



Roj: **STS 1488/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1488**

Id Cendoj: **28079140012013100177**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2013**

Nº de Recurso: **616/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 10497/2011,**
STS 1488/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Muruzábal Arlegui actuando en nombre y representación de D^a Palmira contra la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación núm. 4096/2011, formulado contra la sentencia dictada con fecha 4 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña en autos núm. 156/2010, seguidos a instancia de D^a Palmira frente a la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERIA DO MEDIO RURAL), TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) y EL MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO.

Han comparecido en concepto de recurridos el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERIA DO MEDIO RURAL) y la Letrada D^a Esther Sánchez del Cueto Losada actuando en nombre y representación de TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC).

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña dictó sentencia en la que consta la siguiente parte *dispositiva*: "*Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Palmira contra la CONSELLERIA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA Y SOCIEDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS S.A., debo DECLARAR que la actora ha sido objeto de cesión ilegal desde el 1 de septiembre de 2008, siendo la empresa cedente TRAGSEGA y la cesionaria la CONSELLERIA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA y, por lo tanto, y de acuerdo con lo solicitado, la actora, con antigüedad desde el 1-09-08, tiene la condición de personal laboral indefinido de dicha Consellería, con categoría de Auxiliar de Laboratorio, Grupo IV, Categoría 11 del V CONVENIO COLECTIVO UNICO del Personal Laboral de la Xunta de Galicia.*"

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: **1º).**- El 1 de septiembre de 2008 la actora suscribe contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad, que se da por reproducido, con la empresa SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS, S.A.- TRAGSEGA-. constando en el mismo que prestará sus servicios como Auxiliar de Laboratorio, con la categoría profesional de OFICIAL 1 OFICIOS y en el centro de trabajo sito en Guísamo- A Coruña-, siendo el objeto del mismo "sustituir a la trabajadora M^a Dosinda Caramés Cao". La actora durante la vigencia de este contrato tuvo ubicado su puesto de trabajo en el Laboratorio de Guísamo. La empresa le comunica a la actora la finalización del contrato para el 16 de septiembre de 2008. El 23 de septiembre de 2008 la actora de nuevo suscribe contrato de



trabajo de duración determinada, de interinidad, que se da por reproducido, con la empresa SANIDAD ANIMAL SERVICIOS GANADEROS, S.A.- TRAGSEGA- constando en el mismo que prestará sus servicios como Auxiliar de Laboratorio, con la categoría profesional de Oficial 1 Oficios y en el centro de trabajo sito en Guísamo - A Coruña- siendo el objeto del mismo sustituir a M^a Dosinda Caramés Cao...". La actora durante la vigencia de este contrato tuvo ubicado su puesto de trabajo en el Laboratorio de Guísamo. La empresa le comunica a la actora la finalización del contrato para el 26 de diciembre de 2008. El 12 de enero de 2009 la actora de nuevo suscribe contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, que se da por reproducido, con la empresa SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS S.A, constando en el mismo con La categoría profesional de Oficial 1 Oficios y en el centro de trabajo sito en Guísamo siendo el del mismo la realización de la obra ó servicio Diagnóstico e prevención de enfermedades dos animais sometidas a programas de control e erradicación". Consta en autos y se da por reproducida 1 carta entregada por la empresa a la actora en fecha 11 de diciembre 2009 en la que se le comunica por TRAGSEGA 1 extinción de su contrato a fecha 31 de diciembre de 2009 por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad de la obra/ servicio para el que fue contratada. Esos trabajos continuaron realizándose posterioridad a su cese. La actora percibía un salario mensual en TRAGSEGA, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, de 1082,42 euros. Por aplicación del V CONVENIO COLECTIVO UNICO del personal laboral de la Xunta de Galicia tendría que ser de 1525,13 mensuales. 2º).- La actora presentó reclamación previa contra la Consellería do Medio Rural- Xunta de Galicia y papeleta de conciliación ante el SMAC contra TRAGSEGA en reclamación de relación laboral indefinida- cesión ilegal de personal en fecha 6/10/08. En fecha 6 de noviembre de 2008 la actora presenta demanda en reclamación de cesión ilegal de personal- relación laboral indefinida ante la Jurisdicción Social, demanda que consta en autos y se da íntegramente por reproducida. 3º).- TRAGSEGA, filial de TRAGSA, es una sociedad publica estatal, de las previstas en la Ley General Presupuestaria, encargada de la realización de todo tipo de actuaciones, trabajos y prestaciones de servicios que afectan al sector ganadero y al mundo animal en general, así como lo relativo a la calidad y seguridad alimentaria que, como en este caso, le son encomendadas por la Administración, teniendo la consideración de medio propio e instrumental de la misma. 4º).- Consta en autos y se da por reproducida la orden de la Consellería do Medio Rural de 30 de diciembre de 2008 por la que ésta encarga o encomienda a la empresa pública SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS SA,- TRAGSEGA- la realización de los trabajos de diagnóstico de enfermedades de los animales sometidas a programas oficiales de control y erradicación, con plazo de ejecución de los trabajos hasta 31 de diciembre de 2009 y la de 31 de diciembre del año 2007 que contiene encomienda de gestión con igual contenido y con plazo de ejecución hasta 31 de diciembre de 2008- con distinto importe. Constan en autos y se dan igualmente por reproducidos los pliegos de prescripciones técnicas para las encomiendas de realización de los trabajos de diagnóstico de enfermedades de los animales sometidas a programas oficiales de control y erradicación. 5º).- Durante todo el tiempo que la actora trabajó en el Laboratorio de Sanidad Producción Animal de Guísamo- en Centro de Investigacions Agropecuarias de Mabegondo, desde 20/07/09- desempeñó las funciones descritas en los hechos nº 4 y 5 de la demanda, que se dan íntegramente por reproducidos- tal como resulta de la testifical practicada- Los trabajos le eran encomendados y supervisados por dos técnicos veterinarios oficiales, funcionarios de la Xunta de Galicia, no existiendo en el Laboratorio responsables de TRAGSEGA que fuesen o ejerciesen como superiores jerárquicos de la actora ni le impartiesen órdenes- tal como resulta de la testifical practicada-. La actora desempeñó sus funciones de auxiliar de laboratorio junto al resto de personal, entre el que había personal laboral y funcionario de la Xunta de Galicia, además de personal de TRAGSEGA- testifical y documental-. El horario de trabajo es el mismo que el del resto del personal poniéndose de acuerdo entre ellos para las vacaciones -testifical- Las vacaciones de los técnicos veterinarios oficiales eran solicitadas al Jefe de Servicio correspondiente. La Xunta de Galicia le suministró a la actora los siguiente medios necesarios para el desempeño de sus funciones: mesa, sillas, ordenador, material de oficina y todos los equipos necesarios para el desempeño de sus funciones- pipetas, centrífugas, estufas de secado, autoclave, baños termostáticos, lector de densidad óptica- hecho no controvertido y acreditado con la testifical. La codemandada TRAGSEGA le facilitó los equipos de protección individual y los medios que se describen en los documentos nº 58, 59,60 y 62 de los aportados por la citada codemandada, los cuales se tienen íntegramente por reproducidos. TRAGSEGA gestionaba documentalmente lo relativo a vacaciones y permisos, nóminas, control de asistencia y prevención de riesgos de la actora, elaborando la documentación precisa al efecto. Se dan por reproducidos los documentos 56 y 57 de los aportados por la codemandada donde se certifica la información previa y la formación de prevención de riegos laborales facilitadas por dicha empresa a la actora. La actora firmaba unos partes de presencia- ficha semanal de control de presencia- que eran recogidos periódicamente por la coordinadora de TRAGSEGA, Alejandra -. Los salarios le eran abonados por TRAGSEGA quien cumplía con las obligaciones de cotización a la Seguridad Social y tramitaba los partes de baja. Los reconocimientos médicos a la actora los llevaba a cabo el Servicio de Prevención de Fraternidad Muprespa, como trabajadora incluida en la empresa TRAGSEGA. La actora disponía de una cuenta de correo electrónico de TRAGSEGA. 6º).- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. Se interpuso reclamación previa y acto conciliatorio con resultado que consta en autos."



TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la CONSELLERIA DO MEDIO RURAL (XUNTA DE GALICIA), por TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. y por D^a Palmira ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2011, en la que consta el siguiente fallo: *"Que desestimando el Recurso de suplicación interpuesto por la demandante DOÑA Palmira y estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por TRAGSEGA y la CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL- XUNTA DE GALICIA contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña con fecha 4-2-2011, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación parcial de la demanda formulada por Dña. DOÑA Palmira debemos declarar y declaramos que no concurre la cesión ilegal y confirmando la improcedencia del despido llevado a cabo el día 31-12-2009, condenamos a la empresa demandada TRAGSEGA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al actor en su anterior puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, o le indemnice en una suma equivalente a 45 días de salario por año de servicio (desde el 12-1-2009) y cuya cuantía asciende a 1570,25€, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, del salario declarado probado de 30,08 €/ día, con abono en uno y otro caso de los salarios dejados de percibir desde el despido a la resolución de instancia. Y absolvemos a la codemandada CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA."*

Por el Letrado D. José Luis Muruzábal Arlegui actuando en nombre y representación de D^a Palmira se interpuso recurso de aclaración de la sentencia recaída en el recurso de suplicación núm. 4096/2011 mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 28 de diciembre de 2011, solicitando la subsanación de errores que refleja en su escrito.

Por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se dictó en fecha 10 de enero de 2012 Auto de Aclaración cuya parte dispositiva establece: *"Que procede aclarar la resolución de esta Sala de fecha 19-12-2011 dictada en las presentes actuaciones, lo que se hace en el sentido siguiente: ANTECEDENTE DE HECHO CUARTO: " frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSELLERIA DO MEDIO RURAL, SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS SA (TRAGSEGA), Palmira formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte."*

FALLO.- *Que desestimando el Recurso de suplicación interpuesto por la demandante DOÑA Palmira y estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuesto por TRAGSEGA y la CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL- XUNTA DE GALICIA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña con fecha 4-2-2011, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación parcial de la demanda formulada por Dña. Palmira debemos declarar y declaramos que no concurre la cesión ilegal y confirmando la improcedencia del despido llevado a cabo el día 31-12-2009, condenamos a la empresa demandada TRAGSEGA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al actor en su anterior puesto e trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, o le indemnice en una suma equivalente a 45 días de salario por año de servicio (desde el 12-1-2009) y cuya cuantía asciende a 1570,25 €, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año del salario declarado probado de 36,08 €/ día, con abono en uno y otro caso de los salarios dejados de percibir desde el despido a la resolución de instancia. Y absolvemos a la co-demandada CONSELLERIA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA".*

CUARTO.- Por la representación procesal de D^a Palmira se formuló el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aportan las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con fecha 20 de abril de 2010 y la dictada el 15 de noviembre de 2010, en los recursos núms. 4680/209 y 3421/2010 respectivamente.

QUINTO.- Por la representación procesal de TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC) se presentó escrito ante el Registro General de este Tribunal en fecha 23 de febrero de 2012 en el que hace constar que desde el mes de noviembre del año 2010 la empresa SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS GANADEROS, S.A. (TRAGSEGA), carece de personalidad jurídica, por haber sido absorbida por la entidad TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC) en virtud de Acuerdo de fusión por absorción de fecha 23 de junio de 2010, debidamente publicado en el BORME e inscrito en el Registro Mercantil de Madrid.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el presente recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PARCIALMENTE PROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de febrero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante suscribió el 1 de septiembre de 2008 contrato de trabajo con la demanda cuyo objeto era la sustitución de otra persona que figura identificada con nombre y apellidos, prestando servicios en el laboratorio de Guisamo. A dicho contrato sucedió otro también de interinidad y a éste otro de obra o



servicio determinado, finalizando este último el 31 de diciembre de 2009, prestando los mismos servicios otras personas tras el cese de la actora. Con anterioridad al cese, la trabajadora había presentado demanda por cesión ilegal frente a la empleadora, TRAGSEGA y la Xunta de Galicia. No consta el resultado de dicho procedimiento. El 12 de febrero de 2010 se presentó la demanda origen de las presentes actuaciones. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda, declarando la existencia de cesión ilegal desde el 1 de septiembre de 2008, siendo cedente TRAGSEGA y concesionaria la CONSELLERIA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA, reconociendo la categoría y antigüedad que consta en su parte dispositiva, condenando a la conselleria, a que opte en el plazo de cinco días por la readmisión inmediata para que le indemnice en la cantidad que señala con la responsabilidad solidaria de la codemandada, resolución que es confirmada en parte en suplicación por la sentencia que ahora se impugna, la cual desestima el recurso presentado por la trabajadora y estima en parte los presentados por TRAGSEGA y por la CONSELLERIA DO MEDIO RURAL-XUNTA DE GALICIA.

Frente a la anterior sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la demandante.

El recurso de la trabajadora se orienta a la afirmación de existencia de cesión ilegal, y a la calificación del despido que entiende deberá ser la de nulidad.

Para el primero de los motivos, relativo a la cesión ilegal en la que habrían intervenido TRAGSEGA como cedente y la XUNTA DE GALICIA como empresa cesionaria, la recurrente ofrece como sentencia de contraste la dictada el 20 de abril de 2010 por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia .

En la sentencia de comparación figuran como demandadas la Xunta de Galicia y la empresa Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) y su parte dispositiva confirma la sentencia de instancia que declara a la demandante, por la opción realizada, personal laboral indefinido al servicio de la Xunta de Galicia. La sentencia llega a esa conclusión tras desestimar los recursos interpuestos por la actora y por la Xunta, tras rechazar la revisión fáctica propuesta por la demandada y aceptar la que solicita la actora consistente en hacer constar que durante los periodos de inactividad permaneció en situación de desempleo pendiente de nueva contratación. Prescindiendo del recurso de la trabajadora, centrado en establecer la antigüedad en su contratación, se desestima el de la demandada al considerar que dados los hechos, sucesivos contratos para obra o servicio determinado celebrados con TRAGSA a partir del 1 de septiembre de 1995, con categoría de auxiliar técnico para trabajos propios de su especialidad, realizando su trabajo a las órdenes directas de los veterinarios del laboratorio, ambos funcionarios de la Xunta de Galicia, servicios consistentes en realizar todas las operaciones preliminares o auxiliares de los procedimientos de ensayo, los Jefes de Sección de la Xunta, organizan el trabajo bajo las directrices de los Jefes de Servicio, su horario coincide con el de los demás funcionarios y trabajadores al servicio de la Xunta y para las vacaciones ha de coordinarse con el resto de los que trabajan en el servicio. Todo el material utilizado lo proporciona la Xunta y a su vez, TRAGSA les entregaba ropa y calzado de trabajo, proporcionando la Xunta los guantes. Par la sentencia , la empresa que contrató a la actora se limitaba abonar los salarios, tratándose por lo tanto de una contrata en la que la contratista solo aporta personal mientras que el resto de los medios, bienes, instrucciones y directrices proviene de la principal, lo que solo estaría autorizado en el caso de las Empresas de Trabajo Temporal.

En la sentencia recurrida consta que los trabajos eran encomendados y supervisados por dos técnicos veterinarios oficiales, funcionarios de la Xunta, no existiendo en el Laboratorio responsables de TRAGSEGA que fuesen o ejerciesen como superiores jerárquicos ni le impartiesen órdenes. TRAGSEGA gestionaba documentalmente vacaciones, permisos, nóminas, control de asistencia y prevención de riesgos, facilitando a la actora información y formación en materia de prevención de riesgos laborales. Los partes de presencia que la actora firman eran recogidos periódicamente por la coordinadora de TRAGSEGA, que cotizaba y tramitaba los partes de baja , quien proporcionaba a la trabajadora una cuenta de correo electrónico, siendo la codemandada la que tenía concertado con una Mutua el Servicio de Prevención en el que se llevaban a cabo los reconocimientos médicos de la demandante.

Entre ambas resoluciones concurre la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la L.P.L ., no obstante las diferencias que son de apreciar en cuanto a la actividad desplegada por TRAGSEGA como patrono.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción por interpretación errónea del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Con arreglo al inmodificado relato histórico, TRAGSEGA es *"una sociedad publica estatal, de las previstas en la Ley General Presupuestaria, encargada de la realización de todo tipo de actuaciones, trabajos y prestaciones de servicios que afectan al sector ganadero y al mundo animal en general, así como lo relativo a la calidad y seguridad alimentaria que, como en este caso, le son encomendadas por la Administración, teniendo la consideración de medio propio e instrumental de la misma."*



En cuanto al modo en que se desarrollaron las tareas encomendadas a la demandante. *"Durante todo el tiempo que la actora trabajó en el Laboratorio de Sanidad Producción Animal de Guísamo- en Centro de Investigaciones Agropecuarias de Mabegondo, desde 20/07/09- desempeñó las funciones descritas en los hechos nº 4 y 5 de la demanda, que se dan íntegramente por reproducidos- tal como resulta de la testifical practicada- Los trabajos le eran encomendados y supervisados por dos técnicos veterinarios oficiales, funcionarios de la Xunta de Galicia, no existiendo en el Laboratorio responsables de TRAGSEGA que fuesen o ejerciesen como superiores jerárquicos de la actora ni le impartiesen órdenes- tal como resulta de la testifical practicada-. La actora desempeñó sus funciones de auxiliar de laboratorio junto al resto de personal, entre el que había personal laboral y funcionario de la Xunta de Galicia, además de personal de TRAGSEGA- testifical y documental-. El horario de trabajo es el mismo que el del resto del personal poniéndose de acuerdo entre ellos para las vacaciones -testifical- Las vacaciones de los técnicos veterinarios oficiales eran solicitadas al Jefe de Servicio correspondiente. La Xunta de Galicia le suministró a la actora los siguiente medios necesarios para el desempeño de sus funciones: mesa, sillas, ordenador, material de oficina y todos los equipos necesarios para el desempeño de sus funciones- pipetas, centrifugas, estufas de secado, autoclave, baños termostáticos, lector de densidad óptica- hecho no controvertido y acreditado con la testifical. La codemandada TRAGSEGA le facilitó los equipos de protección individual y los medios que se describen en los documentos nº 58, 59,60 y 62 de los aportados por la citada codemandada, los cuales se tienen íntegramente por reproducidos. TRAGSEGA gestionaba documentalmente lo relativo a vacaciones y permisos, nóminas, control de asistencia y prevención de riesgos de la actora, elaborando la documentación precisa al efecto. Se dan por reproducidos los documentos 56 y 57 de los aportados por la codemandada donde se certifica la información previa y la formación de prevención de riegos laborales facilitadas por dicha empresa a la actora. La actora firmaba unos partes de presencia- ficha semanal de control de presencia- que eran recogidos periódicamente por la coordinadora de TRAGSEGA, Alejandra -. Los salarios le eran abonados por TRAGSEGA quien cumplía con las obligaciones de cotización a la Seguridad Social y tramitaba los partes de baja. Los reconocimientos médicos a la actora los llevaba a cabo el Servicio de Prevención de Fraternidad Muprespa, como trabajadora incluida en la empresa TRAGSEGA. La actora disponía de una cuenta de correo electrónico de TRAGSEGA" .*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (R.C.U.D. nº 1637/2010) resume la doctrina unificada sobre cesión ilegal al decir que *"ello constituye un supuesto de cesión o interposición empresarial no permitido legalmente al no producirse la triangulación de personas que caracteriza a una contrata de las permitidas por el art. 42 ET , entrando dentro de la prohibición del art. 43 del precepto, tal como resolvió la sentencia que aquí se recurre en congruencia con reiterada doctrina de esta Sala que, si bien en un primer momento sólo consideró ilegal la cesión producida desde una "empresa ficticia o aparente" (por todas, SSTS 17-7-1993 , (Rec.- 1712/92), de 18-3-1994 (Rec.- 558/93) o 3-2-2000 (Rec.- 1430/99) en cuya tesis se basó la sentencia de contraste, a partir de la STS de 19-1-1994 (Rec.- 3400/92), ya hemos venido declarando de manera reiterada que no basta con la existencia de un empresario real para que pueda hablarse de cesión lícita, sino que es necesario además que la empresa real no se limite a "suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" (por todas, SSTS de 17 de julio de 1993 (Rec.-1 712/92), de 19-1-1994 (Rec.- 3400/92), 12-12-1997 (Rec.- 3153/96), o de 14-9-2001 (Rec.- 2142/00) en las que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales con doctrina reiterada en sentencias posteriores como las STS de 20-9-2003 (Rec.- 1741/02), 3-10-2005 (Rec.- 3911/04) o 30-11-2005 (Rec.- 3630/04). Criterio éste que, por otra parte, fue asumido por el legislador cuando en la reforma introducida en este art. 43 por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre , recogió expresamente como supuesto de cesión ilegal cuando "el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria" .*

Considera la Sala que la intervención de TRAGSEGA en el desempeño por la actora de unas tareas, conforme a lo relatado responde a una actitud meramente formal como empresario, que no disipa el fenómeno interpositorio respecto de la Xunta de Galicia para la que se gestionaba la encomienda, por lo que el motivo, de acuerdo con la anterior doctrina, deberá ser estimado.

TERCERO.- Para el segundo de los motivos, cuya finalidad es la de obtener una declaración de nulidad del despido basada en conducta de la demandada, que a juicio de la recurrente será indicadora de represalia, se ofrece como sentencia de contraste la dictada el 15 de noviembre de 2010 .

En la sentencia de comparación, se declara la nulidad del despido al apreciar vulneración de la garantía de indemnidad, con base en que, tras haber presentado la actora reclamación previa para que se le reconociera el carácter indefinido de la relación laboral, sin que la demandada haya acreditado que el cese respondiera a una causa real ajena a cualquier móvil discriminatorio.



La sentencia referencial describe como hechos relevantes que la actora había presentado el 24 de noviembre de 2009 reclamación previa ante el Consorcio a fin de obtener la declaración de relación laboral por tiempo indefinido, el 16 de diciembre de 2009 se le comunica que se cese tendrá lugar el próximo 31 de diciembre del mismo año, lo que se llevó a efecto. A lo anterior la sentencia añade que la demandada tan solo había acreditado la extinción de la partida presupuestaria para la financiación del PEGIA en 2010, cuando la actora nunca había prestado servicios en dicho Plan o Programa y si en cambio en el II PGIS, y sin que la demandante tuviera noticia al tiempo de formular la reclamación previa del propósito de extinción del contrato lo que excluiría la finalidad de preconstituir un indicio de vulneración, sin que al contrario, la actora podía esperar la prolongación de su actividad la haber sido objeto de renovación del convenio de colaboración sobre el Plan o Programa , con duración inicialmente prevista para el año 2008.

En la sentencia recurrida, el 6 de octubre de 2008 , la demandante presentó reclamación previa frente a TRGASEGA en solicitud de declaración de relación laboral indefinida. El 11 de diciembre de 2009 TRAGSEGA le comunica la próxima extinción del contrato, con efectos del 31 de diciembre de 2009, por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad, dentro de la obra o servicio para los que había sido contratada, trabajos que continuaron realizándose con posterioridad a su cese. La resolución impugnada rechaza la vulneración de la garantía de indemnidad sobre la base de que si bien existe un indicio, el cese posterior a la presentación de la reclamación previa, considera la Sala que al constar en el hecho probado cuarto que la Orden de la Consellería Do Medio Rural de 30 de diciembre de 2008 encargó la encomienda con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre 2009 y antes , la de 2008 con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2008, el 31 de diciembre de 2009 es la fecha de finalización, lo que, según la sentencia, existía una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa siendo la finalización de la encomienda la causa de extinción del contrato, causa objetiva y razonable que excluye el ánimo de represaliar.

Existe contradicción a fortiori dado que en la sentencia de contraste, sin que exista una previa sucesión de contratos que permita suponer una continuidad en la contratación de la actora, ésta únicamente suscribió un contrato, el de 2009, la sentencia entiende que la demandante contaba con que le iban a renovar el contrato, sin que en el relato histórico exista base ninguna para semejante afirmación. En cambio, en la sentencia recurrida, para rechazar la vulneración de la garantía de indemnidad se afirma que existe una excusa razonable cual es la finalización de los trabajos de la encomienda, cuando consta en el relato histórico (HECHO PROBADO PRIMERO) que los trabajos continuaron después de cesar la actora, que a su vez había sido objeto de contratación anterior.

CUARTO.- En su segundo motivo de recurso, la demandante alega la infracción por interpretación errónea del artículo 24 de la Constitución Española , así como del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, todo ello en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre al inversión de la carga de la prueba, recogida entre otras en las SSTC 87/1998 , 74/1998 , 87/2004 , así como que en ellas citadas.

La secuencia de los hechos mostrada en el relato histórico se inicia con la presentación el 6 de octubre de 2009 del escrito de reclamación previa por cesión ilegal ante TRAGSEGA, el 11 de diciembre de 2009 se le comunica la extinción del contrato con efectos del 31 de diciembre de dicho mes y año, lo que efectivamente tiene lugar. Una prueba que habría acreditado la razonabilidad del cese, teniendo en cuenta que el contrato se había celebrado para obra o servicio determinado, siendo objeto del mismo la realización de la obra o ser servicio diagnóstico y prevención de los animales sometidos a programas de control y erradicación, habría sido la finalización del objeto de la contrata o encomienda y en el supuesto de ser varios los trabajadores incurso en la misma causa de extinción, poniendo fin a la actividad. Sin embargo, no consta en autos ningún otro cese, y desde luego, obra en los mismos la acreditación de que los trabajos continuaron realizándose, sin que tampoco se haya aducido, por agotar la hipótesis, causa disciplinaria sometida a un mínimo de actividad probatoria, lo que unido a la existencia de una reclamación laboral por parte de la demandante, excluye la existencia de un argumento válido para contrarrestar el efecto indiciario que tiene su punto de partida en la reclamación y el cese. Semejante cúmulo de circunstancias conducen a apreciar la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad, con arreglo a constante doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala . Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008 (R.C.U.D. 723/2007 se recuerda que: *"TERCERO.- 1.- Situada la cuestión a debatir en la citada «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada "con las SSTS 06/10/05 [rec. 2736/04] y 17/01/08 [rcud 2607/06]" que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...] En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993, de 18/Enero ; 54/1995, de 24/Febrero, FJ 3 ; 197/1998, de*



13/Octubre, FJ 4 ; 140/1999, de 22/Julio, FJ 4 ; 101/2000, de 10/Abril, FJ 2 ; 196/2000, de 24/Julio ; 199/2000, de 24/Julio, FJ 4 ; 198/2001, de 4/Octubre, FJ 3 ; 55/2004, de 19/Abril, FJ 2 ; 87/2004 /de 10/Mayo, F.2; 5/03, de 20/Enero FJ 7 ; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3 ; 144/2005, de 6/Junio, F.3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 16/2006, de 19/Enero ; 44/2006, de 13/Febrero ; 65/2006, de 27/Febrero ; 120/2006, de 24/Abril ; 138/2006, de 8/Mayo , FJ 5.

De lo que «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 5/2003, de 20/Enero FJ 7 ; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3 ; 177/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 120/2006, de 24/Abril, FJ 2 ; y 138/2006, de 8/Mayo , FJ 5).

CUARTO.- 1.- Precisamente para facilitar el rechazo judicial de la censurable conducta empresarial represaliante, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación ... , corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas». Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre ; 47/1985, de 27/Marzo ; 38/1986, de 21/Marzo ; 114/1989, de 22/Junio ; 21/1992, de 14/Febrero, FJ 3 ; 266/1993, 20/Septiembre ; 180/1994, de 20/Junio ; 136/1996, de 23/Julio ; 20/1997, de 6/Mayo ; 29/2002, de 11/Febrero ; 30/2002, de 11/Febrero ; 66/2002, de 21/Marzo, FJ 3, 4 y 5; 87/2004, de 10/Mayo, FJ 2 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 326/2005, de 12/Diciembre, FJ 6 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 342/2006, de 11/Diciembre, FJ 4).

2.- Pero "como recordábamos en la STS 22/01/08 [rcud 1092/07]" para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [STC 266/1993, de 20/Septiembre , FJ 2], sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» (SSTC 114/1989, de 22/Junio, FJ 5 ; 85/1995, de 6/Junio , FJ 4] (SSTC 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio , FJ 3), 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» [STC 207/2001, de 22/Octubre , FJ 5] o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000, de 18/Diciembre, FJ 3 ; 41/2002, de 25/Febrero, FJ 3 ; 17/2003, de 30/Enero, FJ 3 ; 98/2003, de 2/Junio, FJ 2 ; 188/2004, de 2/Noviembre, FJ 4 ; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3 ; 175/2005, de 4/Julio, FJ 4 ; 326/2005, de 12/Diciembre, FJ 6 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; 168/2006, de 5/Junio, FJ 4 ; 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo "la no discriminación", sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (entre las recientes, SSTC 14/2002, de 28/Enero, FJ 3 ; 29/2002, 11/Febrero, FJ 3 ; 41/2002, de 25/Febrero, FJ 3 ; 84/2002, de 22/Abril, FJ 3, 4 y 5; 48/2002, de 25/Febrero, FJ 5 ; 66/2002, de 21/Marzo, FJ 3 ; 17/2003, de 30/Enero, FJ 4 ; 49/2003, de 17/Marzo, FJ 4 ; 171/2003, de 29/Septiembre, FJ 3 ; 188/2004, de 2/Noviembre, FJ 4 ; 38/2005, de 28/Febrero, FJ 3 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; 168/2006, de 5/Junio, FJ 4 ; y 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4); «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 87/2004, 10/Mayo, FJ 3 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 326/2005, de 12/Diciembre, FJ 6 ; y 138/2006, de 8/Mayo , FJ 5).

De esta forma, la ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental [SSTC 197/1990, de 29/Noviembre, FJ 4 ; 136/1996, de 23/Julio , FJ 4] (SSTC 326/2005, de 12/Diciembre, FJ 6 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 168/2006, de 5/Junio , FJ 4)."

En la presente reclamación se ha producido una situación límite en la que no ha finalizado la actividad que dio lugar a la obra o servicio determinado para la que se contrató a la trabajadora lo que en principio no puede justificar el cese de la misma, y ello aun aceptando la plena licitud del contrato temporal suscrito, como lo hizo la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido no por fraude en la contratación sino



porque los trabajos continuaron con posterioridad al cese. Tanto si se parte exclusivamente de la mención en el contrato de la trabajadora de la obra o servicio en el que debía participar, lo que impone la pervivencia de su contrato mientras aquellos se mantengan, como si se vincula su duración a la conexión de su contrato con la encomienda administrativa de la que se había hecho cargo TRAGSEGA, con una fecha de finalización que obviamente no coincidió con la terminación real de los trabajos, lo que habría requerido una prórroga del contrato laboral, ambas expectativas dan cobertura a la pretensión actora que se ha visto burlada sin un motivo razonable u objetivo por lo que solo a la finalidad excluyente, perjudicial para quien ha intentado llevar sus pretensiones por los cauces que las normas legales autorizan cabe atribuir el resultado que comporta la calificación de despido nulo con las consecuencias inherentes al mismo.

Constando en autos, mediante escrito presentado por la representación letrada de Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC) escrito de personación en autos, al haber acreditado la Absorción de Sanidad Animal y Servicios Ganaderos S.A. (TRAGSEGA) por Tecnologías y Servicios Agrarios .S.A. (TRAGSATEC), procede hacer recaer sobre esta última las consecuencias de los pronunciamientos que habrían afectado a TRAGSEGA.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal , procede la parcial estimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de las costas , en virtud de lo dispuesto en el artículo 233 de la L.P.L ., imponiendo a la XUNTA DE GALICIA las derivadas del recurso de suplicación que se desestima

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Muruzábal Arlegui actuando en nombre y representación de D^a Palmira contra la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación núm. 4096/2011 , formulado contra la sentencia dictada con fecha 4 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña en autos núm. 156/2010, seguidos a instancia de D^a Palmira frente a la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERIA DO MEDIO RURAL), SANIDAD ANIMAL Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. y EL MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO. Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación. Desestimar el recurso de esa naturaleza interpuesto por la XUNTA DE GALICIA confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña que declaró la existencia de cesión ilegal respecto a TRAGSEGA y la XUNTA DE GALICIA, estimar el interpuesto por la actora declarando la nulidad del despido de que fué objeto el 31-12-2009 y revocar en cuanto a ese extremo la sentencia del Juzgado de lo Social, y condenamos a que a opción de la demandante ésta sea readmitida de modo inmediato por TRAGSATEC o por la XUNTA DE GALICIA y en todo caso al pago de los salarios de tramitación, respondiendo solidariamente ambas codemandadas y al pago de las costas que corresponde a la XUNTA DE GALICIA por la desestimación de su recurso de suplicación, sin que proceda su imposición el presente recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de Procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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