una única sentencia no tiene dicha consideración, pero, además, no resulta de aplicación al presente caso, pues se refiere a la contratación por el departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, con contratos por obra o servicio determinados, para prestar servicios como monitores en centros penitenciarios, celebrándose los contratos por un año y han enlazado, sin solución de continuidad, con otro de igual duración o su duración se ha prolongado en el tiempo en virtud de prórrogas, siendo aplicable al presente supuesto -contratación por obra o servicio determinado vinculada a la duración de la contrata- la Jurisprudencia contenida, entre otras, en sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, que señala: "...

" 1.Validez del contrato para obra o servicio adscrito a la contrata.

Conviene recordar el muy consolidado criterio jurisprudencial conforme al cual es válida la contratación para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo





determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo; en tal sentido pueden verse, por ejemplo, las SSTs 15 enero 1997 (3827/1995); STS 8 junio 1999, rec. 3009/1998; o 20 noviembre 2000 (3134/1999)..."

Así pues, y como quiera que la parte actora ninguna denuncia realiza en cuanto a infracción de norma sustantiva referida a despido nulo o, subsidiariamente, improcedente y habiendo considerado la jueza a quo ajustado al derecho el cese del actor por fin de contrato, el recurso debería ser desestimado y la resolución recurrida confirmada.

Pero se ha producido, durante la tramitación del recurso una circunstancia relevante, en cuanto a la indemnización por fin de contrato temporal establecida en el artículo 49.c) del Estatuto de los Trabajadores, cual es la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, (asunto C-596/14, De **Diego Porras**), y ante la posible alegación de incongruencia, al no estar nada solicitado al respecto ni en demanda ni en el recurso formulado, consideramos que dicha incongruencia no existe, siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2013, luego seguida por otras, en la que, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: "...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización... es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia..."; ya que: "...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual..."; en consecuencia: "...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET ...".

Si bien la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere al concreto caso de una trabajadora interina del Ministerio de Defensa, debe ser aplicada al presente supuesto, en virtud del principio de vinculación con respecto a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y todo ello teniendo en cuenta los siguientes elementos del texto de la Directiva que en detalle comenta Miguel Ángel Falguera (TSJ Cataluña):

Concepto de trabajador temporal.- El concepto de "trabajador con contrato de duración determinada", se concreta en los siguientes términos (cláusula 3.1): "trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado".

Exclusiones.- En relación al ámbito de aplicación, la cláusula 2.2 permite la exclusión por la legislación nacional de "las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje", así como de "los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos".

Principio de no discriminación.- Dentro del régimen regulador de la contratación temporal se contempla el denominado principio de "no discriminación", conforme al cual en materia de "condiciones de trabajo" se interdice el trato menos favorable de un trabajador temporal respecto a "los trabajadores fijos comparables" (cláusula 4.1). Y por este último concepto debe entenderse (cláusula 3.2): "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña". Y si no existe otra persona asalariada comparable en el mismo centro de trabajo el juicio de similitud debe efectuarse "haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

Medidas contra el uso abusivo de la temporalidad.- La cláusula 5 del Acuerdo marco permite que los diferentes Estados miembros incluyan en su legislación mecanismos punitivos por la "utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada", contemplándose una serie de medidas aplicables.

En esa tesitura el criterio fijado en la sentencia se centra en las siguientes consideraciones: El objetivo del Acuerdo Marco es la mejora de las situaciones laborales de los contratados temporales. De esta forma, se establecen derechos equiparables con el objeto "de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida", por lo que no resulta posible efectuar interpretaciones restrictivas (apartados 24 a 27).



La indemnización por fin de contrato se integra dentro de las "condiciones de trabajo", objeto del juicio de comparación entre trabajadores indefinidos y temporales, al estar vinculada con el "empleo", "es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario", en tanto que aquélla "se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario" (apartados 28 a 32).

En consecuencia, la legislación española incurre en un trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos "en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados" (apartados 33 a 39). Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto al resto de modalidades contractuales temporales que se apuntan en la cuestión prejudicial (obra o servicio, eventual e indefinidos no fijos), en tanto que el Acuerdo Marco no prevé cláusula antidiscriminatoria entre los diferentes contratos temporales (apartados 36 a 38).

El TJUE analiza finalmente en los apartados 44 a 52 si concurre o no una causa justificada para el trato desigual. La conclusión es negativa, por las siguientes razones:

El concepto "razones objetivas" que da lugar a la concurrencia de causa justificativa requiere "que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Para proseguir: "tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro".

Sin embargo, la existencia de una norma nacional que establezca el trato diferenciado no es causa justificadora, como tampoco lo son las peculiaridades del empleo en las Administraciones públicas.

Se ha apuntado por algún autor que la sentencia sólo tiene efecto directo sobre el caso enjuiciado, por lo que los jueces españoles deberán continuar aplicando el derecho vigente hasta un posible cambio normativo, pero consideramos que ello no puede ser así, por cuanto el juez nacional, como juez comunitario no puede desconocer el contenido de dicha sentencia cuando interprete la legislación española. Y ello porque, normas comunitarias al margen, está así obligado por el artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, es cierto que los órganos judiciales de un país miembro no pueden aplicar en forma directa una Directiva contraviniendo la legislación de cada Estado en pleitos entre particulares, debiendo en todo caso hacer una interpretación de las normas que rijan en el mismo de conformidad con la Directiva o, en su caso, acudir a formular una cuestión prejudicial. Pero, pese a ello, como señalan acertadamente CARLOS PRECIADO y RAFAEL LÓPEZ PARADA, el principio de indisponibilidad sobre la normativa nacional no se aplica en aquellos casos en los que esté en juego la aplicación de un principio general del Derecho de la Unión, al regir aquí el efecto directo horizontal. En este supuesto el órgano judicial está obligado a "garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio", siempre que la norma comunitaria sea clara. Y en este caso cabe observar que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales interdice cualquier discriminación, lo que constituye además un principio del Derecho comunitario desde antiguo. Es cierto que en el referido artículo, tras esa declaración genérica se contemplan una serie de situaciones y colectivos entre las que no se encuentra la temporalidad. Sin embargo, los preceptos de las normas comunitarias fundamentales se interpretan en relación a las Directivas. Y en el presente caso parece evidente que la prohibición de discriminación entre las condiciones contractuales de los trabajadores temporales y los indefinidos que regula el Acuerdo Marco es suficientemente clara y evidente para que opere la prevalencia aplicativa por el juez nacional de la normativa comunitaria al no estar su contenido condicionado, máxime cuando existen pronunciamientos del TJUE previos que la interpretan.

También en un sentido similar se ha expresado el Tribunal Constitucional. Se desprende de la doctrina del mismo que un juez no puede dejar de aplicar una norma española y optar por la otra comunitaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial. Ahora bien, sí puede inaplicar el derecho nacional si existe ya en un supuesto similar un pronunciamiento del TJUE el órgano judicial. Se afirma así en la STC 232/2015, de 5 de noviembre: "este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para asuntos semejantes (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver, como era el asunto Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa



que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto "aclarado" por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial "materialmente idéntica" planteada en un "asunto análogo" ( Sentencia asunto Cilfit de 6 de octubre de 1982 , apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso"; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ( art. 24.1 CE ) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio , y 290/2006, de 9 de octubre )".

Si estos argumentos no fueran suficientes, se podría interpretar que la Directiva 1999/270 es mecanismo utilizado para registrar y publicar en el DOUE el texto de un acuerdo marco alcanzado entre la Confederación Europea de Sindicatos y las Confederaciones Europeas de Patronales Privadas y Públicas, de forma análoga a lo que ocurre en España con las Resoluciones que reflejan los convenios colectivos y acuerdos marco de distintos ámbitos territoriales, siendo por tanto fuente directa de derecho laboral que contiene norma más favorable y que debe ser aplicada, o, también, que estando el principio de igualdad contenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la normativa nacional no puede contravenir una norma de derecho originario de la Unión Europea y si lo hace debe ser inaplicada.

Por ello, consideramos, como ya lo ha hecho la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de octubre de 2016, Recurso de Suplicación 1872/2016 , en un caso análogo de trabajador temporal de una empresa privada, que, los jueces de lo social españoles estamos obligados a aplicar el contenido de dicha sentencia, con prioridad sobre el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores .

En consecuencia debe fijarse una indemnización por extinción de contrato, teniendo en cuenta la antigüedad y salario fijados en los hechos probados primero y cuarto de la sentencia, de dos mil cuatrocientos ochenta y tres euros con ochenta y dos céntimos (2.483,82 euros), que deberá abonar la empresa ESA Ulla Salnés S.L. y de cuyo importe deberá deducirse la eventualmente abonada por la citada empresa, por lo que debe estimarse parcialmente el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el GRADUADO SOCIAL D. JOSÉ MANUEL ROGET LEMUS, en nombre y representación de D. Geronimo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Santiago de Compostela, en fecha veintitrés de febrero de 2016 , en autos seguidos por el RECURRENTE frente a las empresas ESA ULLA SALNÉS S.L., ESA BETANZOS FERROLTERRA y NORTE FORESTAL S.A., en los que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada, condenando a la EMPRESA ESA ULLA SALNÉS S.L. a que abone al actor recurrente una indemnización por extinción del contrato en cuantía de de dos mil cuatrocientos ochenta y tres euros con ochenta y dos céntimos (2.483,82 euros), de cuyo importe deberá deducirse la eventualmente abonada por la citada empresa, manteniendo los pronunciamientos absolutorios contenidos en la sentencia, respecto al despido denunciado.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).



Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ