



Roj: **STSJ CL 4597/2018 - ECLI: ES:TSJCL:2018:4597**

Id Cendoj: **47186340012018102144**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2018**

Nº de Recurso: **2015/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02136/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 24089 44 4 2018 0000489

Equipo/usuario: MAH

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002015 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000170 /2018

RECURRENTE/S D/ña Hernan , RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO S.A. , RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO S.A.

ABOGADO/A: RAUL MARTINEZ TURRERO, ENRIQUE MADRIGAL FERNANDEZ , ENRIQUE MADRIGAL FERNANDEZ

PROCURADOR: LEIRE RODRIGUEZ HERNANDO, MIGUEL ANGEL SANZ ROJO , MIGUEL ANGEL SANZ ROJO

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

RECURRIDO/S D/ña: Hernan , RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO S.A. , RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO S.A. , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO/A: RAUL MARTINEZ TURRERO, ENRIQUE MADRIGAL FERNANDEZ , ENRIQUE MADRIGAL FERNANDEZ , LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: LEIRE RODRIGUEZ HERNANDO, MIGUEL ANGEL SANZ ROJO , MIGUEL ANGEL SANZ ROJO ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

Ilmos. Sres. Recurso nº: **2015/2018** R.L.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente

D. José Manuel Riesco Iglesias



D. Rafael Antonio López Parada/ En Valladolid a catorce de Diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 2015 de 2.018, interpuesto por RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. y Hernan contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de León en el Procedimiento Despido/ Ceses en General nº 170/2018, de fecha 1 de Junio de 2018, en demanda promovida por Hernan contra RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., RENFE OPERADORA y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO OBJETIVO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de Febrero de 2018, se presentó en el Juzgado de lo Social de León Número 2, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: " 1º.- *El/la trabajador/ a Hernan , mayor de edad, DNI núm. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., dedicada a la actividad de mantenimiento de máquinas y vagones para RENFE OPERADORA. 2º.- Antigüedad: desde 1 de julio de 2013. Periodos: desde 1 de julio de 2013 para TRANSERVI, S.A. Desde 23 4 2016 para RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. 3º.- Categoría profesional: originariamente oficial de 2ª. Actualmente operador de mantenimiento y fabricación. 4º.- Salario, tiempo y forma de pago: salario bruto día de 78,65 euros, comprendida la prorrata de pagas extraordinarias. 5º.- Lugar de trabajo: en el centro de trabajo sito en la localidad de León (en las naves de mantenimiento de máquinas y vagones, situadas en Calle Gómez de Salazar, s/n.). 6º.- Modalidad del contrato: indefinido. Según el contrato con TRANSERVI, S.A. era 401 (de duración determinada, por obra y servicio a tiempo completo.) En RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. figura contratado desde 23 4 2016 con un contrato 410 (duración determinada tiempo completo interinidad) 7º.- Duración del contrato: indefinido. 8º.- Jornada completa. 9º.- Características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido: calderero-chapista y soldador en la zona de bojes. 10º.- Fecha del despido: 4 de enero de 2018, con efectos a fecha 4 de enero de 2017 (sic). 11º.- Forma del despido: escrito, carta de despido. 12º.- Causas invocadas para el mismo, en su caso, en resumen: "la no superación del proceso de selección al que usted se ha presentado". 13º.- Hechos acreditados en relación con dichas causas: En 2017 RENFE convocó pruebas de selección para Ingreso de Personal Laboral Fijo para Consolidación de Empleo Temporal en el grupo RENFE y Tasa de Reposición en el Grupo Renfe y Constitución de Bolsas de Reserva. Entre las plazas ofertadas estaban: 115 puestos de operadores de ingreso de mantenimiento y fabricación. La convocatoria no concreta los puestos convocados, se remite a la resolución, "en atención a las necesidades". Hernan se presentó a dichas pruebas, no superó las pruebas. No consta que haya sido sustituido por trabajador aprobado en dichas pruebas. 14º.- El/a trabajador/a no ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, ni consta esté sindicado/a. 15º.- Otras circunstancias relevantes para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso: se indemnizó con 2.686,55 euros. 16º.- Presentada papeleta de conciliación en fecha 29 1 18 se intentó la conciliación ante el servicio de mediación de la Junta en fecha 14 2 18 concluyendo la misma con el resultado de sin avenencia respecto a RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. y sin efecto respecto a RENFE OPERADORA."*

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A. y Hernan fue impugnado por Hernan y RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A.. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de los autos el trabajador impugnaba su despido, pidiendo la declaración de nulidad del mismo, o subsidiariamente su improcedencia. La sentencia de instancia ha estimado la pretensión subsidiaria (improcedencia del despido) y contra la misma recurren ambas partes. El trabajador pidiendo la declaración de nulidad y la empresa la desestimación completa de la demanda con la consecuencia de declaración de la procedencia del despido. Por razones de orden lógico comenzaremos por analizar los



motivos de revisión de hechos probados amparados en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social formulados por ambas partes.

En primer lugar quiere introducir la empresa un nuevo hecho probado para decir que tanto la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora como la Sociedad Mercantil Estatal Renfe-Fabricación y Mantenimiento, están integradas en el sector público. El concepto "sector público" es un concepto jurídico, por lo que lo que podrá incorporarse a los hechos probados son los datos precisos para aplicar posteriormente el mismo. En todo caso el régimen jurídico de ambas personas es objeto de regulación legal y reglamentaria conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que creó la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, como organismo público de los previstos en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como en el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Renfe-Operadora y finalmente en el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, donde se regula la constitución de cuatro sociedades mercantiles estatales de las previstas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, una de las cuales es la demandada RENFE Fabricación y Mantenimiento S.A., que asume "las funciones y obligaciones que en la actualidad desarrolla la unidad de negocio o área operativa de fabricación y mantenimiento de RENFE-Operadora". Por lo demás todo lo relativo a la integración de las dos entidades demandadas en la noción de sector público (concepto que además es variable según el sector del ordenamiento jurídico administrativo de que se trate) habrá de plantearse dentro de los motivos de fondo jurídico.

El trabajador por su parte quiere introducir en primer lugar una adición al ordinal décimo tercero de los hechos probados con el siguiente texto:

"El demandante fue el único trabajador despedido por RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A. con motivo de las pruebas convocadas y de la adjudicación de plazas".

Para acreditar ese hecho se invoca en primer lugar un escrito procesal de la propia parte (que figura en el expediente digital como archivo PDF con el nombre "ESC 0005891 2018 MEDIOS DE PRUEBA Hernan FIRMADO.PDF FE.PRE 09 05 2018") y por el cual solicita la práctica, entre otras, de una determinada prueba documental, en concreto las cartas de despido enviadas por ambas entidades demandadas "durante el mes de enero de 2018 en virtud de la no obtención de plaza por trabajadores que habían obtenido plaza en el proceso selectivo", aclarando además que "la documental solicitada se dirige a probar que el actor fue el único despedido por la empresa, por las razones alegadas por ésta, en el momento en que se incorporaron los trabajadores que habían obtenido plaza en el proceso selectivo". Ese escrito en principio sería inútil a los efectos de revisión de hechos probados, pero sirve para interpretar el resultado de la prueba documental practicada cuando las empresas RENFE fabricación y mantenimiento S.A. y RENFE Operadora, en un escrito conjunto (PDF "ESC 0006349 2018 ESCRITO APORTANDO PRUEBA REQUERIDA POR PROVIDENCIA DEL JS N 2 DE LEON FE.PRE 17 05"), manifiesta literalmente lo siguiente como respuesta:

"Cartas de despido enviadas por Renfe-Fabricación y Mantenimiento S.M.E. y Renfe-Operadora durante el mes de enero de 2018 en virtud de la no obtención de plaza por trabajadores que ya prestaban servicio en la misma. Solo se envió la del actor. Se adjunta el listado de adjudicación de plazas y bolsas de reserva de la convocatoria. Están coloreados los trabajadores en situación de interinidad a enero de 2018. Coloreados en amarillo los que obtuvieron plaza, en verde los que fueron incluidos en la bolsa de reserva y en azul los tres compañeros del actor, en su misma situación, que superaron el proceso de selección. El actor, único en su situación que suspendió, fue el único despedido cuando tomó posesión de la plaza que ocupaba en León uno de los trabajadores aprobados en la convocatoria".

Por tanto ha de considerarse acreditado, por ser hecho conforme, que solamente se despidió al actor por esta causa, si bien la empresa alega que de los trabajadores susceptibles de ser despedidos por la misma causa solamente concurría la misma en el actor, por ser el único que suspendió y no obtuvo plaza. Lo que consta en los hechos probados de la sentencia de instancia es meramente que "Hernan se presentó a dichas pruebas, no superó las pruebas" y "No consta que haya sido sustituido por trabajador aprobado en dichas pruebas". No obstante en los fundamentos de Derecho se considera acreditado no solamente que el demandante no superó las pruebas a las que se había presentado, sino también que hubo otro trabajador (Héctor) que tampoco pasó las pruebas y que no ha sido despedido, si bien este otro trabajador tiene otro tipo de contrato distinto, de obra o servicio determinado, cuya duración no ha finalizado. La relevancia de todo ello habrá de valorarse en su caso al resolver sobre los motivos de fondo jurídico.

El trabajador quiere además adicionar a los hechos probados el iter procesal de sus anteriores litigios con la empresa, dejando constancia en definitiva que era trabajador de la subcontratista Transervi, que la Inspección



de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de infracción por entender que se producía cesión ilegal de trabajadores y el trabajador formuló demanda por despido, que fue declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, en sentencia del Juzgado de lo Social posteriormente confirmada por esta Sala en vía de suplicación. Que posteriormente se produjeron varios incidentes en ejecución de sentencia y que se produjo un nuevo litigio por el cual el demandante reclamó las diferencias salariales del año anterior a su despido, estando ese proceso pendiente cuando se produjo el actual despido. Todo ello resulta de los documentos invocados, por lo que puede adicionarse el texto pretendido, sin valorar ahora su relevancia sobre el sentido del fallo.

SEGUNDO.- Fijados por tanto los hechos probados, hemos de pasar a resolver los motivos de fondo jurídico amparados en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social. En primer lugar ha de resolverse el motivo de fondo jurídico planteado por la empresa, en relación con la eventual caducidad de la acción de despido, que cerraría el litigio sin permitir entrar en el fondo. Sostiene la empresa que se han vulnerado el artículo 69 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El despido se produce el 4 de enero de 2018, con efectos de ese mismo día (salvando un obvio error material). El trabajador presenta papeleta de conciliación el 29 de enero de 2018, que se intenta sin avenencia el 14 de febrero de 2018, presentándose ese mismo día la demanda. Sostiene el recurso que el trámite previo a la demanda contra las entidades aquí demandadas era la reclamación administrativa previa y que, desaparecida la misma por aplicación de la Ley 39/2015, la incorrecta interposición de papeleta de conciliación no suspende el plazo de caducidad de la acción de despido, por lo que cuando se presentó la demanda dicha acción estaba caducada.

Pues bien, en este caso consta probado que el trabajador presta servicios para la sociedad anónima estatal RENFE FABRICACION Y MANTENIMIENTO, que a su vez presta servicios para la entidad pública empresarial RENFE OPERADORA, habiendo sido despedido por su empresa empleadora. No cabe duda de que el trámite previo a la demanda había de ser la conciliación en relación con la sociedad anónima empleadora, puesto que la misma no estaría incluida, ni siquiera antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, dentro del ámbito del artículo 69.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, que solamente se refiere "al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos", sin incluir a las sociedades mercantiles, aunque sean de capital público. Se plantea la duda exclusivamente en relación con la codemandada RENFE OPERADORA, que es entidad de Derecho Administrativo en su forma de personificación, aunque desarrolle actividades empresariales sujetas al Derecho privado, pero esta no es la entidad empleadora, sino que es incluida en la demanda sin que del contenido de la misma resulte justificación alguna para ello, puesto que nunca ha sido empleadora del actor y no se explica qué relación pudiera tener con la pretensión ejercitada, ya que solamente es mencionada en el encabezamiento y en el posterior suplico de la demanda.

El artículo 64.2.a de la Ley de la Jurisdicción Social excepciona del trámite de conciliación previa aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, pero todo ello "siempre que la pretensión hubiera de someterse al agotamiento de la vía administrativa y en ésta pudiera decidirse el asunto litigioso".

El artículo 69.1 de la Ley de la Jurisdicción Social dice que "para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable".

Por tanto para que, a efectos del artículo 64.2.a, la pretensión haya de someterse al agotamiento de la vía administrativa, excluyendo así la obligatoriedad de conciliación, no basta, conforme al artículo 69.1, que se demande al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, sino que también es preciso que el agotamiento de la vía administrativa "proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable". Como quiera que en este caso no existe procedimiento alguno de agotamiento de ninguna vía administrativa previa, dado que ha desaparecido la reclamación administrativa previa por disposición de la Ley 39/2015, la inclusión de una entidad pública como codemandada no puede dar lugar a la exclusión del acto de conciliación, máxime porque la empleadora, que es quien lógicamente puede pactar sobre las pretensiones de la demanda, no está excluida de dicho trámite.

Pero además habría que analizar si la entidad pública RENFE Operadora puede ser o no excluida, si fuera la única demandada, del trámite de conciliación administrativa previa, puesto que con la actual redacción de la Ley de la Jurisdicción Social, tras la supresión de la reclamación administrativa previa por la Ley 39/2015, ha quedado vacía de contenido en el ámbito de las demandas en materia de contrato privado de trabajo celebrado por las Administraciones y entes públicos la exclusión prevista en el artículo 64.1 de nuestra ley



jurisdiccional ("los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa"). Aún así se ha mantenido por la jurisprudencia la exención del trámite de conciliación previa para las Administraciones Públicas, pero con la justificación de la prohibición de transacción que les afecta, contenida para el caso del Estado en el artículo 7.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que dice que "sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno".

Ocurre que el concepto de Hacienda Pública estatal, de acuerdo con el artículo 5.1, solamente se refiere al "conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos", lo que no incluye a entidades públicas empresariales como RENFE Operadora ni a sociedades mercantiles estatales, aunque las mismas sí estén incluidas en el concepto más amplio de "sector público" del artículo 3 de la misma Ley, pero dentro del subtipo de "sector público empresarial", que no tiene prohibida la negociación y transacción judicial o extrajudicial. No puede confundirse el concepto "sector público" con el de "Hacienda Pública", puesto que solamente esta segunda está afectada por la prohibición de transacción prevista en la legislación presupuestaria. Por consiguiente, cuando no es de aplicación ningún trámite previo de agotamiento de la vía administrativa, como aquí ocurre, no encuentra esta Sala justificación normativa alguna para excluir las demandas contra entidades del sector público empresarial o fundacional, que no tienen prohibida la transacción judicial o extrajudicial, del trámite obligatorio de conciliación previa.

El motivo es desestimado.

TERCERO.- El siguiente motivo de suplicación de las empresas, amparado también en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 1 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora, de los artículos 103, 106 y 111 y 117 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, de los artículos 55 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, así como de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sostienen las recurrentes que se trata de entidades del sector público, una como entidad de Derecho Público con actividad mercantil y la otra como sociedad estatal y que por ello el actor, que ingresó al servicio de la sociedad anónima como consecuencia de su ejercicio del derecho de opción por estar siendo objeto de tráfico ilícito mediante cesión de trabajadores ilegal, conforme al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, debe ser considerado como trabajador indefinido no fijo, porque en otro caso se estaría vulnerando la normativa constitucional, legal y reglamentaria sobre acceso a los empleos públicos con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por consiguiente la cobertura de la plaza que ocupaba debe dar lugar a la extinción lícita de su contrato.

Ese argumento ha de ser rechazado por lo siguiente:

a) La conclusión de la fijeza del actor se impone por aplicación de una norma con rango de Ley, que es el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Frente a ello no pueden alegarse normas de inferior rango, como son las de naturaleza reglamentaria. Y respecto a las de igual rango legal, debe aplicarse un principio de especialidad, puesto que no habiendo sido derogado el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores por ninguna de ellas, la determinación de fijeza plena en la relación laboral no puede ser excluida por las normas que se invocan.

b) El problema por tanto se plantearía por contradicción entre el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y normas constitucionales de superior rango, como son los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, que establecen los principios de igualdad, mérito y capacidad como criterios de acceso al empleo público. Es esa contradicción la que llevó a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a crear, por vía interpretativa, la figura del trabajador indefinido no fijo, como forma de conciliar las consecuencias previstas por la legislación laboral en los casos de incumplimiento de las normas que disciplinan la contratación, con los indicados preceptos constitucionales.

c) En este caso no cabe hacer excepción de la normativa laboral como vía de conjugar la misma con las indicadas exigencias constitucionales por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, esas exigencias constitucionales no son de aplicación a este caso por dos razones:

Primera.- Porque el artículo 23.2 de la Constitución no es aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, tal y como dijo el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido a recoger mucho más recientemente en sentencias de 20 de octubre de 2015 (recurso 172/2014) y 6 de julio de 2016 (recurso 229/2015), que forman ya jurisprudencia por su



reiteración, con una afirmación tajante: "Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2; y 30/2007, de 15/Febrero, FJ 8)". Es cierto que tal afirmación no parece compatible con la supervivencia de la noción de trabajador indefinido no fijo, incluso en el sector público administrativo, pero la jurisprudencia de la Sala Cuarta no ha abordado todavía dicha contradicción;

Segunda.- Porque el artículo 23.2 de la Constitución no es aplicable a las sociedades mercantiles públicas, como es la empleadora del trabajador en este supuesto y por tanto en las mismas no pueden existir "trabajadores indefinidos no fijos". Así lo establece tajantemente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de septiembre de 2014 (RCUD 2323/2013) y 6 de julio de 2016 (recurso 229/2015). En esta última afirma, tras citar literalmente la de 20 de octubre de 2015 (recurso 172/2014): "Esas afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE". Y también: "A) Tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria. La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión. TRAGSA no está obligada a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública, en los términos planteados por el recurso. Desde esa perspectiva, no puede hablarse de un derecho de los ciudadanos (acceder a un empleo en esa entidad) que sea vulnerado por la regulación del convenio. B) Doctrina constitucional y de esta Sala Cuarta conducen a que no pueda aplicarse el régimen de acceso al empleo público a la contratación laboral de TRAGSA. Ello, claro está, sin perjuicio de que sea deseable y lógico que se actúe con arreglo a esos principios, tal y como el convenio colectivo impugnado intenta". Lo dicho en relación con la sociedad mercantil estatal Tragsa es plenamente aplicable a cualquier otra sociedad mercantil pública, como es la Sociedad Mercantil Estatal Renfe-Fabricación y Mantenimiento.

Sostiene después el recurso que el contrato del actor previo a su despido era un contrato temporal de interinidad por vacante, pero tal afirmación no es correcta, puesto que el trabajador se incorporó a la empresa, como ha quedado acreditado (con todas las precisiones introducidas por la revisión de hechos probados en cuanto a las vicisitudes judiciales), en aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo número 4 dice:

"Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

Por consiguiente el trabajador tenía la condición de fijo en la sociedad anónima empleadora. No cabía convocar su plaza para su cobertura por otro trabajador ni alegar dicha cobertura para extinguir su contrato.

En cuanto a lo alegado en el punto tercero, donde justifica la obligatoriedad de presentarse a un proceso de selección para acceder al empleo público en el Grupo-Renfe, ya se ha dado respuesta anteriormente. La presentación del trabajador a las pruebas selectivas no afecta a todo lo dicho, puesto que no puede implicar renuncia a derechos, que sería ilícita y ni siquiera puede interpretarse como una renuncia tácita a la fijeza.

Lo manifestado en los puntos cuatro, cinco, seis y ocho carece de lógica y sentido en este punto del recurso, puesto que todos estos supuestos elementos de vulneración de derechos fundamentales no han sido estimados como motivos de la declaración de improcedencia, sino que la sentencia de instancia los desestima como causas de nulidad. Lo dicho en estos puntos del recurso, por tanto, habrá de tomarse en cuenta exclusivamente, si fuera preciso, como si formase parte de la impugnación del recurso del trabajador.

Y lo manifestado en el punto siete no es sino una ampliación de parte de lo dicho en el punto tres, debiendo reiterarse por ello que, independientemente del motivo por el cual el trabajador optase por presentarse a las pruebas, esa conducta no puede implicar renuncia a derechos, que sería ilícita y ni siquiera se puede interpretar como una renuncia tácita a la fijeza.

Por tanto el motivo de recurso es desestimado y, con él, el recurso de suplicación presentado por RENFE Operadora y Renfe-Fabricación y Mantenimiento S.A. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 500 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social,



debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

CUARTO.- Finalmente el motivo del recurso del trabajador amparado en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social denuncia la vulneración de los artículos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en los artículos 122.2.a, 108.2 y 181.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y artículos 14 y 24 de la Constitución Española. Sostiene en definitiva el trabajador que su despido debió ser declarado nulo, primero porque constituye una reacción de represalia contra el ejercicio de acciones por el trabajador como consecuencia de haber reclamado sus derechos en litigios anteriores, debido a la situación de cesión ilegal a la que había sido sometido, máxime cuando ya su primer despido se declaró nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, para su pleno cumplimiento fue preciso acudir al trámite de ejecución judicial y además tenía litigios pendientes con la empresa empleadora por motivos salariales, resultando además que fue el único trabajador despedido por la causa invocada y que otro trabajador que suspendió el examen no fue despedido.

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la garantía de indemnidad, manifestada entre otras muchas en sentencias de 18 de febrero de 2008 (RCUD 1232/2007), 26 de febrero de 2008 (RCUD 723/2007), 29 de mayo de 2009 (RCUD 152/2008), 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011), 29 de enero de 2013 (RCUD 349/12), 4 de marzo de 2013 (RCUD 928/2012), 5 de julio de 2013 (RCUD 1374/2012), 5 de julio de 2013 (RCUD 1683/2012), 11 de noviembre de 2013 (RCUD 3285/2012), 14 de mayo de 2014 (RCUD 1330/2013), 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014) ó 13 de diciembre de 2016 (RCUD 2059/2015), es la siguiente:

-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 (con apoyo en las SSTC 14/1993, de 18 de Enero; 125/2008, de 20 de Octubre y 92/2009, de 20 de Abril).

-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 de la tutela judicial efectiva, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo según el art. 4.2 apartado g ET (SSTC 76/2010, de 19 de Octubre ; 6/2011, de 14 de Febrero y 10/2011, de 28/Febrero, entre otras). Y asimismo se impone aclarar que tampoco es preciso que la medida de represalia 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.

-En el ámbito de la tutela derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el artículo 181.2 LRJS al establecer que, en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

-A tales efectos se recuerda por Tribunal Constitucional 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 artículos 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre ; 138/2006, de 8 de Mayo ; y 342/2006, de 11 de Diciembre entre otras).

-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 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 o vulneración del derecho en cuestión (SSTC 92/2008, de 21 de Julio ; 125/2008, de 20 de Octubre y 2/2009, de 12 de enero).

-Presente la prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún 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 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 (SSTC 183/2007, de 10 de Septiembre; 257/2007, de 17 de Diciembre; 74/2008, de 23 de Junio ; 125/2008, de 20 de Octubre; y 92/2009, de 20 de abril).

En este caso no cabe duda de que habiendo existido un previo despido declarado nulo por sentencia firme por su naturaleza de represalia vulneradora de la garantía de indemnidad y manteniéndose la situación de litigio en el momento del segundo despido, existe un panorama indiciario que obliga a la empresa a acreditar que los motivos del despido han sido totalmente ajenos al previo litigio judicial, conforme al artículo 181.2 de la Ley de la Jurisdicción Social. Y ello no lo ha conseguido en este caso por cuanto:

a) La causa del despido es precisamente la negativa a reconocer las consecuencias de la anterior sentencia judicial que obligaba a la readmisión en la empresa cedente y la situación de fijeza del trabajador consecuencia de la situación de cesión ilegal de trabajadores contra la que reclamó;

b) La causa de extinción contractual alegada carece de fundamento, como se ha visto e incluso desde la perspectiva de la improcedencia, como se manifiesta en la sentencia de instancia, no era correcta ni clara la identificación de los puestos convocados para poder asegurar que uno de ellos era precisamente el del trabajador, ni su puesto fue cubierto por ninguno de los aprobados; por otra parte la convocatoria carecía de causa para incluir la plaza del trabajador, dado que éste era fijo y ocupaba su plaza de pleno derecho, como se ha dicho, como consecuencia del ejercicio de la acción por cesión ilegal con motivo de su primer despido;

c) Ha sido el único trabajador despedido por esa causa, a pesar de que otro trabajador suspendió también el examen, sin que exista una diferencia entre ellos relevante, porque el contrato del actor no era temporal ni estaba vinculado a un determinado puesto, por lo que no puede decirse que hubiera terminado, como tampoco el del otro trabajador.

d) No existen datos concretos probados sobre la situación de otros trabajadores que pudieran encontrarse en la misma situación del actor y se pudieran haber incorporado a la empresa como consecuencia de la cesión ilegal.

Por tanto el recurso del trabajador debe ser estimado y debe condenarse a la empresa empleadora a readmitir al trabajador en su puesto, en las mismas condiciones que regían antes del despido y a abonar los salarios dejados de percibir, sin que la condena pueda extenderse a la entidad RENFE Operadora, puesto que no es la empleadora del trabajador y no se alega ninguna circunstancia, ni la misma resulta de los hechos probados de la sentencia de instancia, que permitan extender a la misma dicha condena.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D^a Enrique Madrigal Fernández en nombre y representación de RENFE Operadora y Renfe-Fabricación y Mantenimiento S.A. contra la sentencia de 1 de junio de 2018 del Juzgado de lo Social número dos de León en los autos número 170/2018. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 500 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos. Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Raúl Martínez Turrero en nombre y representación de D. Hernan contra la misma sentencia, revocamos el fallo de la misma y, en su lugar, declaramos la nulidad del despido impugnado, condenando a la Sociedad Mercantil Estatal Renfe-Fabricación y Mantenimiento a la readmisión del actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de su despido, con abono de los salarios dejados de percibir.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.



Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 2015 18 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.