



Roj: **STS 749/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:749**

Id Cendoj: **28079140012018100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **842/2016**

Nº de Resolución: **185/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13596/2015,**  
**STS 749/2018**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 842/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 185/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Francisco , representado y asistido por la letrada D<sup>a</sup>. Elena Rubio Martínez de la Hidalga, contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 324/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2014 , recaída en autos núm. 253/2014, seguidos a instancia de D. Jose Francisco , contra la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, sobre Despido.

Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid, representado y asistido por el letrado de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



«PRIMERO.- D. Jose Francisco ha venido prestando servicios para el Consorcio Regional de Transportes desde el 1-9-095 como técnico superior de aplicaciones informáticas percibiendo una retribución anual de 18.000 euros brutos.

SEGUNDO.- La relación se articula mediante contrato verbal, dándose de alta el actor en el régimen especial de autónomos de la Seguridad Social, girando facturas mensuales a la Entidad demandada por importe de 2.382,07 euros (f.583).

Posteriormente con fecha 20-12-05 se publica convocatoria para cubrir plaza de "Coordinador del Centro de Control Remoto del Plan de Intercambiadores", figurando como plazo de ejecución el 31 de diciembre de 2006, siendo adjudicada la plaza al actor. Emitió facturas en concepto de "Primera parte de los trabajos de asistencia de un Técnico Superior Especialista en relación con los Intercambiadores de Transportes", por importe de 2.370,69 euros cada mes. Por resolución del Director Gerente del Consorcio de Transportes de fecha 26 de diciembre de 2006 se acuerda prorrogar dicho contrato para el año 2007. Durante 2007 emite facturas por importe mensual de 2.370,69 euros a los que se aplica IVA y retención IRPF.

Con fecha 20 de diciembre de 2007 se publica convocatoria para cubrir la plaza de "Desarrollo de aplicaciones informáticas en el entorno de dispositivos HSM", constando como lugar de ejecución la Comunidad de Madrid y plazo de ejecución 31 de diciembre de 2008, siendo adjudicada la plaza al actor, percibiendo como retribución el importe de las facturas que giraba mensualmente por importe de 2.609,48 euros. Dicho contrato se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2009. El importe facturado ese año es de 2.392,24 euros por mes.

Con fecha 23 de diciembre de 2009, se publica convocatoria para cubrir plaza de "Desarrollos, especificaciones y generación de herramientas informáticas para el control de calidad de los datos de los sistemas de billeteaje y de ayuda a la explotación" constando como plazo de ejecución 31 de diciembre de 2010, siendo adjudicada la plaza al actor, percibiendo el importe mensual según facturas de 2.931,03 euros. Dicho contrato se prorroga hasta el 31-11-11. Las facturas se emiten por un importe de 2.040,96 euros cada mes.

Durante el año 2012 se efectúan facturaciones por un importe de 20.000 euros más 3.480 de retenciones (f. 186), siendo el objeto del servicio "Análisis y pruebas sobre las aplicaciones de gestión de la explotación de los datos de la tarjeta de Transporte S/C fase I, fase II, fase III", "Análisis Técnico de Incidencias en relación con la TTP "sin contactos" del proyecto BIT", "Desarrollo de una herramienta para explotar los datos según ontología TTP Desfire, Fase I. Estudio de datos disponibles".

Desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de la extinción siguió con la facturación mensual en iguales términos que en el ejercicio anterior, por importe de 17.994 euros más 3.778,87 de retenciones (f. 197).

TERCERO.- El actor ha desarrollado su servicio en las instalaciones del Consorcio Regional de Transportes en una jornada laboral de 37 horas, ajustado a las condiciones y horarios del resto de trabajadores de la entidad. El actor no fichaba, pero se controlaba su horario por parte de su superior jerárquico que era D. Anibal , en un primer momento y después D. Augusto . Disponía de tarjeta de visita del Consorcio Regional de Transportes de Madrid (f. 212). Su puesto de trabajo se ubicaba en el centro de trabajo, integrado en el Área de Innovación Tecnológica, actualmente Área de sistemas, utilizando las herramientas y medios de trabajo facilitados por el Consorcio y tenía un correo electrónico propio igual que el resto del personal del Consorcio y acceso a las claves del sistema de red del Consorcio. Las vacaciones se le autorizaban en coordinación con el trabajo del Área. Recibía instrucciones del personal del Consorcio dentro del Área citada. Participaba en cursos de formación interna y asistía a reuniones de dicha Área (correos electrónicos y testifical Sr. Anibal ).

CUARTO.- En fecha 17-12-13 el actor presentó reclamación previa frente al Consorcio Regional de Transportes solicitando se reconociera que mantenía una relación laboral.

QUINTO.- El 15-1-14 remite otro burofax para dejar constancia de que cuando se reincorpora a su puesto de trabajo el día 7-1-14 el Secretario General del Consorcio, D. Constancio , le informa que no contaban con él y debía recoger sus efectos personales y abandonar inmediatamente las instalaciones.

SEXTO.- El actor fue despedido verbalmente el 7-1-14.

SÉPTIMO.- En la ejecución de su trabajo el actor se ha dedicado en el Consorcio de Transportes de Madrid a dos funciones fundamentales: el desarrollo, definición de requerimientos y planes de pruebas para los centros de control de los intercambiadores de transporte; y el desarrollo de planes de pruebas software y hardware en relación con las tarjetas inteligentes sin contacto del proyecto BIT de la Comunidad de Madrid. No consta que dichos proyectos hayan concluido en su integridad.

OCTAVO.- Conforme al Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, con la categoría de analista de sistemas, le correspondería un salario anual, con antigüedad incluida, de 33.498,74 euros, y



como Analista de programas de 27.008,16 euros. El actor tiene titulación de Técnico Superior en Desarrollos de Aplicaciones Informáticas (F.P.).

NOVENO.- Se presentó reclamación previa el 22-1-14».

La parte dispositiva de dicha sentencia fue aclarado por auto de fecha 15 de diciembre de 2014, siendo del tenor literal siguiente:

«Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO en parte la demanda formulada por D. Jose Francisco contra CONSORCIO REGIONAL DE TRANSPORTES-CONSEJERÍA DE TRANSPORTES, INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, declarando la nulidad del despido condenando a la Entidad demandada a su readmisión en el mismo puesto de trabajo con la categoría de Analista Programador, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 7-1-14 hasta la readmisión, a razón de 73,99 euros diarios, descontando, en su caso, en ejecución, lo percibido en otro empleo, durante ese lapso, o los períodos de incapacidad temporal si los hubiere».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Comunidad de Madrid ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID -CONSEJERÍA DE TRANSPORTES, INFRAESTRUCTURAS Y VIVIENDA-, contra la sentencia de 19 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid, en autos número 253/2014, seguidos a instancia de don Jose Francisco contra la recurrente, en materia de despido y en su consecuencia revocamos en parte aquella, y con estimación en parte de la demanda declaramos que el cese del demandante constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 17.534,91 euros.

En el caso de que la empresa opte por la readmisión del actor, debo condenarla a abonarle la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario indicado de 49,29 euros diarios.

Sin costas».

**TERCERO.-** Por la representación de D. Jose Francisco se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 5 de mayo de 2015 (rec. 139/14): Primer motivo y de fecha 18 de febrero de 2008 (rec. 1232/07): Segundo motivo, no citadas en preparación y en interposición del recurso.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

**QUINTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Por la representación letrada de D. Jose Francisco se ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de octubre de 2015, Rec. 324/2015 que revocó la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, que había calificado el despido como nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. La sentencia recurrida estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid declaró la improcedencia y fijó una retribución inferior a la establecida por la sentencia de instancia.

**2.-** Constituyen circunstancias relevantes para el examen del recurso y, especialmente, para la comprobación de la contradicción alegada, que se extraen de los antecedentes fácticos de esta resolución, las siguientes: 1) El demandante había venido prestando servicios para el Consorcio Regional de Transportes de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid desde el 1 de septiembre de 1995 como técnico superior de aplicaciones informáticas, mediante sucesivos contratos formalmente administrativos. 2) El actor ha desarrollado su actividad en las instalaciones del Consorcio Regional de Transportes en una jornada



laboral de 37 horas, ajustado a las condiciones y horarios del resto de trabajadores de la entidad. 3) Aunque el actor no fichaba, se controlaba su horario por parte de su superior jerárquico, disponía de tarjeta de visita; su puesto de trabajo estaba integrado en el Área de Innovación Tecnológica, actualmente Área de sistemas, utilizando las herramientas y medios de trabajo facilitados por el Consorcio y tenía un correo electrónico propio igual que el resto del personal del Consorcio y acceso a las claves del sistema de red del Consorcio. 4) Las vacaciones se le autorizaban en coordinación con el trabajo del Área. 5) Recibía instrucciones del personal del Consorcio dentro del Área citada. 6) En fecha 17 de diciembre de 2013 el actor presentó reclamación previa frente al Consorcio Regional solicitando la declaración de relación laboral. 7) El demandante fue despedido verbalmente el 7 de enero de 2014.

Las relatadas circunstancias llevaron a calificar la relación como laboral indefinida no fija, tanto por la sentencia de instancia de instancia como por la de suplicación. Sin embargo, la sentencia recurrida rechazó la nulidad del despido al entender que el cese del actor no tenía su origen en una represalia de la Administración y ello porque, aunque es cierto que se produce poco tiempo después de que formulara la reclamación previa y no se hubiera acreditado por la demandada que el actor conociera con anterioridad a que se produjera el cese que su contrato se iba a extinguir, la Sala valora las diversas circunstancias concurrentes entendiéndolo que no es suficiente que exista una reclamación previa para ya considerar que ha existido una represalia. En la misma sentencia se fijó la retribución en 17.994 euros, por entender que no se podían computar las 3.778,87 que se le retenían al actor, por no figurar en el relato fáctico que se tratase de conceptos que pudieran calificarse como salariales y sin que se pueda fijar la retribución que hubiera debido percibir con arreglo a la categoría laboral que le hubiera correspondido al no existir datos en el relato fáctico.

**SEGUNDO.- 1.-** El recurrente en el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de la doctrina señaló un único motivo de contradicción relativo a la nulidad del despido al considerar el mismo una represalia por la reclamación administrativa efectuada, denunciando infracción de los artículos 55.5 ET en relación con el art 24.1 CE e invocando como sentencia de contraste la de esta Sala del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2008 (rcud. 1232/07 ). Ahora bien, en el escrito de formalización del recurso ha fijado dos motivos diferentes: el primero en el que se cuestiona la posible incongruencia *extra petita* al alterar la sentencia recurrida el importe del salario, con invocación, como sentencia de contraste, de la de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2015 (rcud. 139/14 ); y, el segundo motivo, coincidente con el expresado en la preparación del recurso.

**2.-** La Sala no puede admitir el primero de los motivos dada la falta de interrelación entre el escrito de preparación y el de formalización, al no haber sido planteado en el primero de tales escritos, en el que la única materia alegada fue la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad. Es doctrina de la Sala que el núcleo de la contradicción expuesto en el escrito de preparación vincula inexcusablemente el posterior desarrollo de la formalización ( SSTS de 23 de julio de 1996, rcud. 461/1996 y 27 de marzo de 2000, rcud. 2817/99 ). A mayor abundamiento, la sentencia citada en el escrito de interposición para esta cuestión novedosa no lo fue en el de preparación. La parte no puede alterar en su escrito de interposición del recurso los datos exigidos en la identificación de la contradicción producida en la sentencia dictada, a exponer de modo sucinto en la preparación y a desarrollar después en su formalización del recurso. En efecto, tal como prescribe el artículo 221.2 a) LRJS , el escrito de interposición del recurso deberá exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos. Y, de conformidad con lo que disponen los artículos 221.4 y 224.3 LRJS la parte recurrente debe identificar en preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida, sin que puedan ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan cumplido previamente dicho requisito. Así lo establece la doctrina reiterada de esta Sala, (por todas SSTS de 28 de diciembre de 2014 , rcud. 2810/2012, de 17 de junio de 2013 , rcud. 2829/2012 ) según la cual las únicas sentencias que sirven para acreditar la contradicción son las previamente citadas en el escrito de preparación, careciendo de idoneidad para actuar como sentencias de contraste las resoluciones que no hayan sido mencionadas en el referido escrito.

**TERCERO.- 1.-** Para el segundo de los motivos, el relativo a la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad, invoca para sustentar la contradicción nuestra STS de 18 de febrero de 2008 (R. 1232/2007 ) , citada en la preparación. Se trata de una sentencia dictada en unificación de doctrina que estima el recurso de la trabajadora demandante al apreciar la existencia de la vulneración de la garantía de indemnidad y revoca la dictada en suplicación que declaró el despido improcedente y que, a su vez, revocó la de instancia que había declarado la nulidad del despido.



Se contempla en la sentencia referencial un supuesto cuyas características esenciales eran las siguientes: 1) La trabajadora demandante estuvo prestando servicios para una Consejería de la Comunidad Autónoma de Canarias, desde el 2 de mayo de 2002 hasta el cese producido 3 años y 4 meses después, 2) A un primer período en situación de "becado" le siguieron seis contratos administrativos de servicios, para llevar a cabo siempre las mismas funciones en bibliotecas, junto con otros trabajadores de la Administración demandada. 3) El último contrato -el sexto- se firmó el 1 de junio de 2005 estando prevista su conclusión para el 31 de agosto de 2005. 4) Veinte días antes de su finalización, el 2 de agosto, la trabajadora planteó una reclamación previa en la que pretendía la declaración de laboralidad de su vínculo contractual y la condición de indefinida. 5) El 31 de agosto la demandante fue cesada, continuando otras personas la labor que ésta desarrollaba.

La sentencia de contraste considera razonable que quien ha estado vinculada indebidamente a una sucesión de contratos administrativos, pida la laboralidad del contrato para no verse de nuevo obligada a firmar otra incierta renovación, de lo que no cabe deducir que la trabajadora preparara de forma fraudulenta una situación de apariencia de lesión del derecho fundamental. Y al no haber la Administración demandada desplegado actividad probatoria alguna para destruir ese indicio y demostrar que el cese de la empleada obedeció a una decisión objetiva y totalmente alejada del propósito discriminatorio, declara la nulidad del despido por violación de la garantía de indemnidad.

2.- A la vista de lo expuesto, resulta obligado apreciar la existencia de contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS. En efecto, respecto de los hechos, nos encontramos en sendos supuestos en los que existe una identidad total en relación a las pretensiones y a los fundamentos. Así, en ambos casos, sendos trabajadores prestaban servicios para una administración pública, tales servicios eran prestados realmente en régimen de laboralidad y se realizaban en las mismas condiciones que el resto de trabajadores. Sin embargo, en los dos supuestos, los actores habían sido contratados en régimen administrativo a través de sucesivos contratos. Los dos actores presentaron sendas reclamaciones administrativas en las que solicitaban que se declarase que su relación era laboral e indefinida. Y, en ambos supuestos, a los pocos días, la administración demandada les comunicó el cese. Ocurre, además, que en los dos casos, las sentencias de instancia calificaron los despidos como nulos en atención a que, existiendo indicios de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la Administración demandada no había acreditado que el cese obedeciese a un motivo objetivo o razonable. Por otro lado, las pretensiones resultan ser idénticas, como los son los fundamentos, produciéndose respuestas judiciales diferentes que no se fundan en ninguna diferencia relevante, por lo que se impone que se resuelva la contradicción.

No obsta a la existencia de la contradicción el dato de que en la sentencia recurrida, en los dos últimos años, el actor hubiera estado prestando servicios sin cobertura contractual escrita y percibiendo más que si hubiera estado sujeto a un contrato administrativo, pues tales datos nada tienen que ver ni con la solución que adopta la sentencia recurrida ni con la contradicción doctrinal que ha quedado evidenciada, ya que durante ese tiempo no hubo contratación laboral y, según consta en los hechos probados, el actor continuó facturando sus servicios en iguales términos que lo hacía durante el período anterior. Se trata, por tanto, de unas circunstancias que en nada afectan a la calificación del cese ni a la existencia de indicios de vulneración de la garantía de indemnidad ni a la posible concurrencia de una causa objetiva y razonable para el cese que constituyen, como se ha visto, las cuestiones básicas que configuran la contradicción.

**CUARTO.- 1.-** Denuncia el recurrente la infracción del artículo 55.5 ET, en relación con el artículo 24.1 CE, por considerar que la sentencia recurrida yerra al no aplicar la nulidad al despido enjuiciado habida cuenta de que éste se produjo a los pocos días de que el actor interpusiese reclamación previa exigiendo su consideración como personal laboral indefinido. Frente a los indicios existentes, la demandada no aportó una justificación objetiva y razonable que amparase el cese por lo que, según el recurrente no cabía otra solución que la nulidad del despido.

2.- La cuestión ha sido examinada reiteradamente por esta Sala en múltiples ocasiones, entre otras, en las SSTs de 18 de febrero de 2008, rec. 1232/2007 - escogida como de contraste en el presente recurso-; de 26 de febrero de 2008, rec. 723/2007; de 29 de mayo de 2009, rec. 152/2008 y de 13 de noviembre de 2012, rec. 3781/2011; doctrina que resume las más recientes de 4 de marzo de 2013, rec. 928/12; de 14 de mayo de 2014, rec. 1330/2013 y, de manera especial la STS de 11 de noviembre de 2013 rec. 3285/2012 y cuya doctrina debemos seguir en aras de la seguridad jurídica mientras no existan razones suficientes para cambiarla.

Tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional, "el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela



de sus derechos" (SSTC 14/2993, de 18 de enero; 125/2008, de 20 de octubre y 92/2009, de 20 de abril, entre otras). De ello "se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (tutela judicial), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo - art. 4.2 apartado g ET - ( SSTC 76/2010, de 19 de octubre ; 6/2011, de 14 de febrero y 10/2011 de 28 de febrero ). No es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales ( SSTS de 17 de junio de 2008, rec. 2862/2007 y de 5 de julio de 2013, rec. 1683/2012, entre otras).

Como dispone el artículo 181.2 LRJS, en el ámbito de los derechos fundamentales, el legislador ha dispuesto un mecanismo de defensa del derecho fundamental relativo a la prueba, según el que "En el acto del juicio, una vez justificada 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". La evidente dificultad probatoria del móvil antisindical o discriminatorio en una conducta empresarial ha sido tenida en cuenta por el legislador, no para producir, de entrada, una inversión de la carga de la prueba, sino para provocar una aliteración de la misma a través de la exigencia, para el actor, de aportar únicamente indicios racionales de la lesión. Y, aunque el referido artículo 181.2 LRJS no provoca, en puridad, una traslación de la carga de la prueba si que produce determinados efectos en la posición procesal de las partes respecto de la actividad probatoria que conviene reseñar.

Así, por lo que hace referencia al demandante resulta necesario aclarar, a la vista de la expresión de la norma procesal, que es a él a quien le incumbe la carga de proporcionar al juzgador la convicción de la existencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental, quiere esto decir que incumbe al trabajador la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la violación del derecho. De suyo, la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena; sin embargo, tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional, a propósito de un despido supuestamente discriminatorio, al señalar que "para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión" ( SSTC 21/1992, de 14 de febrero y 180/94, de 20 de junio ).

En cuanto al demandado, acreditada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental, le corresponderá "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, trata de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato atentatorio del derecho fundamental en cuestión. Al demandado le incumbe probar, una vez que se hayan constatado los indicios de la violación denunciada, bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio o antisindical, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental ( STS de 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999 ).

**3.-** En el supuesto de autos, el trabajador ha acreditado indicios suficientes para producir el desplazamiento al organismo demandado de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración la referida garantía de indemnidad, el cese se produjo por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Pero lo cierto es que no ofreció ninguno en sentido positivo, como sería la acreditación de que existiese completa desconexión temporal y material entre el ejercicio por el trabajador de la reclamación previa exigiendo la declaración de relación laboral indefinida y el cese acordado por la Administración empleadora. Ante el panorama indiciario, la única explicación que se ofrece es la que la constatación de la irregularidad de su situación exigía que se pusiera fin a la misma para cumplir con las exigencias legales y constitucionales en orden a la contratación. Sin embargo, el incumplimiento de esas exigencias es lo que determinaba que estuviéramos en presencia de una relación laboral que debía calificarse como indefinida no fija y cuya extinción debió producirse por los motivos y a través del procedimiento establecido por la ley. Esto es lo que hubiera podido entenderse como justificación objetiva y razonable; exigencias que en modo alguno pueden predicarse de un cese unilateral y sin causa concreta que se produce, aparentemente, como inmediata reacción al ejercicio legítimo por parte del actor del derecho a obtener una



resolución que acredite el carácter laboral de su prestación de servicios, ante una situación continuada de ilegalidad y fraude consentida por la empleadora.

4.- En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, cabe afirmar que el cese del trabajador recurrente se produjo con violación de la garantía de indemnidad amparada por el artículo 24.-1 CE , por lo que el despido debió ser calificado de nulo, tal como prevé el artículo 55.5 ET . Precepto éste que infringió la sentencia recurrida, por lo que deberá ser estimado el recurso de casación para la unificación de la doctrina, casando y anulando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimando el de tal clase, lo que implica la confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Francisco , representado y asistido por la letrada D<sup>a</sup>. Elena Rubio Martínez de la Hidalga.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 27 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 324/2015 .
- 3.- Resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2014 , recaída en autos núm. 253/2014, seguidos a instancia de D. Jose Francisco , contra la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid, sobre Despido.
- 4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.