



Roj: **STS 3108/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3108**

Id Cendoj: **28079140012021100724**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2021**

Nº de Recurso: **3702/2018**

Nº de Resolución: **812/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5851/2018,**
STS 3108/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3702/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 812/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 21 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Belen , representada y asistida por la letrada D^a. Esperanza Fuertes de la Torre, contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 370/2018, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid, de fecha 5 de diciembre de 2017, autos núm. 574/2017, que resolvió la demanda sobre Despido, interpuesta por D^a. Belen , frente a Adecco Outsourcing SAU.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida Adecco Outsourcing SAU, representado y asistido por la letrada D^a. Margarita Argumosa Ruiz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Social nº. 37 de Madrid, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.- La actora, DOÑA Belen , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa ADECCO OUTSOURCING SAU suscribiendo los siguientes contratos:

Contrato de duración determinada a tiempo parcial de 30 horas semanales constando en el contrato que la duración se extendería desde el 29/7/2014 hasta el 28/7/2017. La categoría era la de limpiadora y el centro de trabajo el Hotel Silken Puerta de Madrid constando en el contrato que podría ser extinguido a la finalización del servicio.

-Contrato de duración determinada de fecha 12/1/2016 constando que se extendería desde esa fecha hasta el fin de obra. La jornada era a tiempo completo de 40 horas semanales. La categoría era la de limpiadora. Constaba que la obra o servicio era "La realización de la obra o servicio motivada por la externalización del servicio de realización y gestión integral del departamento de pisos según contrato de arrendamiento entre Barceló Arrendamientos Hoteleros, s.a. y ADECCO OUTSOURCING SAU para prestar servicios en el Hotel Barceló Emperatriz"

Contrato de duración determinada de fecha 23/1/2016 a tiempo parcial, de 30 horas semanales desde esa fecha hasta el fin de obra que se identificaba como "La realización de la obra o servicio motivada por la externalización del servicio de limpieza de habitaciones y zonas comunes entre el Hotel Aravaca Village y ADECCO OUTSOURCING SAU"

Las partes pactaron el 6/2/2016 que la categoría de la trabajadora sería la de supervisora (jefe de equipo) nivel 4 y la jornada de 40 horas semanales.

SEGUNDO.- La empresa vino abonando el salario a la trabajadora conforme al Convenio de empresa, ascendiendo a 1.250 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extraordinarias.

TERCERO.- La actora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 28/2/2017 alegando:

-Que se le viene aplicando el convenio de empresa que fue anulado por resolución judicial

-Que viene realizando una jornada superior a la pactada en el contrato.

-Que su contratación es fraudulenta considerando que no es temporal sino indefinida.

CUARTO.- La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción proponiendo la sanción a la empresa por dos infracciones:

-Infracción muy grave consistente en la falta de abono del salario a 92 trabajadores de la empresa conforme al Convenio que resulta de aplicación que según concluye la Inspección es el de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BOCAM 22/3/2014) al haber sido anulado por resolución judicial el convenio de empresa. En la relación de trabajadores a los que se les ha venido abonando ese salario, consta la actora.

-Infracción grave por la utilización fraudulenta de la contratación temporal al incumplir la obligación de especificar en los contratos de hasta un total de 29 trabajadores, la obra o servicio que constituye su objeto.

En el informe de la Inspección de Trabajo de fecha 15/8/2017 se hace constar en relación a la actora: "De las actuaciones practicadas no ha podido constatarse la realidad de sus superiores jornadas de trabajo realizadas, pese a las discrepancias existentes entre los documentos aportados por una y otra parte, si bien, dadas las reclamaciones judiciales presentadas por la denunciante, podrá acreditar en su caso las mismas ante el órgano jurisdiccional competente. Análogamente sucede respecto de su alegada-posteriormente-realización de tareas como gobernanta, afirmándose por la empresa la identidad entre dicha función y la de supervisora reconocida.

Finalmente, con relación a su denuncia pretensión de contrato de trabajo indefinido, tras su revisión formal no se encuentra fundamento por el actuante para tal pretensión, a pesar de las irregulares contrataciones temporales realizadas por la empresa con otros trabajadores y que también son objeto de actuación sancionadora en el acta referida"

Todo ello resulta del acta de infracción y del informe emitido por la Inspección en fecha 15/8/2017 que se dan por reproducidos.

QUINTO.- El salario que corresponde a la trabajadora conforme al convenio de Hospedaje de la Comunidad de Madrid es de 1.527,81 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extraordinarias teniendo en cuenta que el Hotel en el que presta servicios es de cuatro estrellas y que viene prestando servicios como supervisora.

SEXTO.- El 6/2/2015 la hoy demandada y la empresa VK VÁZQUEZ KRASNOW, S.L. suscribieron contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual la hoy demandada llevaría a cabo la limpieza en pisos, zonas comunes y office de cocina en el hotel Aravaca Village así como en la zona de gimnasio.

SÉPTIMO.- Ambas empresas de común acuerdo rescindieron el contrato de arrendamiento de servicios con efectos de 1/4/2017.

OCTAVO.- La empresa entregó a la trabajadora en fecha 17/3/2017 comunicación escrita que textualmente decía:

"Nos dirigimos a usted para ponerle de manifiesto que con efectos de 1/4/2017 queda resuelto el contrato de trabajo que le vincula con esta empresa, por haber finalizado el servicio para el que fue contratado, lo que le comunicamos a los efectos oportunos"

NOVENO.- Por el mismo motivo la empresa extinguió los contratos de 13 trabajadoras

DÉCIMO.- En la página web de la empresa constan que en el mes de Abril de 2017 la empresa ofertó el 27/4/2017 1 puesto de trabajo de supervisora en hotel de cinco estrellas y 5 de camarera de hotel en fechas 3,4,11, 19, 19 y 26 de dicho mes

DÉCIMOPRIMERO.- El 10/3/2017 la empresa impuso a la trabajadora sanción de suspensión de tres días de empleo y sueldo. Interpuesta demanda, se alcanzó acuerdo en sede judicial el 26/9/2017 en cuya virtud la empresa dejaba sin efecto la sanción (autos 440/2017 de este mismo Juzgado).

DÉCILOSEGUNDO.- La actora inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común el 16/3/2017, situación en la que permanece en el momento actual.

DÉCIMOTERCERO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la representación legal ni sindical de los trabajadores.

DÉCIMOCUARTO.- La actora presentó papeleta de conciliación el 12/4/2017 celebrándose el acto el 8/5/2017 con el resultado de sin avenencia.

DÉCIMOQUINTO.- Interpuso demanda el día 16/5/2017".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por DOÑA Belen , frente a la empresa ADECCO OUTSOURCING, SAU, DECLARO NULO EL DESPIDO efectuado a la misma con efectos de 1/4/2017 Y CONDENO a la empresa a su inmediata readmisión en las mismas condiciones existentes en el momento del despido ABSOLVIENDO a la demandada respecto a la pretensión de indemnización adicional".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por ambas partes ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 28 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "ADECCO OUTSOURCING, S.A" y desestimamos el interpuesto por D^a Belen , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de los de MADRID de fecha 5-12-2017, en virtud de demanda formulada por la citada trabajadora contra dicha empresa, en reclamación de DESPIDO. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Se acuerda la devolución del depósito y la garantía prestados para recurrir por la citada empresa. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de D^a. Belen se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por, 1^a motivo: Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, de 20 de julio de 2007 (R. 1355/06), 2^o motivo: Tribunal Supremo de 26 de enero de 2017 (Rcud. 115/2016), 3^o motivo: Tribunal Supremo de 29 de enero de 1987 (R. 1103/86).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por la letrada D^a. Margarita Argumosa Ruiz, en representación de la parte recurrida, Adecco Outsourcing SA, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio de 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La cuestión principal que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en calificar el cese de una trabajadora, contratada temporalmente mediante un contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata mercantil, que fue cesada por finalización del servicio objeto del contrato tras la rescisión de la contrata mercantil por mutuo acuerdo de las empresas muy poco tiempo después de que la trabajadora hubiese interpuesto denuncias ante la Inspección de Trabajo. En concreto, se discute si el cese debe ser calificado como válida extinción del contrato temporal o como despido nulo por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.

2.- La actora formuló demanda de despido contra su cese acordado por la empresa motivado por la finalización del servicio objeto de su contrato de trabajo temporal. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº. 37 de Madrid estimó parcialmente la demanda y declaró nulo el despido de la actora condenando a la empresa a la readmisión. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2018, Rec. 370/2018, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, desestimó el interpuesto por la trabajadora y, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda.

A los presentes efectos, importa destacar que en la sentencia recurrida constan, entre otras circunstancias, las siguientes: 1) La trabajadora prestó servicios con categoría de limpiadora para Adecco Consulting, S. A. U, en el período comprendido entre el 29 de julio de 2014 y el 31 de marzo de 2017, mediante tres contratos por obra o servicio al amparo de las contratas de limpieza que la citada empresa había suscrito con varios hoteles, el último, el Hotel Aravaca Village. 2) La trabajadora había suscrito un contrato por obra a tiempo parcial el 23 de enero de 2016 para la realización de la obra o servicio de limpieza de habitaciones y zonas comunes del indicado hotel. 3) El 6 de febrero de 2016 las partes pactaron que la categoría de la trabajadora sería la de supervisora (jefe de equipo). 4) El 28 de febrero de 2017 la trabajadora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo alegando que se le venía aplicando el convenio de empresa que ya había sido anulado judicialmente, que venía realizando una jornada superior a la legal y que su contratación era fraudulenta considerando que no era temporal sino indefinida. 4) La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción muy grave por falta de abono de salarios conforme al convenio sectorial, por estar aplicando un convenio empresarial que había sido anulado, por la utilización fraudulenta de la contratación laboral de 29 trabajadores, entre los que no se incluía expresamente a la actora. 5) El 10 de marzo de 2017 la empresa impuso a la actora sanción de suspensión de empleo y sueldo y se alcanzó acuerdo en sede judicial en cuya virtud se dejó sin efecto la sanción. 6) La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 16 de marzo de 2017. 7) La demandada comunicó la extinción del contrato a la trabajadora cuando la empleadora y el Hotel Aravaca Village rescindieron de mutuo acuerdo la contrata el 31 de marzo de 2017. 8) En la página web de la empresa consta que en el mes de abril de 2017 la misma ofertó un puesto de trabajo de supervisora de hotel de cinco estrellas y cinco de camarera de hotel.

La sentencia recurrida, tras haber admitido un documento -al amparo del artículo 233 LRJS- consistente en resolución de la Autoridad laboral en la que dejaba sin efecto el acta de infracción por no aplicar los salarios del convenio sectorial, aclara que no concurre la irregularidad en el último contrato de obra, pues la sentencia de instancia se basó en unos datos erróneos y, en la medida en que la irregularidad no existe, considera que el cese es ajustado a derecho, prescindiendo del análisis sobre la concurrencia de indicios, reseñada en la sentencia de instancia, respecto a la vulneración de la garantía de indemnidad en cuanto que el cese se pudo producir como represalia a la denuncia de la actora ante la Inspección de Trabajo.

3.- El recurso de casación unificadora que formula la representación legal de la trabajadora se articula a través de tres motivos. En el primero de ellos se combate el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre la existencia de despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad; en el segundo se denuncia que la sentencia recurrida ha permitido la introducción de una cuestión nueva relativa a no aplicación del convenio de instancia; y, el tercero, sobre el derecho a los salarios de tramitación respecto de los que no hubo condena en la instancia.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la contradicción en el primero de los motivos, la recurrente aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 20 de julio de 2007, R. 1355/06. En la misma se declaró la nulidad del cese de la actora considerando que había aportado en el proceso indicios razonables de vulneración de su derecho a la indemnidad por parte de la empresa demandada que no había justificado objetiva y razonablemente su decisión. Los hechos relevantes, a los efectos de la existencia de contradicción, que constan en la relación de hechos probados de la sentencia referencial son los siguientes: 1) La trabajadora venía trabajando por cuenta y dependencia de la empresa demandada en virtud de varios contratos temporales. 2) El último contrato suscrito entre las partes lo fue con fecha 01-01-05 bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, siendo su objeto "la realización de programas de la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico, año 05, Centro de Arte Juan Ismael. Part. Presup.. 40.451.25" con duración pactada hasta el 30-06-05 o bien agotamiento de la partida presupuestaria que no permita a la Corporación continuar con el mismo. 3) Que con fecha 01-07-05 las partes



pactaron una modificación de la cláusula tercera del contrato, relativa a la duración, sustituyendo la fecha anteriormente pactada por la de 31-12-05, pacto que se había alcanzado también con ocasión de contratos anteriores. 4) Que con fecha 03-11-05 la trabajadora interpuso demandas contra la empresa en materia de derechos y en materia de reclamación de daños y perjuicios. 5) Que con fecha 25-11-05 la empresa notificó al trabajador el fin de la relación laboral el día 31-12-05.

Considera dicha sentencia que, tras un periodo de diez años de vinculación prácticamente ininterrumpida, durante el cual desarrolló las mismas o similares funciones al amparo de diferentes coberturas jurídicas, se le notificó el cese justo después de accionar judicialmente contra la empresa para reclamar su condición de laboral fija, esto es: sólo unos días después de haber obtenido una sentencia favorable en instancia y estando aún en ejecución el proyecto al que estaba adscrita. La sentencia considera que existen indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad que no han sido combatidos por la empresa mediante una justificación objetiva y razonable de su cese por lo que refrenda la nulidad del mismo.

2.- La Sala entiende que entre la sentencia recurrida y la seleccionada como contradictoria concurren las identidades sustanciales de hechos, pretensiones y fundamentos exigidas por el artículo 219 LRJS. Tal conclusión resulta evidente de la comparación de los respectivos supuestos de hecho examinados en cada una de ellas que guardan plena similitud ya que, en ambos casos, se trataba de trabajadoras sujetas a contratos temporales, en los que habían otros anteriores, que son cesadas por las respectivas empresas alegando, en ambos casos, que se había producido la finalización de aquellos contratos por llegada de su término. Sin embargo, en los dos casos, tal finalización había estado precedida de sendas reclamaciones contra las empresas en las que, entre otras cuestiones, se reclamaba la fijeza de la relación; reclamaciones ante la Inspección de Trabajo en un caso y judicial en el otro. En ambos supuestos las trabajadoras alegan que su cese respondía a una represalia por tales reclamaciones alegando la vulneración de su garantía de indemnidad, aportando indicios serios de tal posible vulneración. En ambos casos existe una conexión temporal entre los respectivos ceses de las trabajadoras y sus reclamaciones. Las pretensiones son idénticas dado que en las dos se reclama la nulidad del cese sobre fundamentos idénticos basados en la vulneración de su derecho fundamental a no sufrir represalias por las respectivas reclamaciones. Sin embargo, las sentencias llegan a resultados radicalmente contradictorios pues en la recurrida no se tienen en cuenta los indicios aportados por la trabajadora a pesar de que los mismos se ven reforzados por la actuación posterior de la empresa ofertando plazas vacantes que podría haber ofertada a la actora; mientras que en la referencial los indicios sirven para comprobar la inexistencia de una justificación objetiva y razonable del cese producido.

TERCERO.- 1.- Denuncia la recurrente la infracción de los artículos 15.3 y 55.5 ET, en relación con el artículo 24.1 CE y la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que cita, por considerar que la sentencia recurrida yerra al no aplicar la nulidad al despido enjuiciado habida cuenta de que éste se produjo poco después de que la actora interpusiese denuncia ante la Inspección de Trabajo, entre otras razones, exponiendo 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 la recurrente, no cabía otra solución que la nulidad del despido.

2.- Como ha venido afirmando nuestra jurisprudencia (por todas: SSTS de 18 de marzo de 2016, Rcd. 1447/2014; 185/2018, de 21 de febrero, Rcd. 842/2016 y 514/2020 de 24 junio, Rcd. 3471/2017), 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 14/1993, 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 represiva tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial se materializa, también, 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).



Igualmente, el TC viene reseñando que la trasgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (SSTC 54/2004, de 19 de abril; 87/2004, de 10 de mayo; 38/2005, de 28 de febrero y 144/2005, de 10 de junio; entre otras), lo que se proyecta, sin duda alguna, a las posibles supuestas de discriminación derivados del hecho de que un trabajador haya reclamado el reconocimiento del carácter laboral de su relación jurídica a través de denuncias a la Inspección de Trabajo.

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio 158 OIT norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Esa restricción la hizo extensiva el Tribunal Constitucional (SSTC 14/1993, de 18 de enero; 16/2006, de 19 de enero y 65/2006, de 27 de febrero, entre otras) a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho.

3.- 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 (SSTC de 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999 y 85/2018, de 21 de febrero, Rcd. 842/2016).

CUARTO.- 1.- En el supuesto de autos, la trabajadora había acreditado indicios suficientes para producir el desplazamiento al demandado de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración de la referida garantía de indemnidad, el cese se produjo por motivos legítimos y ajenos a



todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. En efecto, no parece que la sentencia recurrida haya fundamentado plenamente la inexistencia de vulneración de la garantía de indemnidad, pues, de un lado, la revocación de la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo no debería tener entidad al efecto, sino que debió analizarse la conexión de la decisión empresarial con la denuncia planteada, por la trabajadora, no la justificación de la misma, y resulta evidente la existencia de dicha conexión temporal. Además, la denuncia presentada por la trabajadora fue por más motivos que los expuestos en la sentencia recurrida. Y, con carácter inmediato, se le impuso una sanción disciplinaria que fue retirada en conciliación. Desde otra perspectiva, resulta llamativa la existencia de una extinción por mutuo acuerdo entre las empresas de la contrata mercantil (que, teóricamente, ofrecía cobertura al contrato de trabajo temporal) que evidencia, igualmente, una rescisión *ante tempus* que habría requerido analizar las razones de la misma; dicho de otra forma, la contrata a la que estaba adscrita la trabajadora no había llegado a su término pactado, sino que había sido resuelta anticipadamente coincidiendo también en el tiempo con la denuncia presentada. Y, en fin, todo ello junto con la acreditación de existencia de plazas vacantes tras el cese que podía haber ocupado la actora, constituían serios indicios de la posible existencia de vulneración de la garantía de indemnidad; indicios que exigían la aportación por la empresa de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida rescisoria del contrato y de su justificación.

2.- A pesar de ello, es lo cierto es que la demandada no ofreció ninguna en sentido positivo, como sería la acreditación de que existiese completa desconexión temporal y, especialmente, material entre el ejercicio por el trabajador de la denuncia ante la Inspección de Trabajo que puso de manifiesto, entre otras cuestiones, la posible declaración de relación laboral indefinida. Ante el descrito panorama indiciario, la única explicación que se ofrece es la que la contrata mercantil a la que estaba adscrita la trabajadora, había sido extinguida por mutuo acuerdo entre la empleadora y la empresa cliente. Con independencia, de que tal adscripción y sus circunstancias pudieran evidenciar que estuviéramos en presencia de una relación laboral que debía calificarse como fija y cuya extinción debió producirse por los motivos y a través del procedimiento establecido por la ley, lo cierto es que tal justificación no parece suficiente ni puede entenderse como justificación objetiva y razonable; exigencias que en modo alguno pueden predicarse de un cese unilateral que se produce, aparentemente, como inmediata reacción al ejercicio legítimo por parte de la actora de denuncia ante la Inspección de Trabajo de diversas posibles irregularidades, entre ellas, la relativa a la acreditación del carácter indefinido de su prestación de servicios. Razones todas ellas que determinan la estimación del motivo.

QUINTO.- 1.- El segundo motivo del recurso versa sobre la no aplicación del Convenio sectorial por parte de la sentencia recurrida, lo que, a juicio de la recurrente, implica que se ha introducido una cuestión en suplicación que no se debatió ni se cuestionó en instancia. Para viabilizar el recurso invoca la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2017, R. 115/16, dictada en un procedimiento de impugnación individual de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo después de que una sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por otra de esta Sala Cuarta, anulase la decisión y práctica empresarial. En lo que a efectos casacionales interesa, uno de los motivos del recurso de la empresa hacía referencia a la *reformatio in peius* que supuso que, tras recurrir en suplicación la sentencia de instancia, fuera condenada también al pago del interés legal del 10% sobre los salarios reclamados, cuando dicha cuestión se había desestimado en instancia y el trabajador no había recurrido este extremo. La sala de suplicación manifestó que el trabajador había solicitado el abono de los intereses legales, pero que dicho abono se había articulado en el trámite de audiencia ex art. 233 LRJS y arts. 270 y 271.2 de la LEC. Efectivamente, el trabajador no había recurrido la sentencia de instancia pero, en fase de recurso, interpuesto únicamente por la empresa, a través de la presentación de documentos por la vía del artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitó el abono del 10% de interés por mora de los salarios reclamados, que le fueron reconocidos en suplicación.

La referida sentencia entiende que ello pugna con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y concluye que en la misma medida en que el escrito de impugnación resulta inhábil para combatir la sentencia de instancia, es claro que tampoco cabe llevar a cabo tal actividad a través de vías indirectas, como sería la propiciada por la aportación de nuevos documentos a través del cauce del art. 233.1 LRJS.

La sentencia recurrida resuelve recursos de las dos partes, el recurso de la trabajadora plantea el reconocimiento de un salario al amparo del convenio sectorial y la empresa presenta por medio del artículo 233 antes citado la resolución que revoca el acta de la inspección que sancionaba a la empresa por no aplicar el convenio sectorial. En la sentencia de instancia no se cuestionó la aplicación del citado convenio y tampoco lo hace la empresa ni en el recurso ni en la impugnación del recurso de la trabajadora. Pero, a diferencia de lo que sucede con la sentencia referencial, en la recurrida no se ha producido una *reformatio in peius*, porque la sentencia de instancia no reflejó en los hechos el salario pretendido por la trabajadora, ni condenó a salarios de tramitación, de manera que la trabajadora no ha visto empeorada su situación.



2.- En consecuencia tal diferencia debe conducir a la inadmisión del motivo por falta de contradicción, ya que cuando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción, la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas (SSTS de 1 de junio de 2016; R. cud 3241/2014; de 14 de julio de 2016, R. cud 3761/2014; de 12 y 26 de enero de 2017, R. cuds 1608/2015 y 115/2016 y de 28 de febrero de 2017 R. cud 2698/2015, entre otras). Y, en el presente caso, la situación procesal de los recurrentes en las sentencias comparadas no es la misma, porque mientras la sentencia de contraste anuló la condena de suplicación relativa al abono del interés por mora, por no haberse reclamado en el momento oportuno, en la sentencia recurrida se ha razonado, ciertamente, sobre la no aplicación de un convenio, cuestión que no se había deducido por la interesada con anterioridad, pero para desestimar las pretensiones de la trabajadora que tampoco se habían estimado en la instancia.

SEXTO.- 1.- En el tercero de los motivos del recurso, que versa sobre el derecho a los salarios de tramitación inherentes a la calificación de nulidad del despido, la recurrente invoca como contradictoria la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1987, R. 1103/86. En ella se trataba de un despido declarado nulo por la sentencia de instancia. Instada la ejecución definitiva de tal resolución, por la Magistratura de trabajo se dictó auto en el que se declaró extinguida la relación laboral y se condenó a la empresa al abono de una indemnización, pero no al abono de salarios de tramitación por haber percibido en otro empleo cantidad superior a la que le hubiera correspondido en la empresa ejecutada. Frente a ese auto se planteó el recurso de casación por infracción de ley, que resolvió sobre si el auto recurrido incurrió en exceso de jurisdicción por contradecir lo ejecutoriado, dado que la sentencia ejecutada condenó al abono de salarios de trámite y el auto impugnado los excluyó. La Sala desestimó tal motivo por entender que, de reconocerse el devengo a los salarios de trámite, se produciría un enriquecimiento injusto por parte del actor y porque, en las previas incidencias procesales de suspensión del acto de juicio, el actor aceptó expresamente la paralización del devengo de salarios de tramitación. Finalmente, se consideró que tampoco se habían vulnerado los artículos 211 de la LPL y 24 de la CE porque la sentencia de despido condenó de forma genérica al abono de salarios de trámite, pero sin determinar su alcance; alcance que, por tanto, pudo ser perfectamente establecido en la fase de ejecución.

2.- A juicio de la Sala, la pretendida contradicción es inexistente ya que no se cumplen las exigencias del artículo 219 LRJS. En efecto, no sólo los momentos procesales son diferentes, pues en la de contraste la cuestión se plantea en la fase de ejecución y en la recurrida en suplicación; sino, lo que es más importante, en la de contraste se desestima el recurso del trabajador y se confirma la exclusión de los salarios de tramitación, como sucede en la recurrida que estima que no proceden los mismos ante la inexistencia de despido. En consecuencia, no nos encontraríamos con fallos discrepantes.

No hay contradicción en los pronunciamientos de las dos sentencias como exige en todo caso el art. 219 LRJS, cuando considera imprescindible, también la existencia de pronunciamientos contradictorios en las sentencias comparadas; procediendo recordar al respecto la reiterada doctrina de esta Sala en relación con la exigencia de que la contradicción se produzca entre los pronunciamientos comparados, siendo inaceptable la que solo concurra en relación con las doctrinas que en cada una de las sentencias se pueda mantener. La contradicción se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios y no la diversidad de fundamentos, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina (SSTS de 3 de noviembre de 2011, R. cud. 3566/07; de 6 de noviembre de 2008, R. cud. 4255/07 y de 12 de noviembre de 2008, R. cud. 2470/07; entre otras).

3.- Sin embargo, al haber aceptado la Sala el primero de los motivos del recurso que implica que el cese debe ser calificado como despido nulo, lo que comporta la revocación parcial de la sentencia recurrida, debe situarse ante la necesidad de resolver el recurso de suplicación que interpuso la demandante y que no fue resuelto por la sala de suplicación al haber admitido el recurso de la empresa. Ello determina que, por mandato del artículo 55.6 ET, la calificación del despido como nulo deba comportar la readmisión de la trabajadora "con el abono de los salarios dejados de percibir", tal como interesó la trabajadora en su recurso de suplicación

SÉPTIMO.- En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, procede la estimación en parte del recurso de casación para la unificación de la doctrina, y declarar que el cese de la trabajadora recurrente se produjo con violación de la garantía de indemnidad amparada por el artículo 24.1 CE, por lo que el su cese debió ser calificado como despido nulo, tal como prevé el artículo 55.5 ET, lo que comporta la casación y anulación de la sentencia recurrida para resolver, desestimándolo, el recurso de suplicación formalizado por la demandada contra la sentencia de instancia, y estimando en parte el formulado por la trabajadora aquí recurrente en lo relativo a



los salarios dejados de percibir desde el cese, hasta que la readmisión tenga lugar. Sin costas en esta sede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

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

- 1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Belen , representada y asistida por la letrada D^a. Esperanza Fuertes de la Torre.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 28 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 370/2018.
- 3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto por Adecco Outsourcing SAU y estimado parcialmente el formulado por la trabajadora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid, de fecha 5 de diciembre de 2017, autos núm. 574/2017, que resolvió la demanda sobre Despido, interpuesta por D^a. Belen , frente a Adecco Outsourcing SAU, estimando en parte tal demanda, declarando la nulidad del despido con abono de los salarios dejados de percibir.
- 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.