



Roj: **STS 2515/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2515**

Id Cendoj: **28079140012008100267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2008**

Nº de Recurso: **61/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2011/2006,**
STS 2515/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Ana María Espinosa Troyano, en nombre y representación de D^a Emilia contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 24 de noviembre de 2006, recurso 4250/06, por la que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña de 20 de febrero de 2006, en autos 924/05 seguidos a instancia de la recurrente contra Fundación Galega da Muller emprendedora, Fondo de Promoción de empleo-sector de construcción naval, Servicio Galego da igualdade y vicepresidencia da igualdade e do bienestar de la Xunta de Galicia, en reclamación por despido.

Se han personado ante esta Sala en concepto de recurridos la Xunta de Galicia, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y el Fondo de Promoción DE Empleo del Sector de la construcción naval, representado por el letrado D. Marcial Amor Pérez

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D^a. MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA Magistrada de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2006, dictó sentencia el Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña, en el que constan los siguientes hechos: "1.- La actora concertó los siguientes contratos de trabajo con las codemandadas: a) Un contrato de trabajo suscrito con la Entidad FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO-SECTOR CONSTRUCCIÓN NAVAL, para obra o servicio determinado a tiempo completo desde el 1 de julio de 2002 hasta la finalización de dicha obra o servicio y con el objeto de realizar, funciones de orientación profesional o laboral individualizada para desempleados dentro del programa RED ILMA ORIENTACIÓN PROFESIONAL PARA O EMPREGO subvencionado por la Consellería de Familia y finalizó en fecha 30 de marzo de 2003; b) con la Fundación Galega de Muller Emprendedora siendo el objeto de la fundación el fomento, la promoción y el reconocimiento de toda clase de iniciativas que refuercen la participación y la presencia de la mujer en el mundo empresarial y social, entidad sin ánimo de lucro: Un primer contrato de obra o servicio determinado iniciándose el 26 de junio del 2003 y finalizando el 30 de marzo del 2004 como orientadora laboral y nivel 1 con jornada a tiempo completo; un segundo contrato también de obra o servicio determinado desde el 12 de julio de 2004 y hasta el 31 de marzo de 2005 y con las mismas funciones de orientador laboral, jornada completa, nivel 1. Y un tercer contrato también de obra o servicio determinado desde el 4 de abril de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006 con la categoría de nivel 1, para la realización de tareas de orientador laboral con jornada de trabajo a tiempo completo. En los tres contratos citados no se consigna la obra o servicio que fundamenta los tres contratos temporales. La actora percibía en la fecha del cese, un salario de 1.535,10



euros brutos al mes incluido el prorrateo de pagas extras. 2.- La actora desde el inicio de la relación laboral con el FPE y después con la Fundación Galega da Muller emprendedora ha venido prestando sus servicios para el organismo autónomo Servicio Galego de Igualdade (en adelante SGI) adscrito a la entonces denominada Consellería de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado y antes de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude haciéndolo, de forma continuada en las dependencias del Centro de Información y Asesoramiento a la Mujer (CIAM) de A Coruña perteneciente al SGI. Dicha prestación de servicios se llevó a cabo desde su inicio, bajo la dependencia, organización y dirección de los Servicios Centrales del SGI de Santiago, de los respectivos Delegados Provinciales en A Coruña de la citada Consellería y, en su momento, también de la persona designada como responsable del Punto de Coordinación de órdenes de Protección (PCOP), proyecto que se desarrolló en el CIAM. 3.- Durante el período en que estuvo contratada por el FPE desarrolló servicio como orientadora de empleo en los locales del CIAM del SGI de A Coruña informando semanalmente al SGI así como a la Delegada Provincial de la Consellería sobre el resultado de sus tareas y organizó asimismo cursos RED GEA del Instituto de la Mujer al que figuraba adherido el propio SGI. 4.- Tras suscribir el primer contrato formal con la Fundación Galega da Muller Emprendedora en fecha 26 de junio de 2003, la actora continuó prestando servicios en el CIAM del SGI de A Coruña realizando las mismas tareas que las que realizaba mientras estuvo contratada por el FPE y consistentes en asesoramiento a mujeres en búsqueda de empleo o creación de empresas, gestión de ofertas de empleo para empresas que solicitan usuarias para cubrir ofertas del centro, tramitación de subvenciones para creación de empresas, información a usuarias sobre cursos formativos, elaboración de perfiles profesionales para las usuarias y recepción de curriculum vitae. 5.- En abril de 2004, la Xunta de Galicia pone en marcha el PCOP (Punto de Coordinación de las órdenes de protección de Galicia) el cual se desarrolla y ejecuta en el CIAM y desde ese momento la actora que ya prestaba servicios en el CIAM actúa además bajo las directrices y dirección de la responsable del PCOP realizando las mismas tareas antes descritas pero en relación a las mujeres víctimas de violencia de género que acuden al PCOP y otras como gestiones en los seguimientos que se hace a cada víctima con orden de protección, atención telefónica del PCOP, labores de coordinación y remisión de usuarias beneficiarias de órdenes de protección remitidas desde el PCOP a las distintas orientadoras. 6.- Además, la actora durante su prestación de servicios en las dependencias del CIAM en A Coruña dependiente del SGI ha realizado funciones ajenas a la de orientador de empleo sino las propias y permanentes del CIAM como atención telefónica, Registro de entrada y salida de documentación al centro, recogida de correo, información sobre ayudas, subvenciones que concede la Administración Pública realizando durante unos meses en el año 2003 funciones de inspección de cursos del SGI a petición de la Delegada Provincial de la Consellería. y por último en caso de ausencias de personal laboral o funcionario con puesto de trabajo en el SGI, motivado por vacaciones, permisos, enfermedad, etc., la actora ha cubierto parte de las tareas realizadas por aquéllos y que son las propias y habituales del SGI y en ambos casos y utilizando siempre los medios materiales, técnicos e informáticos proporcionados por el SGI. Así, el ordenador que utiliza la actora en el CIAM fue facilitado por el SGI y se encuentra con el citado en Red con el resto de equipos del CIAM, utilizando la línea de acceso a INTERNET de alta velocidad ADSL que utiliza el resto del personal gozando la actora de una cuenta de correo electrónico en la cual recibe información destinada única y exclusivamente a su persona en calidad de orientadora de empleo del CIAM en A Coruña. 7.- La actora ostenta el mismo horario y régimen de entradas y salida que el resto del personal de la Xunta de Galicia que presta servicios en el CIAM, laboral o funcionario y en cuanto a las vacaciones, simplemente se comunicaban a la FGME a efectos de dejar constancia pues se pactaban entre la actora y el resto del personal del CIAM. 8.- La parte actora presentó demanda en materia de cesión ilegal en fecha 27 de octubre de 2005 que recayó en el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña (autos 819/05) contra las mismas codemandadas que en autos y en la misma fecha, y a medio de sendos buro-faxes la actora notificó a las entidades públicas y privadas codemandados que se había formulado contra las mismas demanda en materia de reconocimiento de derecho por el motivo de cesión ilegal de mano de obra y cuya vista todavía no se ha celebrado. 9.- Que al día siguiente, el 28 de octubre de 2005 (viernes), la actora fue conminada verbalmente por la directora del SGI a abandonar el puesto de trabajo diciéndole que al lunes siguiente ya no trabajara en el mismo dada la situación irregular en la que se encontraba y más aún teniendo en cuenta la demanda planteada por ella en tal sentido. 10.- La Fundación Galega da Muller Emprendedora procedió de facto a eximir a la trabajadora de su obligación de prestar sus servicios, y le siguió abonando el salario, la última nómina percibida fue la de enero de 2006. 11.- Se ha agotado la vía administrativa previa mediante Resolución previa presentada el 10 de noviembre de 2005".

SEGUNDO. - La parte dispositiva de dicho auto es del siguiente tenor literal: "Que, debo estimar y estimo parcialmente las pretensiones de la demanda, y declarando la existencia de cesión ilegal entre la FUNDACIÓN GALEGA DA MULLER EMPRENDEDORA y el SERVICIO GALEGO DE IGUALDADE-XUNTA DE GALICIA y calificando como nulo el despido objeto de este proceso, debo condenar y condeno a la empresa SERVICIO GALEGO DE IGUALDADE DE LA XUNTA DE GALICIA a que readmita inmediatamente a D^a Emilia, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido en el Servicio de Igualdade de la Xunta de Galicia, como personal laboral indefinido, y en el mismo puesto de trabajo e idénticas condiciones con la categoría



profesional de orientadora de empleo con antigüedad de 12.7.2004 y con derecho a una retribución conforme al IV Convenio Colectivo y conforme al Grupo I del citado Convenio sin perjuicio de la condena solidaria del FGME respecto de las obligaciones contraídas entre cedente y cesionario y con abono de los salarios de tramitación que resulten de aplicación desde el 1 de febrero de 2006 hasta la efectiva readmisión.- Y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO AL FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO-SECTOR DE CONSTRUCCIÓN NAVAL de las pretensiones de la demanda".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la representación procesal D^a Emilia y la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar de la Xunta de Galicia, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia el 24 de Noviembre de 2006 , con el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N^o Uno de A Coruña, con fecha 20-2-06 , en Autos sobre Despido n^o 924/05 ; y estimando en parte el Recurso interpuesto lpor D^a Emilia , revocamos en parte el fallo de la sentencia, dejando sin efecto la declaración referida a la antigüedad de la actora, y condenando solidariamente al Servicio Galego de Igualdade- Vicepresidencia de Igualdade e do Benestar de la Xunta de Galicia y a la Fundación Galega da Muller Emprendedora al abono a la actora de los salarios dejados de percibir, desde el 28-X-05 hasta la readmisión efectiva, a razón de 68,76 euros diarios, de los que habrá de deducirse la cantidad ya percibida de la Fundación condenada en concepto de salarios hasta el 31-12-05".

CUARTO.- Por por la Procuradora D^a Ana María Espinosa Troyano, en nombre y representación de D^a Emilia , se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso, señalando como contradictoria con la recurrida la sentencia dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 18 de julio de 2006 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el recurso, y habiéndose impugnado el mismo por las recurridas , pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar procedente el recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 1 de los de A Coruña dictó sentencia el 20 de febrero de 2006 , en autos 924/05, estimando parcialmente la demanda formulada por Doña Emilia contra la empresa Fundación Galega da Muller emprendedora, el Fondo de Promoción de empleo-sector de construcción naval y el Servicio Galego da Igualdade y vicepresidencia da Igualdade e do bienestar de la Xunta de Galicia, condenando a la empresa Servicio Galego da Igualdade de la Xunta de Galicia a que readmita inmediatamente a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido en el Servicio Galego da Igualdade de la Xunta de Galicia, como personal laboral indefinido y en el mismo puesto de trabajo e idénticas condiciones, en la categoría profesional de orientadora de empleo, con antigüedad de 12-7-04 y derecho a una retribución conforme el IV Convenio Colectivo y conforme al Grupo I del citado Convenio, sin perjuicio de la condena solidaria del FGME respecto de las obligaciones contraídas entre cedente y cesionario y con abono de los salarios de tramitación que resulten de aplicación desde el 1 de febrero de 2005 hasta la efectiva readmisión, absolviendo al Fondo de Promoción de empleo-sector de construcción naval de las pretensiones de la demanda. Tal y como consta en dicha sentencia la actora concertó los siguientes contratos con las codemandadas: a) Un contrato de trabajo suscrito con la Entidad FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO-SECTOR CONSTRUCCIÓN NAVAL, para obra o servicio determinado a tiempo completo desde el 1 de julio de 2002 hasta la finalización de dicha obra o servicio y con el objeto de realizar, funciones de orientación profesional o laboral individualizada para desempleados dentro del programa RED ILMA ORIENTACIÓN PROFESIONAL PARA O EMPREGO subvencionado por la Consellería de Familia y finalizó en fecha 30 de marzo de 2003; b) con la Fundación Galega de Muller Emprendedora siendo el objeto de la fundación el fomento, la promoción y el reconocimiento de toda clase de iniciativas que refuercen la participación y al presencia de a mujer en el mundo empresarial y social, entidad sin ánimo de lucro: Un primer contrato de obra o servicio determinado iniciándose el 26 de junio del 2003 y finalizando el 30 de marzo del 2004 como orientadora laboral y nivel 1 con jornada a tiempo completo; un segundo contrato también de obra o servicio determinado desde el 12 de julio de 2004 y hasta el 31 de marzo de 2005 y con las mismas funciones de orientador laboral, jornada completa, nivel 1. Y un tercer contrato también de obra o servicio determinado desde el 4 de abril de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006 con la categoría de nivel 1, para la realización de atareas de orientador laboral con jornada de trabajo a tiempo completo. La actora percibía en la fecha del cese, un salario de 1.535,10 euros brutos al mes incluido el prorrateo de pagas extras. Desde el inicio de la relación laboral con el FPE y después con la Fundación Galega da Muller emprendedora ha venido prestando servicios para el organismo



autónomo Servicio Galego da Igualdade (en adelante SGI), adscrito a la Consellería de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado, haciéndolo de forma continuada en las Dependencia del Centro de Información y Asesoramiento de la Mujer (CIM) de A Coruña, perteneciente al SGI. Desde el inicio la prestación de servicios se llevó a cabo bajo la dependencia, organización y dirección de los servicios centrales del SGI, en Santiago, de los respectivos Delegados Provinciales en A Coruña de la citada Consellería y en su momento, también de la persona designada como responsable del Puesto de Coordinación de órdenes de Protección (PCOP), proyecto que se desarrolló en el CIAM. Durante el periodo que estuvo contratada por el FPE desarrolló servicio como orientadora de empleo en los locales de CIAM del SGI de A Coruña, informando semanalmente al SGI así como a la Delegada Provincial de la Consellería sobre el resultado de sus tareas, organizando cursos PED GEA del Instituto de la Mujer, al que figuraba adherido el SGI. Tras suscribir el primer contrato con la Fundación Galega da Muller Emprendedora continuó prestando servicios en el CIAM del SGI de A Coruña, realizando las mismas tareas que anteriormente. A partir de abril de 2004, fecha en la que la Xunta de Galicia pone en marcha el PCOP (puesto de coordinación de las órdenes de protección de Galicia), que se ejecuta en el CIAM, la actora actúa además bajo las directrices y dirección de la responsable del DCOP realizando las mismas tareas antes descritas pero en relación a las mujeres víctimas de violencia de género, utilizando siempre medios materiales, técnicos e informáticos proporcionados por el SGI con el mismo régimen de entradas y salidas que el resto del personal de la Xunta. La actora notificó a las demandadas que había formulado demanda por cesión ilegal y al día siguiente fué conminada por la directora del SGI a abandonar su puesto de trabajo, diciéndole que ya no trabajaba, deada la situación irregular en la que se encontraba.

Recurrida en suplicación por la actora y por la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar de la Xunta de Galicia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 24 de noviembre de 2006, recurso 4250/06, desestimando el recurso interpuesto por la Xunta y estimando en parte el recurso interpuesto por la actora, revocó en parte el fallo de la sentencia, dejando sin efecto la declaración referida a la antigüedad y condenando solidariamente al Servicio Galego de Igualdade-Vicepresidencia de Igualdad e do Bienestar de la Xunta de Galicia y a la Fundación Galega da Muller emprendedora al abono a la actora de los salarios dejados de percibir desde el 28-10-2005 hasta la readmisión efectiva, a razón de 681'76 euros de los que ha de deducirse lo percibido de la Fundación condenada hasta el 31-12-05. Dicha sentencia entendió que no procedía hacer declaración alguna sobre la antigüedad reclamada ya que la sentencia no tiene que resolver en el fallo sobre la cesión ilícita y sus consecuencias pues, de hacerlo así, se produciría una acumulación indebida de acciones ex artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, quiso decir Ley de Procedimiento Laboral, no debiendo tenerse por puesta la condena solidaria de la PGME "respecto de las obligaciones contraídas" más allá de la referida al pago de los salarios de trámite, puesto que no puede resolverse sobre otras condiciones de trabajo cuando no se relacionan con las declaraciones propias de la sentencia de despido.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de julio de 2006, recurso 2754/06.

El recurso ha sido impugnado por la Xunta de Galicia y por el Fondo de Promoción de Empleo del sector de Construcción Naval, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 18 de julio de 2006, recurso número 2754/06, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Promoción de Empleo del Sector de la construcción Naval y la Vicepresidencia da Igualdade e do Bienestar da Xunta de Galicia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Lugo en fecha 25 de enero de 2006, autos 731/05, seguidos a instancia de D^a Eugenia contra las demandadas recurrentes y la codemandada Fundación Galega da Muller emprendedora sobre despido, confirmando íntegramente el fallo combatido. Consta en dicha sentencia que la actora prestó servicios para el Fondo de Promoción de Empleo, Sector Construcción Naval en virtud de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, en total seis, pactándose su duración "hasta la terminación del servicio", habiendo suscrito el primer contrato el 8 de enero de 1996. Desde el 26 de junio de 2003 prestó servicios para la demandada Fundación Galega da Muller emprendedora, habiendo suscrito tres contratos para obra o servicio determinado, siendo el primero de 26-6-03 a 30-3-04, el segundo de 12-7-04 a 31-3-06 y el tercero de 4-4-05 a 31-3-06. La actora, licenciada en derecho, prestó sus servicios como monitora de empleo, en las dependencias que el Servicio Galego da Igualdade e do Bienestar de la Xunta de Galicia tiene en la Delegación Provincial de Lugo, prestando servicios en dicho lugar desde el 8 de enero de 1996. No ha recibido órdenes ni instrucciones por parte de Fondo de Promoción de



Empleo ni de la Fundación Galega da Muller emprendedora y si de los delegados provinciales y jefes de servicio del SGI siendo su horario el mismo que el del resto de los trabajadores de la oficina y los medios materiales los propios del SGI, siendo asimismo la labor desempeñada la misma que la del resto del personal del centro, encargándose de las tareas del resto del personal en casos de ausencia, enfermedad, vacaciones, etc. de éstos. La sentencia confirmó los pronunciamientos de la sentencia de instancia, entendiéndose que existía cesión ilegal, que mantenía la declarada nulidad del despido, que no había sido expresamente impugnada en el recurso por la Xunta de Galicia que se había limitado a negar la existencia de relación laboral. Respecto al recurso planteado por el Fondo de Promoción de Empleo, la sentencia entendió que, una vez que la actora había solicitado ser considerada personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia su antigüedad en la prestación de servicios ha de retrotraerse al momento en que se inicia la cesión, alcanzando, por tanto, el periodo contractual mantenido formalmente con el Fondo de Promoción de Empleo, no apreciándose prescripción de la acción ejercitada, siendo irrelevante, a efectos del cómputo de la antigüedad que entre uno y otro de los contratos suscritos con el Fondo de Promoción de empleo hubiera transcurrido más de veinte días.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que en ambos se trata de trabajadoras contratadas inicialmente por el Fondo de Promoción de Empleo, sector de Construcción naval, y posteriormente por la Fundación Galega da Muller emprendedora, con sucesivos contratos para obra o servicio determinado, habiendo realizado la prestación de servicios desde el inicio en los locales del Servicio Galego de Igualdade de la Xunta de Galicia, recibiendo órdenes e instrucciones de los delegados de dicho Servicio, habiendo sido despedidas ambas actoras, tras presentar demanda solicitando se declarase la existencia de cesión ilegal, siendo el cesionario el Servicio Galego da Igualdade de la Xunta de Galicia.

Si bien ambas sentencias resuelven declarando la existencia de cesión ilegal y la nulidad de los despidos, presentan diferencias respecto a una cuestión, cual es el reconocimiento de la antigüedad de la trabajadora. Mientras la sentencia recurrida entiende que las sentencias de despido no tienen que resolver acerca de las consecuencias de la cesión ilícita, en concreto sobre las condiciones de trabajo y la antigüedad, cuando no se relacionan con las declaraciones propias de la sentencia por despido, ya que ello supone una acumulación indebida de acciones ex artículo 27 de la Ley de Procedimiento Laboral, la sentencia de contraste entiende que, si bien el Fondo de Promoción de Empleo no puede ser condenado por despido, sin embargo ha de ser condenado a estar y pasar por la declaración de que la antigüedad en la prestación de servicios de la demandante para el empresario real, ha de retrotraerse al momento en el que se inicia la cesión, alcanzando por lo tanto al periodo contractual mantenido formalmente con el Fondo de Promoción de Empleo. Es irrelevante que en la sentencia de contraste se examine si esta prescrita o no la acción en reclamación de reconocimiento de la antigüedad, cuestión que no se suscita en la sentencia recurrida, ya que la cuestión se plantea en un momento anterior, a saber, si puede resolverse en pleito sobre despido el derecho al reconocimiento de una determinada antigüedad del trabajador.

TERCERO.- El recurrente alega infracción del artículo 107 de la Ley de Procedimiento Laboral y 43.4, anterior 43.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Aduce, en esencia, la recurrente que la sentencia de despido debe de contener, al menos en los hechos probados, la antigüedad en la prestación de servicios del trabajador, en ese caso la antigüedad desde el inicio de la cesión al empresario real SGI, empresario para el que se ha optado, una vez que se ha declarado dicha cesión, como cuestión prejudicial interna, procediendo a computarse la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal, en virtud de lo establecido en el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Para una recta comprensión de la cuestión debatida hay que partir del contenido de la demanda, en reclamación por despido, en cuyo hecho décimo la parte textualmente señala "Igualmente y en aplicación del artículo 26 del citado Convenio Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia y dado que ha iniciado la prestación de servicios en fecha 1 de julio de 2002, debe de reconocérsele el tiempo de servicios prestados a efectos de antigüedad en los términos fijados por la norma convencional, teniendo consolidado a día de la fecha un trienio". En el hecho quinto alega que el Servicio Galego da Igualdade es su empleador real y que ha existido cesión ilegal de mano de obra. Por último en el suplico interesa, como petición principal, la declaración de nulidad de despido, la condena a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración y a que solidariamente readmitan a la actora, optando en este momento por su integración en el Servicio Galego da Igualdade de la Xunta de Galicia, solicitando se le reconozca la consolidación de un trienio por tiempo de servicios prestados.

Estamos, por tanto, en un proceso de despido en el que la parte solicita un pronunciamiento acerca de la existencia de cesión ilegal, la declaración de nulidad del despido, con la consecuencia de la condena solidaria a las demandadas a la vista de la existencia de cesión ilegal y el reconocimiento de la consolidación de un trienio por el tiempo de servicios prestados.



El artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que "No obstante y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de esta Ley , no podrán acumularse a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvenición, las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo.....". La regla formal, por lo tanto, es que no cabe acumular acción alguna a la acción de despido. Ello, sin embargo, no impide que, en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de "cuestión previa" o "cuestión prejudicial interna", necesarias para establecer las consecuencias del despido. Así esta Sala, en sentencia de 8 de julio de 2003, recurso 2885/02 , ha establecido lo siguiente:

"Tercero.- Se desprende de lo expuesto que la única cuestión que se somete a la unificación de la Sala es la de determinar si es posible en un proceso de despido alegar la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido, como afirma la sentencia recurrida o, por el contrario, ello constituye una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el art. 27.2 LPL , como sostiene la empresa recurrente haciendo suya la doctrina de la sentencia referencial.

La solución adecuada ha sido la aplicada por la sentencia recurrida. Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.

Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986 , la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)".

Cuarto.- La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL . Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir.

Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido (sentencias de 16-2-1989, 13-12-1990, 19-1-94 (rec. 3400/92) y 21-3-97 (rec. 3211/96), entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -- o "prejudicial interna" como la denominaron las sentencias de 19-11-02 (rec. 909/02) y 27-12-02 (rec. 1259/02) -- sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET .

Otro tanto ocurre cuando en el proceso de despido se discute sobre cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo, como pueden ser el importe del salario, la antigüedad real, el carácter temporal o indefinido del vínculo, la existencia de una previa sucesión encubierta de empresas, o de un grupo laboral de empresas, etc, que deben resolverse necesariamente en dicho proceso sin que ello suponga el ejercicio de otras acciones distintas a la del despido, ni su acumulación indebida a ésta".

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, queda fuera de toda duda la posibilidad de que en el proceso por despido se examine la posible existencia de cesión ilegal entre las varias empresas demandadas y sus consecuencias. La fijación de tales consecuencias, sin embargo, ha de quedar limitada a aquellas que incidan en el pleito de despido, que sirvan para establecer las consecuencias del despido, sin que puedan ser examinadas aquellas otras que, si bien derivan de la cesión ilegal, carecen de relevancia alguna para la resolución del despido. Tal y como ha quedado anteriormente consignado, la hoy recurrente en su demanda solicita que se le reconozca el tiempo de servicios prestados, a efectos de antigüedad, y que se le reconozca la consolidación de un trienio por el tiempo de servicios prestados. Dicha cuestión ninguna incidencia representa



en el proceso por despido, ya que el reconocimiento de un trienio tiene unos concretos efectos respecto a los derechos que al trabajador le acarrea el reconocimiento de determinada antigüedad en la empresa. Cuestión diferente hubiera sido que la solicitud del reconocimiento de antigüedad se hubiera solicitado a los solos efectos del cálculo de la indemnización, en cuyo caso habría de haberse examinado la misma, como cuestión integrante del posible pronunciamiento de los efectos de la improcedencia del despido, pero al no haber sido así, no cabe un pronunciamiento genérico reconociendo la antigüedad del trabajador a todos los efectos. Es cierto que esta Sala en un proceso por despido en el que se apreció cesión ilegal de trabajadores, se pronunció acerca de la antigüedad del trabajador, sentencia de 4-7-2006, recurso 1077/05 y las que en ella se citan, pero fue únicamente para la fijación de la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización.

CUARTO.- De conformidad con lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que haya lugar a la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral .

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Ana María Espinosa Troyano, en nombre y representación de D^a Emilia contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 24 de noviembre de 2006 , recurso 4250/06, que confirmamos, por la que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña de 20 de febrero de 2006 , en autos 924/05 seguidos a instancia de la recurrente contra Fundación Galega da Muller emprendedora, Fondo de Promoción de empleo-sector de construcción naval, Servicio Galego da igualdade y vicepresidencia da igualdade e do bienestar de la Xunta de Galicia, en reclamación por despido. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente ,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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.