



Roj: **STSJ M 5139/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5139**

Id Cendoj: **28079340012019100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **74/2019**

Nº de Resolución: **713/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 16, 28-09-2018,
STSJ M 5139/2019**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0036919

Procedimiento Recurso de Suplicación 74/2019

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid Despidos / Ceses en general 889/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 74/19

Sentencia número: 713/19

G.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 74/19 formalizado por el Sr. Letrado D. CARLOS CAMPOS TARANCÓN en nombre y representación de D. Fabio contra la sentencia de fecha 28-9-18, dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de MADRID, en sus autos número 889/16, seguidos a instancia del recurrente frente a la UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES, con intervención del MINISTERIO FISCAL en reclamación por despido con vulneración de derechos fundamentales, siendo Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Fabio ha prestado servicios para la Universidad de Alcalá de Henares con una antigüedad de fecha de 1 de febrero de 1994 en virtud de contrato administrativo de colaboración temporal (obra en autos a los folios 173) que fue sucesivamente prorrogado hasta la fecha de 30 de septiembre de 1999. En dicho contrato el actor prestaba servicios como profesor asociado de inmunología en el Departamento de Medicina de la Universidad de Alcalá de Henares como profesor asociado con una dedicación a tiempo parcial de 3 horas.

En fecha de 28 de diciembre de 1999 se procede al nuevo nombramiento del actor, y la suscripción de contrato administrativo de colaboración temporal, como profesor asociado (tipo 2) de inmunología del Departamento de Medicina de la Universidad de Alcalá de Henares con dedicación de 5 horas a tiempo parcial que fue sucesivamente prorrogado hasta el día 1 de octubre de 2004.

Por medio de escrito presentado en fecha de 15 de julio de 2015 don Fabio manifestó su voluntad de acogerse al acuerdo general de prórroga de los contratos administrativos del profesorado asociado, de modo que con efectos de fecha de 1 de octubre de 2005 se acordó nueva prórroga del contrato suscrito, acordando sucesivas hasta la fecha de 4 de mayo de 2012.

En fecha de 5 de mayo de 2012 se suscribió entre las partes nuevo contrato de trabajo por obra o servicio determinado a tiempo parcial, contrato laboral docente e/o investigador (folios 205 y 206 de las actuaciones) con dedicación a 5 horas, que fue sucesivamente prorrogado si bien con dedicación a tiempo parcial de 4 horas hasta el día 30 de junio de 2013.

En fecha de 17 de diciembre de 2013 el actor suscribió nuevo contrato de trabajo laboral docente e/o investigador, de obra o servicio determinado a tiempo parcial de 4 horas que fue prorrogado hasta el 16 de diciembre de 2015 (folios 290 a 307 de las actuaciones) Por resolución de fecha de 21 de diciembre de 2015 se acordó la concesión de prórroga del contrato suscrito como profesor asociado en inmunología hasta el 31 de agosto de 2016, (folio 1079 de las actuaciones) si bien con reducción de su dedicación a 3+3 horas a partir del día 1 de mayo de 2016 (folio 309 de las actuaciones), contrató que expiró en fecha de 31 de agosto de 2016.

SEGUNDO.- Frente a la decisión de cese a fecha de 30 de junio de 2013, del contrato suscrito entre las partes en fecha de 5 de mayo de 2012, el actor interpuso demanda de despido improcedente en fecha de 21 de noviembre de 2013. Admitida a trámite la misma por Decreto de fecha de 19 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 15 se incoaron los autos con número 1399/2013. En dicho procedimiento se dictó sentencia con el número 294/2015 de fecha de 18 de junio de 2015 en cuya parte dispositiva se establecía "Que declaro CADUCADA la acción ejercitada y en consecuencia desestimo la pretensión ejercitada por D. Fabio contra UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES". Interpuesto recurso de suplicación frente a la citada resolución se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha de 13 de enero de 2016 (folios 636 a 639 de las actuaciones) en que estimando dicho recurso se declaró la nulidad de la sentencia impugnada al no apreciarse caducidad de la acción y la devolución de los autos a fin de dictado de nueva resolución sobre el fondo de litigio planteado en demanda. En fecha de 6 de abril de 2016 se dictó nueva sentencia, con número 121/2016, en cuya parte dispositiva se estimaba la pretensión de despido formulada condenando a la demandada Universidad de Alcalá de Henares a la readmisión en su puesto de trabajo al actor o bien al abono de la indemnización por importe de 18.593,01 euros. Instada aclaración respecto de la misma se denegó por medio de Auto de fecha de 20 de mayo de 2016. Presentado recurso de suplicación



frente a la sentencia 121/2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación 847/2016, confirmando en fecha de 11 de enero de 2017 la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por Auto de fecha de 21 de noviembre de 2017 declaró la inadmisión del mismo, con firmeza de la sentencia recurrida.

TERCERO.- La demandada Universidad de Alcalá por escrito, con fecha de entrada en Decanato de 25 de abril de 2016, comunicó al Juzgado de lo Social nº 15 respecto de los autos 1399/2013 su opción por el abono de la indemnización fijada en sentencia, consignando en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales la cifra de 18.593,01 euros.

CUARTO.- La retribución percibida por el actor durante los meses de junio y mayo de 2016 asciende a la cantidad de 368,36 euros que incluye el sueldo por importe de 319,50 euros y la cifra de 48,86 euros en concepto de complemento específico variable por méritos individuales. (folio 1030 de las actuaciones y nóminas obrantes a los folios 980 y 981 de las actuaciones) De mayo de 2015 a abril de 2016 la retribución mensual percibida ascendía a la cifra de 486,91 euros mensuales, correspondientes a 421,76 euros en concepto de sueldo y la cifra de 65,15 como complemento específico variable por méritos individuales. (folios 967 a 979)

QUINTO.- Con fecha de 4 de abril de 2016 se dictó resolución del Vicerrectorado de Personal Docente e Investigador de la Universidad de Alcalá por la que se convocaba concurso para la provisión de plazas de profesorado temporal para el curso académico 2016/2017 (folios 356 a 365) Entre las plazas convocadas que obran al Anexo I figura con el Código NUM000 la de profesor asociado con dedicación 4+4 en el Departamento de Medicina y Especialidades Médicas en el área de Inmunología

SEXTO.- Don Fabio presentó solicitud de admisión al concurso convocado en fecha de 26 de abril de 2016. (folio 950) Por resolución de fecha de 27 de mayo de 2016 se tuvo al actor como admitido. (folio 386) Dicha convocatoria respecto de la plaza de profesor asociado del área de inmunología del Departamento de Medicina y Especialidades Médicas fue suspendida por Resolución del Rector de la Universidad de fecha de 1 de junio de 2016, tras presentación de escrito por el propio actor. (folios 388 y 390 de las actuaciones)

SÉPTIMO.- En la Sesión Ordinaria de la Comisión de Personal Docente e Investigador de fecha de 22 de junio de 2015 la Vicerrectora de la Universidad informó de la intención de ir progresivamente extendiendo a partir del curso siguiente todos los contratos de Profesores Asociados y Profesores Asociados en Ciencias de la Salud hasta el 31 de agosto si bien con disminución a 3+3 horas en la dedicación a partir de la fecha de 1 de mayo de 2016. (folio 1036 de las actuaciones)

OCTAVO.- En la página web de la Universidad de Alcalá (www.uah.es) aparece entre las asignaturas de segundo curso la de inmunología dentro del grado de medicina que ofrece la Universidad en el curso 2016-2017. (981 a 996)

NOVENO.- Obra en autos certificado, de fecha de 19 de abril de 2017, emitido por el Jefe de Servicio de Personal Docente e Investigador de la Universidad de Alcalá en el que expone " Que una vez consultados los archivos de esta Universidad, se advierte que con fecha de 31 de agosto de 2016 se procedió a la extinción de los contratos temporales por expiración del plazo legalmente establecido de los profesores Asociados que se recogen en el listado adjunto" Se da íntegramente por reproducido dicho documento así como su anexo adjunto con el nombre de dichos profesores, un total de 138, obrante a los folios 1135 a 1143 de las actuaciones.

DÉCIMO.- Resulta de aplicación a la relación laboral el Decreto 221/2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Alcalá (BOCAM 11 de mayo de 2004), modificados en sesión extraordinaria del Claustro Universitario de 10 de mayo de 2011, aprobada la modificación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el día 26 de enero de 2012, Decreto 18/2012 de 26 de enero (BOCAM 10 de febrero de 2012) Se rige a su vez la relación laboral por Decreto 153/2002, de 12 de septiembre, sobre el régimen del personal docente e investigador contratado por las Universidades públicas de Madrid y su régimen retributivo (BOCAM 28 de noviembre de 2013) así como por la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades (BOE 24 de diciembre de 2001)

DÉCIMOPRIMERO.- En fecha de 5 de agosto de 2016 se presentó reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social por el actor El día 14 de septiembre de 2017 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC siendo el resultado de tal acto, celebrado el día 3 de octubre de 2017 el de sin avenencia."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda presentada por don Fabio contra la Universidad de Alcalá y en consecuencia desestimando la pretensión de nulidad, declaro la improcedencia del despido condenando a la empresa a que admita al trabajador en las condiciones preexistentes al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito



o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 1.671,41 euros; así como, en el caso de optar por la readmisión, al abono de los salarios devengados desde el despido por importe diario de 18,42 euros. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 29-1-19 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 12-6-19 señalándose el día 26-6-19 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación Don Fabio contra sentencia que estimó la pretensión subsidiaria de su demanda declarando la improcedencia del despido que produjo efectos de 31-8-16 en relación con el contrato de trabajo suscrito el 17-12-13, pero desestimando la petición principal de nulidad.

SEGUNDO .- El motivo primero del recurso, con amparo en el apartado b) del art. 193 LRJS , interesa revisar el último párrafo del hecho probado primero, proponiendo quede redactado así:

" En fecha de 17 de diciembre de 2013 el actor suscribió nuevo contrato de trabajo laboral docente e/o investigador, de obra o servicio determinado a tiempo parcial de 4 horas que fue prorrogado hasta el 16 de diciembre de 2015 (folios 290 a 307 de las actuaciones). Por resolución de fecha de 21 de septiembre de 2015 se acordó la concesión de prórroga del contrato suscrito como profesor asociado en inmunología hasta el 31 de agosto de 2016, (folio 1079 de las actuaciones) si bien con reducción de su dedicación a 3 + 3 horas a partir del día 1 de mayo de 2016 (folio 319 de las actuaciones), contrato que expiró en fecha 31 de agosto de 2016.

Esa segunda relación laboral iniciada el 17 de diciembre de 2013 tiene su origen en la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2013 del Vicerrectorado de Panificación Académica y Profesorado de la Universidad de Alcalá, por la que se convoca concurso para la provisión de plazas de profesorado asociado para el curso académico 2013/2014 (Folio 892 y ss de las actuaciones). Entre dichas plazas está la plaza con código NUM000 referida al puesto de profesor asociado del área de inmunología del departamento de medicina y especialidades médicas, conforme consta en el Anexo I de plazas convocadas (folio 894 vuelto y 895) mismo código de plaza del que fue cesado el actor el 30 de junio de 2013 (Folio 960).

El actor presentó solicitud de admisión al concurso de dicha plaza NUM000 el día 1 de octubre de 2013 (folio 899) y la Universidad excluyó al actor del listado de aspirantes admitidos, incorporándole al de excluidos en las listas publicadas los días 8 y 23 de octubre de 2013.(Folios 927 y 928) resultando el actor el único candidato a dicha plaza (Total de aspirantes admitidos 0: Total aspirantes excluidos 1).

Frente a dicha exclusión de las listas del 8 de octubre de 2013, el actor remitió burofax el día 22 de octubre de 2013 dirigido al Registro General de la Universidad de Alcalá, formalizando recurso de alzada. Dicho Burofax fue recibido el día 23 de octubre de 2013 . (Folios 929 a 933).

La Universidad publicó un nuevo listado de aspirantes admitidos y excluidos el día 31 de octubre de 2013, incorporando al actor al listado de aspirantes admitidos (folio 934), procediendo el 11 de diciembre de 2013 al dictar resolución con la adjudicación de la plaza código NUM000 al actor (folio 935)".

TERCERO .- Se estima este primer motivo, al así deducirse de manera patente y directa, fidedigna y fehaciente, de los folios citados, con relevancia para decidir sobre la garantía de indemnidad que constituye el fondo del asunto, ya que con ello se desvanece el argumento de la sentencia de instancia en este punto, al no ser la adjudicación de la plaza pacífica, evidenciando el nuevo contrato suscrito el 17-12-13 no lo es porque existiera voluntad de la Universidad de hacerlo así, pese a que el actor era el único peticionario, y desvirtuando además la causa de la temporalidad del contrato para ocupar la misma plaza antes ocupada por el demandante por un contrato precedente que concluyó el 30 de junio de 2013.

CUARTO .- Se estima también en los términos de redacción que ofrece el segundo motivo en el que interesa revisar el hecho probado primero al objeto de precisar todas y cada una de las prórrogas del contrato de



17-12-17 hasta en 8 ocasiones producidas de manera automática y que no llegaron a alcanzar el máximo de tres años.

Se desestiman los motivos de revisión fáctica ordenados como tercero a quinto al no considerarlos esta Sala relevantes para resolver las cuestiones jurídicas de fondo.

Se estima el sexto motivo de revisión en el que interesa adicionar de manera ordenada los datos y fechas que, a su juicio, revelan el panorama indiciario de la discriminación, después de la extinción a fecha 30-6-13 del contrato laboral suscrito el 5-5-12, y que propone quede así:

"El día 21 de noviembre de 2013 se interpone demanda por el actor en reclamación por despido frente a la Universidad de Alcalá. (Folio 774 y ss).

El día 18 de junio de 2015 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid declarando caducada la acción de despido y desestimando la demanda de despido del actor (Folio 779 y ss).

El día 28 de julio de 2015 se formaliza por el actor recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid frente a la anterior sentencia (Folio 786 y ss).

El día 13 de enero de 2016 se dicta sentencia 17/2016 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su recurso de suplicación 755/2015 estimando el recurso de suplicación del actor y anulando la sentencia del juzgado de lo social nº 15 de Madrid, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a ser dictada la sentencia para que se proceda a dictar nueva sentencia entrando a resolver sobre el fondo del asunto (Folio 797 y ss).

El día 6 de abril de 2016 se dicta la nueva sentencia por parte del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid en el procedimiento 1399/2013 estimando la demanda de despido y declarando la improcedencia del mismo (folios 801 y ss).

El día 19 de abril de 2016 se recibe por la UAH la nueva sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid dictada el 6 de abril de 2016 declarando la improcedencia del despido del actor (Folio 819).

El día 25 de abril se presenta escrito optando por el abono de la indemnización. (folio 819).

El día 11 de mayo de 2016 el Vicerrector de Personal Docente e Investigador firma el documento de baja del actor con efectos del 31 día 31 de agosto de 2016, en la nueva relación laboral iniciada el 17 de diciembre de 2013. (Folio 946 de las actuaciones).

El día 1 de julio de 2016 se formaliza por la UAH recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 que declara la improcedencia del despido en la relación anterior. (Folio 837).

El día 4 de julio se recibe en el Registro Central de Personal la baja firmada el día 11 de mayo de 2016. (folio 946).

El día 11 de julio es remitida al actor dicha baja por el Servicio de Personal Docente e investigador de la UAH (folio 945)".

En efecto, se trata de datos que clarifican y ordenan el panorama indiciario y sirven para enervar otro de los razonamientos de la iudex a quo para desestimar la violación de la garantía de indemnidad, esto es, que ha transcurrido un excesivo lapso temporal desde la demanda formulada en noviembre de 2013 hasta el despido que tuvo lugar en agosto de 2016, sin tener en cuenta que tras la demanda hay numerosas actuaciones que mantienen vivo el procedimiento.

QUINTO .- Conviene aclarar, dado el entrecruzamiento de datos y procesos, y antes de pasar a examinar los motivos del recurso con amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS, en este recurso de suplicación sometido a nuestra consideración debemos resolver el segundo despido acontecido con efectos de 31 de agosto de 2016 del contrato suscrito el 17- 12-13 entre el actor y la Universidad de Alcalá, y no el despido producido el 30-6-13 tras el contrato de 5 de mayo de 2012 suscrito entre las partes, por obra o servicio determinado a tiempo parcial, contrato laboral docente e/o investigador (folios 205 y 206 de las actuaciones) con dedicación a 5 horas, que fue sucesivamente prorrogado si bien con dedicación a tiempo parcial de 4 horas hasta el día 30 de junio de 2013, declarado improcedente por sentencia firme del Juzgado de lo Social nº 15.

SEXTO .- Ya en el séptimo motivo, en sede del Derecho aplicado, denuncia infracción de los artículos 55.5 ET, 108.2 y 182 LRJS, 24 CE y jurisprudencia asociada, sosteniendo, en esencia, con los datos existentes existe un panorama indiciario de vulneración de la garantía de indemnidad y derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que el despido acontecido el 31-8-16, derivado del contrato suscrito a 17-12-13, responde a la intención de la Universidad de represaliarle por haber reclamado contra el primer despido de 30-6- 13, derivado del contrato suscrito a 5-5-12, que tras diferentes vicisitudes procesales fue declarado improcedente, discriminándole (art. 14 CE) y vulnerando sus derechos constitucionales a la dignidad e integridad física y moral. Añade que la decisión, ya tomada por la Universidad el 11 de mayo de 2016, se produce menos de un



mes después de la notificación de la segunda sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de 19-4-16 , dictada el 6-4-16 , declarando la improcedencia del despido del actor, al señalarse en dicha resolución judicial la anterior contratación de 5-5-12 era fraudulenta al tratarse de una necesidad ordinaria y permanente de la Universidad, realizando el actor siempre la misma actividad como profesor asociado de inmunología de la Facultad de Medicina y que se remonta, nada menos, que al año 1994, tras sucesivos contratos ininterrumpidos de temporalidad. En fin, que deviniendo indefinido no fijo por fraude continuado en la contratación no debió cesarle la demandada cuando ya conocía esta condición. Y ni tan siquiera debió la demandada, con independencia de lo anteriormente expuesto, cesarle a 31-8-16, pues a tenor del art. 124.2 de los Estatutos de la Universidad de Alcalá las prórrogas del contrato de profesor asociado son automáticas hasta los tres años "salvo que medie informe desfavorable del Departamento ", y sin esperar a terminar esos tres años se le despide, lo que pone de relieve ese propósito de discriminarle y represaliarle por haber ejercido sus derechos laborales.

SÉPTIMO. - Veamos a continuación cuales son los argumentos esgrimidos por la iudex a quo para desestimar en el caso enjuiciado la vulneración de derechos fundamentales en el cese de 31-8-16.

Según su fundamento segundo:

"En el caso de autos no se aprecia que la decisión extintiva del empresario, tal y como preceptúa el artículo 53.4 del ET , haya tenido como móvil alguna de las causas de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley o que se haya producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, sin que se incardine tampoco la nulidad en ninguno de los supuestos establecidos en las letras a), b) y c) del precepto indicado. Y tal conclusión se obtiene tras la valoración de la prueba practicada.

Sustentada la nulidad en la vulneración de la garantía de indemnidad en tanto el cese obedece a una represalia de la Universidad a don Fabio tras su conducta reivindicativa materializada en la impugnación del cese operado en fecha de 30 de junio de 2013, del contrato suscrito entre las partes en fecha de 5 de mayo de 2012 que dio lugar a los Autos seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 15, 1399/2013, no se comparte por la juzgadora dicha afirmación. Atendido al iter procesal de dichos Autos, iter relatado en el hecho probado segundo de la presente resolución, no puede considerarse que el cese de fecha de 31 de agosto de 2016 responda al resultado de lo acaecido en dichos Autos, en tanto transcurre un excesivo lapso temporal para entender el cese como represalia. Presentada demanda en fecha de 25 de noviembre de 2013, el actor ha seguido prestando servicios para la demandada, desde el día 17 de diciembre de 2013 a 31 de agosto de 2016 suscribiendo nuevo contrato que ha sido sucesivamente prorrogado. De modo que si la demandada hubiera querido represaliar al actor como consecuencia de tal proceder reivindicativo no parece lógico que suscriba nuevo contrato de trabajo con este, ni posteriormente se prorrogue el mismo, sin que la extinción sea una respuesta inmediata en el tiempo a la fecha de notificación a la demandada de la sentencia del Juzgado de lo Social. Se añade a esto, como dato que determina la ausencia de nulidad por represalia, que en fecha de 4 de abril de 2016 se procedió a la convocatoria de concurso para profesorado, y entre las plazas convocadas que obran al Anexo I figura con el Código NUM000 la de profesor asociado con dedicación 4+4 en el Departamento de Medicina y Especialidades Médicas en el área de Inmunología, admitiéndose por resolución de fecha de 27 de mayo de 2016 la solicitud del actor. Convocatoria de plaza que posteriormente quedó en suspenso a instancia del propio actor mediante la presentación de escrito en fecha de 27 de abril de 2017 ante el Rectorado. Datos que en conjunto determinan la inexistencia de actuaciones represivas por la Universidad respecto del actor. De modo que valorado lo anterior decae de tal modo la pretensión de nulidad y por tanto la reclamación de cantidad en concepto de indemnización adicional de daños y perjuicios por tal hecho".

OCTAVO. - No es infrecuente que algunas empresas actúen, ante el ejercicio legítimo de los derechos de sus trabajadores, en vía judicial o extrajudicial, siguiendo una pauta reactiva de extinción del contrato de trabajo. Para impedir que se produzcan estas conductas está la garantía de indemnidad que en una primera aproximación podemos definir como aquella protección conferida al trabajador por el ejercicio de sus derechos ante la consecuente represalia de la compañía. Esta figura, originariamente no contemplada en la ley (al menos no contemplada de manera específica bajo esta denominación), ha sido construida por los tribunales y la doctrina en los últimos años. De ello se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción 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.

Desde siempre ha estado previsto en el Derecho Laboral español un derecho subjetivo de todo empleado en el sentido de poder ejercitar cuantas acciones se deriven de su relación laboral, derecho que hoy día se previene en el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET), que confiere a éstos el derecho " al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo ".



El origen constitucional de la garantía de indemnidad se encuentra -por lo que al Derecho español se refiere- en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna, que consagra, como uno de los derechos fundamentales de toda persona, el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, " *sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Inmediatamente se pensó que si el ejercicio por parte de cualquier persona de una acción en defensa de un derecho podía dar lugar a represalia por parte del obligado a respetar ese derecho, entonces el titular del mismo (esto es, el que había ejercitado la acción) habría sufrido una importante indefensión cuya producción había que evitar.

Esta norma de nuestra Ley Fundamental fue la que dio lugar a que el Tribunal Constitucional reconociera, tempranamente, la garantía de indemnidad asentándola en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sin indefensión. Puede citarse al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional número 11, de 8 de abril de 1981, (en sí misma un verdadero tratado del Derecho del Trabajo con el mérito añadido que su ponente era Catedrático de Derecho Civil) como una de las primeras dictadas en este sentido. En un pasaje del extenso fundamento jurídico 22 de esta sentencia se dice: << *resulta evidente que una tutela efectiva del derecho de huelga [art. 28.2 CE y art. 4.1 g) del Estatuto de los trabajadores] resulta incompatible con la tolerancia de una actuación empresarial dirigida a sancionar directa o indirectamente su legítimo ejercicio, pues el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción* >>.

Posteriormente han recaído otras muchas sentencias del propio Tribunal Constitucional consagrando la garantía de indemnidad (y otorgándole, además, ya esa denominación). Pero la importancia de esta sentencia del Tribunal Constitucional, como hace observar con finura autorizada doctrina (San Martín Rodríguez), reside en que recayó incluso antes de dictarse una norma de carácter internacional de carácter supralegal sobre nuestro Derecho interno (art. 96 CE) en la que también se reconoce esta garantía, aun sin darle esta denominación. Se trata del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, ratificado por España (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985), cuyo artículo 5.c) señala que nunca puede justificarse que la empresa disponga la terminación de una relación laboral (entre otras causas) por el hecho de << *presentar [el trabajador] una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes* >> .

Y es que el Convenio Núm. 158, no solamente se refiere aquellas cuestiones que no constituyen causa justificada para terminar la relación de trabajo, sino también, y lo que es tan importante como lo anterior, el Convenio consagra en el art. 4 la recomendación a los Estados miembros del Principio de imposibilidad del fin de la relación de trabajo a instancias del empresario, sin causa que la sustente.

En igual sentido, el Convenio en su art. 6 se refiere también a recomendación de la imposibilidad para constituir una causa justificada de terminación de la relación del trabajo a instancia del empresario la " *ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*".

Y como colofón, el Convenio recomienda a los Estados miembros que no debe darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o con su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

A partir de estos antecedentes que podemos calificar como " *de origen constitucional*", ya el Tribunal Supremo -cúspide de la jurisdicción ordinaria- ha asumido también en muchas de sus resoluciones la aplicación de la garantía de indemnidad, y posteriormente la han consagrado las leyes procesales laborales (primero la Ley de Procedimiento Laboral y actualmente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) en el sentido de dulcificar el soporte de la carga que al trabajador le incumbe con el fin de acreditar que una medida adversa de su empresario haya obedecido a vulneración de la garantía de indemnidad.

La garantía de indemnidad se puede generar por las reclamaciones presentadas ante la propia empresa u órganos internos de la misma, así como por el ejercicio de acciones por las que se promueva un proceso judicial o de preparación del mismo; incluso, no son pocos los casos en que la denuncia de un trabajador ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha comportado una acción por parte de la empresa que ha repercutido de forma negativa en el empleado. Todo ello resulta con independencia del órgano administrativo o jurisdiccional al que se acuda, de si se ejerce individual o colectivamente, o bien de que la reclamación del trabajador haya prosperado siempre y cuando ésta tuviera una cierta fundamentación legal.

En el caso de apreciarse en la sentencia que la medida empresarial ha constituido una vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador, procede declarar la nulidad de la medida de que se trate, por ser discriminatoria. Así resulta de numerosa jurisprudencia, incluso constitucional. Puede citarse al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 5 de 20 de enero de 2003, en cuyo fundamento jurídico 7, con invocación de otras muchas, puede leerse: << *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 (SSTC 7/1993, de 18 de enero ; y las ya citadas 54/1995 ; 101/2000 y 196/2000), 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 g) del Estatuto de los Trabajadores >>.

Ello sin perjuicio de poder pedir el trabajador la correspondiente indemnización, que el juez concederá si la estima procedente, tal como se desprende del artículo 183.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social : << Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados >>.

NOVENO .- Como afirmó esta Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su sentencia de 3 de marzo de 2017, rec. 1090/2016 :

" La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

Por esta razón se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental o libertad pública, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido.

Y sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata, en fin, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria.

La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental o libertad pública.

En definitiva, es al demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba quien debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios.

No hemos de obviar que el art. 181.2 LRJS dispone que "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 ."

No se impone, por tanto, al demandado, 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.

Según una constante doctrina jurisprudencial, el precepto lo que viene a exigir del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación.

Los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término "sospechoso ", que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia.

La garantía de indemnidad, como recuerda nuestra sentencia de 5-12-2014, rec. 691/2014 , es un derecho con un doble carácter reparador y preventivo. De un lado, busca restituir en la integridad de su derecho al trabajador



represaliado por el legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que entronca con la doctrina general sobre la nulidad de las medidas empresariales discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales iniciada con la STC 38/1981 . Pero, por otro lado, la garantía de indemnidad tiene también una clara faceta preventiva, frente al eventual uso de los poderes empresariales como instrumento de coacción para disuadir a los trabajadores del acceso a los jueces y tribunales; se muestra como un instrumento muy eficaz para ahuyentar en el ámbito de las relaciones laborales las reticencias de los trabajadores a hacer valer los derechos que les asisten en sede judicial por temor a las represalias.

En relación con las reclamaciones extrajudiciales, no ya las planteadas ante autoridades administrativas sino ante la propia empresa, a las que, en principio, no alcanzaría la tutela propia de la garantía de indemnidad el TC ha abierto una interesante línea de interpretación ampliadora o extensiva del ámbito amparado por aquélla, en su Sentencia 55/2004, de 19 abril . En la misma, el TC ha considerado que también deben quedar amparados por la garantía aquellos actos previos al propio proceso judicial que, sin venir impuestos por el ordenamiento laboral y no siendo necesarios para abrir el proceso, son realizados por el trabajador para tratar de evitar la judicialización del conflicto y encontrar una solución amistosa.

Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la garantía de indemnidad, bastando con invocar al respecto, por todas, la Sentencia 54/1995 de 24 de febrero (y las que en ella se citan), en cuyo fundamento 3º se razona que:

" como recuerda la STC 14/93 , la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, 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 nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/93 de 18 enero ,) 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), mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 5 c) dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente". Y en el propio fundamento se señala que " como afirma la STC 14/93 , el derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad , en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos ".

En palabras de la Sentencia del TS 28-2-2008, Recurso 1232/2007 :

" Son muchas y muy conocidas las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que recogen la consolidada doctrina sobre la garantía de indemnidad que integra el art. 24 de la Constitución , y que se traduce en que nadie, en este caso los trabajadores, puede en ningún momento resultar perjudicado por el hecho de haber reclamado en juicio lo que considera su derecho -por todas SSTC 90/1997 o 29/2002 - pues como resumió la STC 55/2004, de 19 de abril , con cita textual de otras anteriores, en concreto la STC 7/1993, de 18 de enero , "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos previos o preparatorios al proceso, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario", pues "el derecho a la tutela judicial efectiva no solo 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 ".

Para apreciar la concurrencia del indicio, como ha señalado nuestra jurisprudencia, tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar, por tanto, más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se



podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado (por todas, SSTC 111/2003, de 16 de junio , FJ 4 ; 79/2004, de 5 de mayo , FJ 3 , 216/2005 , FJ 6).

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre FF.JJ. 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo , FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5 , y 85/1995, de 6 de junio , FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios".

DÉCIMO. - Coincide esta Sala con el planteamiento de la tesis del recurrente, bien trenzada técnicamente, y sustentada en uno hechos que revelan una panorama indiciario serio, vehemente y consistente de que se han vulnerado derechos constitucionales del trabajador.

Por de pronto, el contrato de 17-12-13, después de extinguirse el de 30-6-13, no surge de la liberalidad de la Universidad de Alcalá que no era partidaria en un principio de suscribirlo. Si finalmente así lo hace lo es por la reclamación efectuada por el actor en un recurso de alzada, siendo además que era el único candidato a la plaza, pese a lo que se le excluye de manera arbitraria.

Nótese que el actor presentó solicitud de admisión al concurso de la plaza NUM000 el día 1 de octubre de 2013 (folio 899) y la Universidad le excluyó del listado de aspirantes admitidos, incorporándole al de excluidos en las listas publicadas los días 8 y 23 de octubre de 2013 (folios 927 y 928) resultando que era el demandante el único candidato a dicha plaza (Total de aspirantes admitidos 0: Total aspirantes excluidos 1).

Frente a dicha exclusión de las listas del 8 de octubre de 2013, el actor remitió burofax el día 22 de octubre de 2013 dirigido al Registro General de la Universidad de Alcalá, formalizando recurso de alzada. Dicho Burofax fue recibido el día 23 de octubre de 2013 (folios 929 a 933).

La Universidad publicó un nuevo listado de aspirantes admitidos y excluidos el día 31 de octubre de 2013, incorporando al actor al listado de aspirantes admitidos (folio 934), procediendo el 11 de diciembre de 2013 al dictar resolución con la adjudicación de la plaza código NUM000 actor (folio 935).

En fin, que como bien aduce el recurrente, la adjudicación de la plaza no fue pacífica.

DÉCIMO-PRIMERO .- A nuestro modo de ver en el cese de 31-8-16, derivado del contrato suscrito a 17-12-13, existe una intención de la Universidad de represaliarle por haber reclamado judicialmente contra el primer despido de 30-6-13, derivado del contrato suscrito a 5-5-12, que tras diferentes vicisitudes procesales fue declarado improcedente, discriminándose al demandante. Amén de que la decisión del despido ya estaba tomada por la Universidad el 11 de mayo de 2016, esto es, menos de un mes después de recibir la notificación de la segunda sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 el 19-4-16 , y que fue dictada el 6-4-16 , declarando la improcedencia del despido del actor, al señalarse en dicha resolución judicial la anterior contratación de 5-5-12 era fraudulenta por tratarse de una necesidad ordinaria y permanente de la Universidad, realizando el actor siempre la misma actividad como profesor asociado de inmunología de la Facultad de Medicina y que se remonta nada menos que al año 1994 tras sucesivos contratos ininterrumpidos de temporalidad. Así las cosas, tiene razón el recurrente que su contrato devino indefinido no fijo por fraude continuado en la contratación, por lo que no debió cesársele por la demandada cuando ya conocía esta condición, y menos sin poner a su disposición la oportuna indemnización. A mayor abundamiento, no debió cesarle a 31-8-16 la Universidad anticipadamente, pues a tenor del art. 124.2 de los Estatutos de la Universidad de Alcalá las prórrogas del contrato de profesor asociado son automáticas hasta los tres años " salvo que medie informe desfavorable del Departamento" , lo que aquí no acontece, poniéndose de relieve aún de manera más acusada ese propósito deliberado de discriminarle y represaliarle por haber ejercido sus derechos laborales reclamando ante la jurisdicción social.

DÉCIMO-SEGUNDO .- Pero es que, a los efectos dialécticos, y aunque entendiéramos no existe ese propósito de discriminación y de represaliarle, la idea que se han vulnerado derechos fundamentales en el caso enjuiciado sigue estando presente dado que se ha producido un perjuicio objetivo en el patrimonio del trabajador, sin que por la Universidad se haya aportado una explicación objetiva y razonable de que su actuación es ajena a esa vulneración.



Nuestro Tribunal Constitucional ha ido todavía más lejos. Si reparamos en su Sentencia 6/2011, de 14 de febrero, señala que la vulneración del art. 24.1 CE se puede producir en un doble plano: las lesiones intencionales y las lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad. Ello conduce a afirmar que el análisis que a tal efecto corresponde realizar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer plano (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde este prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo. Para el máximo intérprete de nuestra Constitución es preciso un análisis que descarte también la vulneración en el segundo de los planos esbozado. A su juicio, al margen ahora del fundamento de dichos argumentos y de que permitieran, en su caso, excluir la intencionalidad lesiva, la cuestión planteada no puede resolverse únicamente con tal aproximación. Es necesario añadir un análisis sobre la conexión causal entre el ejercicio del derecho y el perjuicio denunciado, pues puede concurrir una lesión objetiva, no intencional del derecho fundamental. Basta al Tribunal con analizar el relato fáctico de la Sentencia para acreditar la conexión causal entre el ejercicio del derecho y la exclusión de la bolsa de contratación. Vemos pues como en esta evolución el TCO en una imparable tenencia expansiva entiende ha considerado la garantía más allá de la represalia, superando el perfil "represivo" o de "respuesta", elemento que se había considerado hasta ahora como definidor de la propia figura.

DÉCIMO-TERCERO .- Por cierto, y a propósito de esta tendencia expansiva de la garantía de indemnidad, esta Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se ha hecho eco en su sentencia de 20-2-2015, rec. 886/14, de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 6/2011, de 14 de febrero, expresándose así:

" (...) ya vimos que la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad apreciada por la Juez de instancia se basó en una interpretación amplia del mismo con apoyo en una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Bien mirado, no se trata de doctrina emanada de esta Sala, sino del propio Tribunal Constitucional, que en su sentencia 6/2.011, de 14 de febrero (recurso de amparo nº 634/07) proclama: "(...) Invocada por los demandantes de amparo la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la denominada ' garantía de indemnidad'. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a 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 su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril ; 87/2004, de 10 de mayo ; 38/2005, de 28 de febrero ; 144/2005, de 6 de junio ; y 125/2008, de 20 de octubre)".

Añade a continuación:

" (...) En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, en primer lugar, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero ; 38/2005, de 28 de febrero ; y 138/2006, de 8 de mayo), de donde 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 radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, 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. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores]".

Tras exponer los criterios clásicos sobre la garantía de indemnidad, dice luego:

" (...) Es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengán perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue 'la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre



el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (SSTC 11/1998, de 13 de enero ; 124/1998, de 15 de junio ; 126/1998, de 15 de junio ; 225/2001, de 26 de noviembre ; y 66/2002, de 21 de marzo)' (STC 80/2005, de 4 de abril)".

Y finaliza así:

"(...) En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurran dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador. En suma, el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. Por tanto, como la vulneración del art. 24.1 CE puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde ese prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo".

DÉCIMO-CUARTO .- Lo anteriormente razonado ha de ponerse en el contexto fáctico y normativo de aplicación, en una cadena de contratación temporal abusiva y discriminatoria del actor como profesor de Universidad.

Para evitar que los profesores universitarios no permanentes, contratados al amparo de los arts. 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Universidades (Ayudantes, Profesores Ayudantes Doctores, Profesores Asociados, Profesores Visitantes y Profesores Eméritos) adquiriesen la condición de trabajadores fijos la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo en el ET una disposición adicional decimoquinta, que establece en su apartado 3 que el art. 15.5 ET " no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU o en cualesquiera otras normas con rango de ley ".

Pero esta drástica y controvertida medida no ha resuelto, sin embargo, la cuestión, ya que no tiene en cuenta los principios que rigen la contratación temporal en el Derecho de la Unión Europea y, más concretamente, en el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que figura como Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (DOCE de 10 de julio de 1999).

En este orden de ideas el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, con ocasión del cese de un Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra (procedimiento despido 742/2012), planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la conformidad del art. 53 de la LOU con el Derecho Comunitario. Ya que, según se señala en el Auto de planteamiento de la cuestión de 4 de abril de 2013, dicho precepto " no establece límite temporal de contratos de trabajo sucesivos y (...) no existe ninguna medida en Derecho interno que evite el uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada ".

Recordemos que la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP que figura como Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, acuerda:

"Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";



b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

La cuestión prejudicial fue resuelta por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 12 de marzo de 2014 (asunto C-190/13), que no quiso comprometerse excesivamente, trasladando sobre los Juzgados nacionales la carga de vigilar, en cada caso, si la normativa española está siendo utilizada o no, de forma abusiva. Es decir, que corresponde al Juez nacional decidir si el contrato debe considerarse, efectivamente, como de duración determinada, por estar cubriendo el Profesor necesidades docentes temporales, o, por el contrario, debe considerarse al interesado como trabajador indefinido no fijo, por desempeñar en la Universidad funciones permanentes y duraderas.

En efecto, la meritada Sentencia de 12 de marzo de 2014 resuelve que:

" La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, concluido el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva, en el sentido del apartado 1, letra a), de dicha cláusula, extremo que incumbe comprobar al Juzgado remitente. No obstante, incumbe también a dicho Juzgado comprobar concretamente que, en el litigio principal, la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trataba realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la controvertida en el litigio principal no se haya utilizado, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente."

Se estima el séptimo motivo del recurso.

DÉCIMO-QUINTO .- Vulnerado el derecho a la garantía de indemnidad debe existir una reparación del daño y perjuicio producido, lo que ha de conducir también a estimarse el octavo motivo del recurso en el que se denuncia infracción de la normativa y jurisprudencia que señala, habida cuenta de que puede aplicarse analógicamente la LISOS para cuantificar el importe de la indemnización, que en este caso, al tratarse de una falta muy grave del art. 8.12 de dicha Ley , dentro del *grado mínimo* permite fijarla en 25.000 euros (art. 40 del RD 5/2000), tal como se pide por el recurrente y se ha aceptado en casos similares por la Sala de lo Social del TS, (por todas Sentencia nº 768/2017 de 5 Oct. 2017, Rec. 2497/2015), pues no aparece como irrazonable o arbitraria.

En suma, procede estimar el recurso y con revocación de la sentencia de instancia declarar la nulidad del despido que produjo efectos el 31-8-2016, con condena a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir (art. 113 LRJS) así como al abono de 25.000 euros en concepto de indemnización adicional por vulneración de daños fundamentales.

Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Don Fabio contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de los de Madrid de 28 de septiembre de 2018 , nº 301/2018, en sus autos nº 889/2016, en virtud de demanda deducida por el recurrente frente a la UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HERARES, y con revocación de la resolución judicial de instancia, estimando la demanda, declaramos la nulidad del despido que produjo efectos el 31-8-2016, con condena a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir así como a que abone al demandante 25.000 euros en concepto de indemnización adicional por vulneración de daños fundamentales.

Sin costas

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo



de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-0074-19 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826-0000-00-0074-19.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.