



Roj: **STSJ PV 595/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:595**

Id Cendoj: **48020340012014100421**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2014**

Nº de Recurso: **130/2014**

Nº de Resolución: **448/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Vitoria-Gasteiz, núm. 2, 29-07-2013,**
STSJ PV 595/2014,
STS 276/2017

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **130/2014**

N.I.G. P.V. 01.02.4-13/000081

N.I.G. CGPJ 01.059.34.4-2013/0000081

SENTENCIA Nº: 448/2014

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 4 DE MARZO DE 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D/D^a. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Guillermo y Jacobo contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 29 de Julio de 2013, dictada en proceso sobre DESPEDIDO (DSP), y entablado por Guillermo y Jacobo frente a **DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES S.A., ENTELGY CONSULTING S.A., FOGASA y TELEFONICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING S.A.U.**

Es Ponente el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero.- Que los actores han venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. (en adelante DOMINION), con las siguientes circunstancias socio-laborales:



- D. Jacobo , con antigüedad desde el 15 de octubre de 2012, ostentando la categoría profesional de auxiliar/operador, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.333,33 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

- D. Guillermo , con antigüedad desde el 15 de octubre de 2012, ostentando la categoría profesional de auxiliar/operador, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.366,67 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Que consta en los autos, folios 182 y siguientes, contratos de trabajo suscritos por los actores con la empresa Dominion, en fecha 15 de octubre de 2012, y hasta fin o reducción de la obra, constando en ambos como categoría profesional de los actores la de auxiliar/operador, y fijándose un período de prueba de 3 meses. Que en ambos contratos figura como objeto del mismo la realización de la obra o servicio recogidos en la adjudicación de oferta de compras de Telefónica Soluciones de Outsourcing con número de referencia 12363716-04 PC380986, para el suministro/instalación de los servicios de CGP para el Gobierno Vasco. Que en ambos contratos consta como de aplicación el Convenio colectivo de Industria Metalúrgica de Vitoria.

Que el actor Sr. Jacobo había suscrito también con fecha 16 de diciembre de 2008 otro contrato de trabajo con la empresa Dominion (folio 186 de los autos), cuyo objeto es el suministro/instalación de los servicios de gestión de CGP, contrato que finalizó con fecha 30 de noviembre de 2010, según consta en la vida laboral aportada de este demandante.

Segundo.- Que los actores habían venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa ENTELGY CONSULTING, S.A. (en adelante ENTELGY), en virtud de sendos contratos de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado (folios 116 y siguientes de los autos), con las siguientes circunstancias socio-laborales:

- D. Jacobo , con antigüedad desde el 14 de julio de 2011, ostentando la categoría profesional de operador de periféricos, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.333,33 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

- D. Guillermo , con antigüedad desde el 28 de junio de 2010, ostentando la categoría profesional de operador de periféricos, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.166,67 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Que ambos actores suscribieron con la empresa Entelgy sendos contratos de trabajo de duración determinada que constan en los folios 116 y siguientes, dándose por reproducidos, en los que consta las circunstancias descritas y siendo el objeto de los mismos la operación y técnica de redes del servicio de contratación externa de CGP, CNC Y CGC, según contrato suscrito con nuestro cliente Telefónica Empresas.

Tercero.- Que los actores suscribieron con fecha 10 de octubre de 2012 el Sr Guillermo , y con fecha 15 de octubre de 2012 el Sr Jacobo , sendas cartas que constan en los folios 769 y 771 de los autos, y en las que se comunicaba a la empresa Entelgy que por la misma comunicaban la finalización de su relación laboral, debiéndose la decisión a motivos estrictamente laborales, derivados de la comunicación que se trasladó desde la empresa el día 4 de octubre de 2012 al resto de compañeros, y no a los que suscriben, donde confirmaba que dejaría de prestar los servicios al cliente Telefónica, comunicándose vía telefónica la solicitud de redacción y entrega de esa carta. Que continúan diciendo los actores en la carta que su decisión responde al deseo de continuar realizando los mismos servicios para el citado cliente, siendo la fecha de inicio en la contrata que realizará dicho servicio el 15 de octubre de 2012, siendo su último día en la empresa Entelgy el día 14 de octubre de 2012.

Que constan en los autos los finiquitos realizados por la empresa Entelgy y firmados por los trabajadores (folios 767 y 773 y 775 de los autos).

Que los actores fueron contratados por la empresa Dominion por tener ya experiencia de la empresa Entelgy y porque ya estaban formados (testifical del Sr Jose Pablo , coordinador nacional de CGPs).

Cuarto.- Que la empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING, S.A.U. (en adelante Telefónica ó TSO), es adjudicataria, entre otras, del servicio integral de telecomunicaciones Centro de Gestión Personalizado-CGP- del Gobierno Vasco y otras administraciones, siendo subcontratada la empresa Entelgy para la realización de una de las áreas de ese servicio integral, que es la de servicios a la empresa Telefónica, constando en los autos el contrato marco regulador de los servicios prestados a través de los centros de gestión personalizada.

Que después de varias prórrogas en esta adjudicación a Entelgy, prórrogas que también constan en los autos, con fecha 26 de septiembre de 2012, Telefónica remite carta a la empresa Entelgy en la que le comunica que procediéndose a realizar la adjudicación de la nueva RFP que ampara la prestación del servicio "Gestión de



Redes de CGPs para TSO), Entelgy no había sido adjudicataria del mismo, y por tanto, a partir del 7 de octubre de 2012, se inicia la etapa de finalización de la prestación de los servicios según las condiciones descritas en él.

Que ambas empresas habían suscrito pliego de requisitos para la contratación del servicio de gestión de redes de CGPs, en el que se recoge, entre otras cuestiones (folio 1008 de los autos), un período de transición en el que la adjudicación de la oferta sería comunicada por TSO y que durante la etapa de solape, el adjudicatario deberá simultanear las actividades que componen el servicio con el prestador actual durante un mínimo de 30 días antes de asumir la total responsabilidad sobre el servicio.

Quinto.- Que la empresa Entelgy suscribió contrato de arrendamiento para uso distinto de la vivienda con la mercantil INBISA Grupo Empresarial, S.L., constando a los folios 910 y siguientes, dándose por reproducido, por el que arrendaba la oficina nº 118 del Edificio DII, ubicado en el Parque empresarial Inbisa-Gamarra de esta Ciudad, sita en la calle Avd. de los Olmos nº 1, Edificio D2.

Sexto.- Que por la empresa Entelgy se aporta en su ramo de prueba documentación relativa a los documentos de confidencialidad suscritos por ésta con los actores, sus respectivas solicitudes de incorporación a la empresa, así como los procesos de selección de ambos actores, la formación en prevención de riesgos laborales y reconocimientos médicos de los actores, así como los partes de actividad y vacaciones y las acciones de formación de ambos. Que esta documentación la damos por reproducida.

Septimo.- Que es la empresa Dominion la que resulta adjudicataria de la empresa Telefónica para la prestación de servicios a través de los centros de gestión, firmando contrato marco que consta en los autos, folios 456 y siguientes, dándose por reproducido.

Que consta al folio 139 de los autos la adjudicación de oferta de compras de Telefónica con número de referencia 12363716-04 PC380986, para el suministro/instalación de los servicios de gestión de CGP, que es una de las tres áreas que el Gobierno Vasco tiene contratado con Telefónica dentro de la gestión integral para este cliente (testifical Sr. Dimas).

Octavo.- Que con fecha 15 de octubre de 2012 las empresas Entelgy y Dominion firman oferta de servicios de soporte en proceso de migración, folio 121 de los autos, en el que consta que al estar la empresa Dominion acondicionando unas oficinas para una nueva actividad en el Parque empresarial Inbisa-Gamarra, Avd de los Olmos, nº 1 Zona D, local 118, y siendo este adyacente al empleado por Entelgy, local 117, y dada la urgencia con la que la primera debe iniciar la prestación de sus servicios, la segunda oferta un servicio de soporte en el proceso de migración, permitiendo el uso temporal de sus medios para facilitar el proceso, no debiendo superar en ningún caso el plazo de tres meses, concertando un precio por esos servicios.

Noveno.- Que consta al folio 138 de los autos contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de la oficina 117 del Edificio D-2, siendo arrendador la mercantil Inbisa y arrendataria la empresa Dominion.

Que consta asimismo en los autos organigrama de la empresa, dándose por reproducido, y a cuyo personal se hará referencia posteriormente.

Decimo.- Que consta en los autos informe de la Inspección de Trabajo de fecha 17 de abril de 2013, folios 167 y siguientes, dándose íntegramente por reproducido.

Que en el mismo consta que la inspectora realiza visita de inspección en la oficina 118, centro de trabajo de la empresa Entelgy, oficina de seguimiento de Telefónica, identificando la inspectora los trabajadores que estaban en esa oficina.

Seguidamente visita la oficina nº 117, observando una placa con el logotipo de la empresa Telefónica, indicándole la coordinadora Sra Olga que es un centro de gestión personalizada para el Gobierno Vasco, constando de nueve trabajadores de plantilla pertenecientes a la empresa Dominion, identificando la inspectora a los trabajadores, dos responsables técnicos, y dos operadores, y otro operador de sistemas informáticos y representante de los trabajadores.

Que se encuentra también en el centro el Sr Dimas , Responsable o jefe de proyectos de Telefónica del centro de gestión, manteniendo entrevista separada con este y con la Sra Olga , coincidiendo ambos en que el primero tiene como cometido el ser mero controlador del servicios, no entrando en ningún aspecto de la subcontrata de Dominion. Que explica que se trata de un centro de gestión de incidencias de sistemas informáticos del Gobierno Vasco, una especie de Centro de Atención al Usuario, incidencias relativas a telefonía fija, routers, gestión de redes de telefonía fija y datos. Que asimismo manifiesta que de las cuestiones de personal de la oficina se ocupa la coordinadora de Dominion, y de los aspectos técnicos, los responsables de esa empresa. En cuanto a la realización de exámenes al personal de la subcontrata, señala que se trata de certificaciones anuales exigidas por Telefónica, y realizándose en sedes de Telefónica.



Que la coordinadora Sra Olga manifiesta que la sede de la empresa Dominion se encuentra en Madrid, consistiendo el servicio en examinar las incidencias, dar soporte a clientes, un total de trece, no realizando salidas los trabajadores, sino tramitando incidencias. Que los manuales operativos son documentación interna elaborada por Dominion que los trabajadores pueden descargar, marcando Telefónica los tiempos de resolución de las incidencias. Manifiesta también que los responsables técnicos no realizan exámenes y sí los operadores, anuales en aulas de formación de Telefónica.

Que se recoge por la inspectora el tiempo y turnos de trabajo, y de la documentación posteriormente aportada, el número de trabajadores de la plantilla, 15 y en la última consulta, 12.

Que de la documentación que se aporta a la inspectora se constata que la actividad preventiva la realiza la empresa con Fremap desde el 1 de julio de 2011, certificados de aptitud, y reconocimientos médicos de algunos trabajadores, así como certificados de formación en materia de prevención de riesgos laborales relativos al puesto de técnico informático.

Que la inspectora constata durante la visita que los operadores se presentan como personal de Telefónica.

Que los equipos informáticos, ordenadores, pertenecen a la empresa Telefónica, utilizando el correo electrónico y la intranet de Telefónica, siendo el mobiliario y los teléfonos fijos de la empresa Dominion.

Que la inspectora el 18 de abril de 2013 mantiene entrevista telefónica con la responsable del departamento de RRHH en Madrid, que le explica el modo de resolución de las incidencias, así como la organización del trabajo y la coordinación, así como las funciones del Sr Dimas , coincidentes con las anteriores manifestaciones, y las funciones y exámenes que se realizan.

Que la inspectora concluye que Dominion establece las condiciones de trabajo y da instrucciones a sus empleados en orden a configurar el modo en que éstos llevan a cabo su prestación laboral. Que la organización del trabajo se realiza a través de una estructura de coordinación a nivel nacional, mediante la elaboración de manuales comunes y sus modificaciones, con arreglo a pautas de actuación e instrucciones técnicas establecidas en la contrata con Telefónica, formando parte de esa estructura a nivel nacional el Sr Imanol y su inmediato superior Sr Leonardo , responsable de proyecto de todos los Centros de Gestión Personalizada de la empresa, quien a su vez comunica las instrucciones técnicas a todos los CGP. Y Don Jose Pablo , Coordinador nacional.

Que la empresa adjudicataria se responsabiliza de la entrega correcta del servicio contratado, aporta sus medios de orden personal y material, y asume la organización de esta parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirige, controla y ordena, disponiendo de una coordinadora que resuelve y comunica a la sede central de la empresa cuestiones de jornada del personal. Que es la empresa la que abona los salarios y ejerce el poder disciplinario sobre sus trabajadores, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado, a fin de comprobar si el servicio se presta conforme a la contrata, sin llegar a dirigir el trabajo de tales trabajadores.

Que alude la inspectora después a los cometidos del Sr Dimas , así como al hecho de que los ordenadores sean de la empresa Telefónica, así como a la realización de los exámenes en aulas de formación de esta empresa, la placa de ésta y que el personal se identifique como de telefónica, señalando que lo cierto es que a través de la contrata, Telefónica ha cedido el ejercicio de una actividad, servicio de gestión personalizada para el Gobierno Vasco, siendo Telefónica quien responde en último término ante el cliente principal, resultando indiferente la percepción que puedan tener los usuarios de los trabajadores de la subcontrata (incluso llegando a ser una cuestión de imagen a fin de evitar confusión por parte de los usuarios ante el convencimiento de que se dirigen al proveedor principal de su Administración, en este caso Telefónica), porque ello no puede alterar la percepción de los hechos.

Y así, concluye la inspectora que no es posible acumular indicios suficientes para entender que el presente supuesto denota una cesión ilegal.

Undécimo.- Que las órdenes e instrucciones de trabajo las da Dominion a sus trabajadores, así como la confección de los calendarios y jornadas de trabajo, se realiza la formación de los trabajadores, así como la organización de las vacaciones, ausencias, etc, sustituyéndose entre ellos en los procesos de IT, permisos y vacaciones, siendo la Sra Olga la que lo realiza (testificales de los Sres Jose Pablo , coordinador nacional de CGPs y del trabajador Sr Carlos Antonio).

Duodécimo.- Que con fecha de entrada de 9 de noviembre de 2012 los actores, y otros dos trabajadores más, así como el Sr Juan María , como Secretario General de la CNT, interponen denuncia ante la Inspección de Trabajo, sellada en el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por infracción del artículo 44.1 del ET (folios 190 y siguientes).

Que no consta comunicación a las empresas de esta denuncia.

Que con fecha 23 de noviembre de 2012 los descritos interponen denuncia a la Inspección de Trabajo, sellada en el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por infracción de su legítimo derecho a la huelga y las actuaciones que se habían llevado a cabo por los trabajadores de constitución de la sección sindical y nombramiento de delegado sindical (folios 221 y siguientes).

Que no consta comunicación a las empresas de esta denuncia.

Que con fecha 6 de febrero de 2013 la inspección de trabajo cita a la empresa Cominion (folio 757 de los autos).

Decimotercero.- Que por medio de burofax de fecha de imposición de 13 de noviembre de 2012, folios 195 y siguientes, se comunica por la CNT a las tres empresas codemandadas la comunicación a la empresa de la constitución de la Sección Sindical y el nombramiento de Delegado Sindical al Sr Jacobo , y al Sr Guillermo como propaganda, así como otros dos cargos a otros dos trabajadores de la empresa, Sres Carlos y Carlos Antonio .

Que el burofax con esta comunicación fue recogido por la empresa Telefónica el día 14 de noviembre de 2012 a las 17:53 horas.

Que por la empresa Entelgy fue recogido el día 15 de noviembre de 2012, a las 11:08 horas.

Que por la empresa Dominion fue recogido el 15 de noviembre de 2012, a las 10:04 horas, en la sede de Madrid.

Decimocuarto.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se registra en el Gobierno Vasco el acta de Constitución y Estatutos de la Sección Sindical de CNT en la empresa Dominion, folio 210 de los autos.

Decimoquinto.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se nombra al Sr Guillermo como nuevo delegado sindical con motivo del despido del anterior delegado Sr. Jacobo , comunicándose a las empresas codemandadas que lo recogieron en fecha 16 de noviembre de 2012 a las 18:26 horas, la empresa Telefónica, el día 19 de noviembre de 2012, a las 18:33 horas, la empresa Entelgy; y el día 19 de noviembre de 2012, a las 10:26 horas, a la empresa Dominion, en el domicilio de Madrid. Que al folio 718 se hace constar que se entrega al Sr Gumersindo , ingeniero de explotación de la empresa Dominion, y se niega a recogerlo.

Decimosexto.- Que con fecha 26 de noviembre de 2012 se levanta acta de la reunión mantenida entre la empresa Dominion y la Sección Sindical de la CNT, folios 231 y 232, dándose por reproducida, en la que actúa como Delegado de la Sección Sindical el Sr. Guillermo .

Decimoseptimo.- Que con fecha 3 de diciembre de 2012 se remite mail por Don Carlos Antonio , como Delegado de la sección sindical de CNT a la Sra Elisabeth que a partir de ahora las futuras comunicaciones se harán a su correo desde su cuenta.

Que con fecha 4 de diciembre de 2012 y desde la CNT CGP Vitoria se remite mail a Doña Elisabeth para solicitud de reunión

Decimooctavo.- Que al folio 722 de los autos aporta la empresa Dominion lo que dice que es albarán de envío a Vitoria de la documentación sobre la no superación del período de prueba del Sr Jacobo .

Decimonoveno.- Que con fecha 14 de noviembre de 2012 estaba convocada huelga general en España, secundándola los actores, y los otros dos trabajadores Don Carlos y Carlos Antonio , todos pertenecientes al Sindicato CNT, teniendo otros dos de la plantilla de la empresa el día libre (folio 754 y 755 de los autos).

Vigésimo.- Que con fecha 11 de marzo de 2013 se celebra acta de encuentro de conciliación entre CNT, la empresa y la Sección sindical de CNT (Carlos Antonio), en el que consta que la empresa se opone a las pretensiones de la parte social y manifiesta que la empresa no tiene constancia de la correcta constitución de la Sección Sindical y por tanto, de la legitimación activa para promover el conflicto y que el centro de trabajo no tiene más de 250 trabajadores, finalizando el acto sin avenencia.

Vigésimoprimer.- Que con fecha 15 de noviembre de 2012 se entrega carta al actor Sr Jacobo cuyo contenido literal es el siguiente:

" Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente, le comunicamos que el día 15 de Noviembre de 2012, rescindiremos el contrato de trabajo que mantenía con la empresa, por no superar el periodo de prueba, por lo tanto, rogamos se ponga en contacto con nosotros ya que se procederá a darlo de baja con la misma fecha, quedando a su disposición el finiquito y la correspondiente liquidación que a los efectos le corresponda

Agradeciéndole los servicios prestados para esta Entidad, le saluda atentamente".



Que consta la entrega de la carta al actor Sr Jacobo el mismo día 15 a las 15:00 horas, y rehusando éste firmarla, lo acreditan dos testigos, Sres Gumersindo y Sr Efrain .

Que consta en los autos la liquidación y finiquito.

Vigésisegundo.- Que con fecha 30 de noviembre de 2012 el actor Sr. Guillermo recibe carta cuyo contenido literal es el siguiente:

" Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente, le comunicamos que el día 30 de Noviembre de 2012, rescindiremos el contrato de trabajo que mantenía con la empresa, por no superar el periodo de prueba, por lo tanto, rogamos se ponga en contacto con nosotros ya que se procederá a darlo de baja con la misma fecha, quedando a su disposición el finiquito y la correspondiente liquidación que a los efectos le corresponda

Agradeciéndole los servicios prestados para esta Entidad, le saluda atentamente".

Vigésimotercero.- Que con fecha 30 de noviembre de 2012 el trabajador Sr Efrain también recibe carta de la empresa igual que la del anterior, por no superación del período de prueba.

Vigésimocuarto.- Que con fechas 2 y 14 de enero de 2013 se celebraron respectivamente los preceptivos actos de conciliación de los actores Sres Jacobo y Guillermo , dándose ambos por finalizados con el resultado de sin avenencia".

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando las demandas acumuladas interpuestas por Don Jacobo y Guillermo , frente a las empresas DOMINION INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A., ENTENGY CONSULTING, S.A. y TELEFONICA SOLUCIONES DE OUTSOURCING, S.A., siendo parte interviniente el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro procedentes los despidos de que fueron objeto los actores con fechas 15 y 30 de septiembre respectivamente, absolviendo a las empresas demandadas de los pedimentos formulados en su contra".

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte recurrida.

CUARTO.- El 23 de enero de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 11 de febrero siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jacobo y D. Guillermo recurren en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz, de 29 de julio de 2013 , que ha desestimado las demandas, acumuladas, que interpusieron el 3 y 14 de enero de 2013 , respectivamente, impugnando la decisión de su formal empresario a la sazón, Dominion Instalaciones y Montajes SA (en adelante, DOMINION), de dar por extinguidos sus contratos de trabajo los días 15 y 30 de noviembre de 2012, que ésta basaba en que no habían superado el período de prueba concertado al inicio de la relación laboral con ella (15 de octubre de 2012 en ambos casos). Demandas por las que pretendían que tal decisión empresarial se calificase como despido nulo (por vulneración de sus derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad) o, en su defecto, improcedente (por fraude en la concertación del período de prueba, al existir sucesión entre DOMINION y su anterior empresario formal, Entelgy Consulting SA -en adelante, ENTELGY- y por ser objeto de una cesión ilegal de mano de obra a Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU - en adelante, TELEFONICA-), condenando a la demandada de su elección a que, en el primer caso, les readmita con la antigüedad del primer contrato en ENTELGY (14 de julio de 2011 D. Jacobo y 28 de junio de 2010 D. Guillermo) y les pague los salarios de tramitación, y, en el segundo, a que según elijan ellos, les readmita o les indemnice en legal forma partiendo de esa antigüedad, con abono de los salarios de tramitación.

Su común recurso quiere cambiar ese pronunciamiento por otro que estime sus demandas, a cuyo fin articulan un primer motivo destinado a revisar los hechos probados en cinco apartados distintos y un segundo motivo en el que denuncian siete infracciones jurídicas diferentes cometidas por el Juzgado.

Recursos impugnados por las tres demandadas.

SEGUNDO.- A) El art. 193.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), establece la posibilidad de revisar los hechos probados de la sentencia recurrida al amparo de prueba documental o pericial.



La norma en cuestión no establece parámetros legales para esa revisión, pero su recto sentido, en interpretación sistemática, es la de que habrá de prosperar cuando el documento o pericia que se aduce no haya sido objeto de valoración con arreglo a los criterios legales de valoración de prueba dispuestos por nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de la prueba pericial, ese criterio es "la sana crítica" (art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil - LEC -), cuyo concreto alcance es el de estimar que, con arreglo a la totalidad del material probatorio obrante en autos, la convicción del Juzgado sobre su valor probatorio (positivo o negativo) resulte razonable, acogiendo la revisión cuando se advierta que, dentro de esa valoración global de la prueba practicada en relación a las materias objeto de la pericia, la conclusión del Juzgado parezca contraria al sentido común (esto es, a lo que generalmente concluiría la mayor parte de las personas ante ese material probatorio).

En el caso de la prueba documental privada, existe regla que dispone su valor de prueba plena en el caso del documento cuya autenticidad no se haya impugnado, pero bien entendido que ese efecto probatorio contrae su alcance a la existencia del documento y contenido que tiene (art. 326.1 LEC , en relación con el art. 319.1 LEC), pero no a que lo que ahí se dice responda fielmente a la realidad. Conclusión lógica, por lo demás, como lo pone de manifiesto lo que sucedería ante documentos de autenticidad no cuestionada pero con contenido contradictorio. En este terreno, por tanto, también entra en juego la regla general básica en nuestro ordenamiento, en materia de valoración de prueba, que es la de atenerse a criterios de sana crítica.

Una precisión última sobre los criterios aplicativos que se han venido siguiendo por los Tribunales Superiores de Justicia al dar respuesta a motivos de recurso destinados a la revisión de hechos probados: se ha seguido, con carácter habitual, una inercia de valoración sujeta a la rigidez propia de la revisión de corte casacional, que si podía tener sentido cuando el recurso de suplicación cumplía una función sustancialmente análoga (al interponerse ante un único órgano: Tribunal Central de Trabajo) y el órgano que lo resolvía no tenía a su alcance la totalidad del material probatorio practicado en la instancia, su razón de ser desaparece una vez atribuido su conocimiento a los Tribunales Superiores de Justicia y quedar sujeta su resolución a la función casacional que dispensa el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación para unificación de doctrina (lo que sucedió a partir de mayo de 1989), resultando significativo que, desde entonces, los sucesivos textos de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), siguiendo el mandato de la inicial Ley de Bases, contemple la revisión de hechos probados propia del recurso de suplicación en términos diferentes a los del recurso de casación ordinaria, al exigir para este último que el documento que se invoca no esté contradicho por otro elemento probatorio (art. 205.d LPL), en requisito no contemplado para la revisión fáctica propia del recurso de suplicación (art. 191.b LPL); criterio consumado tras la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en enero de 2001, en cuanto impuso la grabación de las vistas orales (art. 187.1), en regla que era de plena aplicación en el ámbito del proceso laboral por su carácter supletorio (art. 4), y hoy en día, en la nueva Ley, tiene reflejo expreso (art. 89.1 LJS), ya que con ella el Tribunal Superior tiene acceso a todo el material probatorio practicado en el litigio, pudiendo valorarlo en términos similares a como lo hace el Juez de lo Social que ha conocido del pleito en la instancia. Nueva ley que mantiene esa misma diferencia entre el art. 193.b) LJS y el art. 207.d) LJS. En consecuencia, **la revisión de la convicción del Juzgado se aproxima a valores más propios de un recurso de apelación, si bien que limitada a prueba documental o pericial .**

No queda sino concluir que para el éxito del motivo destinado a la revisión de los hechos probados se precisa, además, un factor adicional, como es que el error en la valoración de la prueba documental o pericial resulte trascendente para alterar el resultado del litigio en los términos pretendidos en el recurso total o parcialmente, pues de lo contrario estaremos ante un error irrelevante.

A la luz de lo expuesto, vamos a analizar las diversas revisiones de los hechos probados planteadas por los demandantes en el motivo inicial de su recurso.

B) La primera de ellas afecta al ordinal séptimo, al que quieren añadir que DOMINION asumió a los trabajadores de ENTELGY que efectuaban esa rama de actividad. Lo sustentan en que es un hecho conforme y en que así lo recoge el informe de la Inspección de Trabajo, de fecha 17 de abril de 2013, que obra en las actuaciones como documento nº 24 de su prueba y se menciona en el ordinal décimo, dotadas de presunción relativa de veracidad respecto de los hechos constatados por el Inspector actuante según el art. 52.2 de la Ley 8/1998, de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y disposición adicional cuarta.2, de la Ley 42/1997, de Ordenación de la Inspección de Trabajo .

La Sala lo admite por la primera de esas razones (que no por la segunda), si bien que con la precisión de que la asunción se hizo en virtud de nuevas contrataciones. En efecto, la reproducción de la grabación del juicio oral permite a la Sala comprobar cómo DOMINION reconoce expresamente, al contestar a la demanda, que al pasar a ser la nueva contratista de TELEFONICA para el suministro/instalación de los servicios del Centro de Gestión Personalizada (CGP) del Gobierno Vasco (en adelante, la CONTRATA), contrató a los trabajadores de ENTELGY



que habían estado realizando esa actividad por cuenta de ésta (anterior contratista), tal y como se decía en la demanda (hecho sexto), lo que dotaba al hecho en cuestión de la naturaleza de hecho conforme, exento de prueba, patentizando el error del Juzgado al no tenerlo por acreditado por no obrar prueba al respecto, resultando insuficiente la referencia del testigo Don. Jose Pablo . Tal es la razón de su asunción y no la contundencia probatoria del informe de la Inspección de Trabajo mencionado, ya que éste lo recoge como reconocimiento que le hace la coordinadora del centro de trabajo de ENTELGY (oficina 118), lo que acredita que dicha persona hizo tal manifestación, pero ello no es suficiente para estimar acreditado el hecho, máxime cuando quien la hace no es persona de DOMINION.

Veremos su relevancia jurídica al analizar la denuncia de infracción jurídica por no haber estimado que exista sucesión empresarial entre ENTELGY y DOMINION en relación a los trabajadores de la contrata de TELEFONICA.

C) La segunda modificación atañe al ordinal undécimo, en el que quiere precisar que las órdenes e instrucciones de trabajo a los trabajadores de DOMINION las daban tanto ésta como TELEFONICA. Invoca los correos electrónicos aportados en su ramo de prueba como documentos 37 y 38.

La Sala no lo admite, ya que su lectura no es expresiva de órdenes o instrucciones de trabajo, sino de meras peticiones de información sobre el estado del trabajo subcontratado.

D) La tercera revisión se vincula al ordinal duodécimo, en el que quiere intercalar, entre los párrafos primero y segundo, otro, indicativo de que consta comunicación a las empresas de esa denuncia a la Inspección de Trabajo por infracción del art. 44.1 ET , por medio de burofax impuestos el 13 de noviembre de 2012. Lo basa en los tres burofaxes aportados como documentos 12, 13 y 14 de su prueba.

La Sala, a la vista de los documentos (que son los burofaxes que se recogen en el ordinal decimotercero, con la certificación de la fecha de su entrega en los términos que luego se recogen en el ordinal decimotercero), lo acepta, aunque con la precisión de que lo que se informa en ellos, en relación a esa denuncia, es de que habían informado a la Inspección de irregularidades en el proceso de subrogación de los trabajadores.

Examinaremos su trascendencia jurídica en respuesta a la denuncia de vulneración jurídica por no haber estimado nulos los despidos por vulneración de la garantía de indemnidad.

E) La cuarta modificación se refiere al ordinal decimotercero, que quiere ampliar en dos extremos: a) que la comunicación incluía solicitud de reunión entre la sección sindical y las empresas; b) que la firmaban el Secretario General del SOV de CNT y D. Jacobo , como delegado sindical de la sección sindical de CNT. Invoca esos mismos burofaxes.

La Sala también lo admite, a la vista de su contenido, posponiendo el examen de su trascendencia jurídica al momento de dar respuesta a la infracción jurídica por no declarar nulos los despidos por vulneración de la libertad sindical.

F) La última revisión quiere eliminar el ordinal decimotercero, dado que no consta que dicho albarán corresponda al envío a Vitoria de esa documentación.

La Sala no lo admite, ya que precisamente la versión del Juzgado se cuida muy mucho de indicar que tiene por probado que el contenido del envío es el que indica DOMINION, recogiendo únicamente que es el que ésta manifiesta que tiene. Por otra parte, se ataca un hecho no relevante en la decisión del Juzgado, ya que si bien es cierto que éste admite que la decisión de despedir a D. Jacobo fue anterior a la notificación del burofax impuesto el 13 de noviembre de 2012 (así se afirma, con auténtico valor fáctico, en el noveno párrafo del octavo fundamento de derecho de la minuciosa sentencia recurrida), lo basa en que esa notificación se hizo a la sede de Madrid y era ésta la que preparaba la documentación oportuno).

TERCERO.- A) La primera de las denuncias jurídicas sostiene que el Juzgado, al negar la existencia de sucesión empresarial entre ENTELGY y DOMINION en cuanto a la contrata de TELEFONICA, ha infringido el art. 44 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ya que estamos ante un supuesto de sucesión de contratas que constituye el supuesto sucesorio del primero de esos preceptos, con relevancia para el pronunciamiento recaído, dado que ello implica que la contratación de los demandantes como nuevos, incluido el período de prueba, se hizo en fraude de ley, invalidando éste.

B) El art. 44 ET regula la sucesión de empresa. Precepto que, desde la promulgación del Estatuto no había tenido cambios, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, introdujo novedades en su contenido (vigentes desde el 11 de ese mes), sustancialmente debidas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la



Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral.

Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1.c ET). Entre otras muchas, así lo revela, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 2009 (RCUD 2686/2008), calificando como despido improcedente (y no como finalización de contrato temporal), la decisión empresarial de darlo por extinguido a su término, cuando se había concertado por la nueva contratista de un servicio con un trabajador de la anterior, negando que se estuviera ante un supuesto de sucesión de empresa que sí lo es.

C) Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, "a efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio". Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50/CE (art. 1.1.b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (art. 1.1.b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997, Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, de la misma fecha, y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

D) Con anterioridad a esa reforma legal, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (sentencias de 5 de abril de 1993, RCUD 702/1992, 14 de diciembre de 1994, RCUD 469/1994, 23 de enero y 9 de febrero de 1995, RCUD 2155/1994 y 3754/1993, 29 de diciembre de 1997, RCUD 1745/1997, 29 de abril de 1998, RCUD 1696/1997, y 18 de marzo de 2002, RCUD 1990/2001), como tampoco se daba si, llegado un determinado momento, éste decidía asumir directamente su gestión (sentencias de 3 de octubre de 1998, RCUD 5067/1997, y 19 de marzo de 2002, RCUD 4216/2000). Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponían ese deber, quedaba sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997, RCUD 164/1997, 9 de febrero, 31 de marzo y 8 de junio de 1998, RCUD 167/1997, 1744/1997 y 2178/1997, 26 de abril y 30 de septiembre de 1999, RCUD 1490/1998 y 3983/1998, y 29 de enero de 2002, RCUD 4749/2000).

Sin embargo, tras la reforma mencionada, a la luz de la sentencia dictada por el TJUE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO, también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los



casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Por otra parte, esa sentencia dictada por el TJUE en el caso TEMCO va aún más allá, ya que la doctrina que sienta es que ese efecto subrogatorio se produce incluso si, *de hecho*, el nuevo contratista de un servicio sin elementos patrimoniales significativos asume a una parte relevante de la plantilla que anteriormente lo atendía por cuenta del contratista precedente. Doctrina comunitaria no novedosa, que se inscribe en la línea de lo resuelto por dicho Tribunal en sus sentencias de 11 de marzo de 1997 (caso SÜZEN), 10 de diciembre de 1998 (caso HERNANDEZ VIDAL), 10 de diciembre de 1998 (caso SANCHEZ HIDALGO), 2 de diciembre de 1999 (caso GC ALLEN), 26 de septiembre de 2000 (caso DIDIER MAYEUR), 25 de enero de 2001 (caso LIKENE) y 20 de noviembre de 2003 (caso CARLITO ABLER).

Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo hizo suya en sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RCUD 4424/2003 y 899/2002), estimando que "constituye un supuesto de traspaso o sucesión la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al poder valorarse ese conjunto como una entidad económica". Concretamente, en la última de ellas enjuicia el cese, por fin de contrato, de quien fue contratado inicialmente para prestar servicios durante la vigencia del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas municipales concertada por su primer empleador, habiéndose subrogado en esa relación los sucesivos contratistas del servicio, lo que no hizo el nuevo que lo asume al tiempo del cese, pese a que sí lo había hecho con el resto de los trabajadores dedicados a ese servicio por cuenta del anterior contratista (salvo con otro), confirmando el Tribunal la calificación del cese como despido improcedente efectuado por el nuevo contratista, al no hacerse cargo del mismo, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 ET, a la luz de la nueva doctrina, que revisa la anterior mantenida por la Sala. Cambio de doctrina expresamente reconocido por la propia Sala en la segunda de esas sentencias (que tiene el valor añadido de estar dictada en Sala General) y reiterado en su sentencia de 4 de abril de 2005 (RCUD 2423/2003), que no se ha abandonado en la de 23 de mayo de 2005 (RCUD 1674/2004), pese a la confusión que puede generar algunos de sus razonamientos, debiendo recalcar que en ella se confirma la condena solidaria de la nueva contratista del servicio de limpieza al pago de una deuda contraída por el anterior, aunque le basta para hacerlo con el propio tenor del convenio, en cuanto impone al nuevo un deber de subrogación en los derechos y obligaciones del anterior. Nada mejor para comprobar que la Sala, con esta sentencia, no abandona el nuevo criterio que leer sus posteriores sentencias de 29 de mayo de 2008 (RCUD 3617/2006, también de Sala General), 27 de junio de 2008 (RCUD 4773/2006), 28 de abril de 2009 (RCUD 2614/2007), 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008) y 7 de diciembre de 2011 (RCUD 4665/2010).

Como conclusión, cabe sostener que la sucesión de contratistas puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero ello no significa que toda sucesión de contratista lo sea, sino únicamente cuando la nueva contratista deba hacerlo o lo haga, de hecho, con los medios materiales y personales con que lo hacía la anterior, ya que será entonces cuando concorra el requisito de identidad de la entidad económica transmitida. Lo importante es que haya una sucesión en la actividad, realizada básicamente con los medios con que lo hacía el anterior contratista.

Merece la pena destacar, no obstante, que en lo que atañe a la utilización de los medios materiales y/o exigencia de transmisión directa, también constituye doctrina comunitaria la que establece que no obsta a la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo sean los que la empresa adjudicataria del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas. Criterio que también ha hecho suyo nuestro Tribunal Supremo, como lo revela el texto parcial de su sentencia de 28 de abril de 2009 (RCUD 4614/2007), reproducido en la de 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008), que ahora reproducimos: "3.- Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson, Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión



de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ". Por su parte esta Sala, en la ya citada sentencia de 11 de diciembre de 2002, (Rec. 764/02), entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc..., además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, (Rec. 3994/06). 4.- La tercera cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94)".

E) Si, a la luz de lo expuesto, analizamos el caso de autos, la Sala considera que estamos ante una sucesión de contrata que constituye un supuesto de transmisión, indirecta y disimulada, de una entidad económica (la contrata), que sin embargo mantiene su identidad esencial como un conjunto de medios organizados para llevarla a cabo, lo que llevaba consigo un deber de subrogación de DOMINION, como nueva contratista, en las relaciones laborales de los trabajadores empleados en la contrata por el contratista anterior, ENTELGY, que obsta al nuevo contrato concertado por los demandantes con DOMINION y, en particular, invalida el período de prueba ahí concertado conforme al art. 3.5 ET .

En efecto, ya hemos visto que las contratas pueden constituir una entidad económica si se desarrollan por el nuevo contratista con los medios del anterior. Identidad de medios que, desde la vertiente de los medios patrimoniales, concurre si resulta que se siguen utilizando los que pone a disposición de los contratistas el empresario principal. Y también se da si, desde la vertiente de medios personales, la nueva contratista se vale de los trabajadores de la anterior, aunque sea como fruto de su contratación directa.

Tal es, cabalmente, lo que ha sucedido con la contrata para el suministro/instalación de los servicios de CGP para el Gobierno Vasco de la que era titular TELEFONICA y ésta subcontrató primeramente a ENTELGY y luego a DOMINION, si tenemos en cuenta: a) que la contrata se ejecuta con los equipos informáticos, correo electrónico e intranet de TELEFONICA; b) que DOMINION ha contratado, para llevarla a cabo, a quienes lo hacían para ENTELGY (lo que pone de manifiesto la trascendencia jurídica de la primera revisión de los hechos probados); c) que incluso ésta le permitió usar, durante tres meses, las oficinas en donde llevaba cabo la actividad (local 117), hasta que se acondicionara el local adyacente (nº 118).

No obsta a esa conclusión que las subcontratistas pongan algún medio patrimonial propio en juego, no transmitido, como es el local (dejando al margen la cesión de uso temporal referida), el mobiliario y los teléfonos fijos, o DOMINION haya realizado alguna contratación novedosa, ya que constituyen elementos puramente accesorios para la ejecución de la contrata, siendo los relevantes, para el tipo de servicio que es, los equipos informáticos y los trabajadores. Conclusión reforzada cuando sucede que esos elementos formalmente diferenciados, aparecen al exterior como propios de una misma entidad (TELEFONICA).

En consecuencia, yerra el Juzgado al negar la existencia de sucesión empresarial entre ENTELGY y DOMINION respecto a la contrata de TELEFONICA, y, con ello, amparar la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo por no superación del período de prueba, dada la falta de validez de éste, lo que lleva a calificar su decisión como un despido. Luego examinaremos si éstos han de ser declarados nulos o meramente improcedentes (y sus efectos), una vez tratemos las infracciones acusadas en los cuatro últimos apartados del motivo, dirigidos a defender su nulidad.

Conviene precisar, no obstante, que como no es una sucesión delictiva y la decisión extintiva litigiosa se ha realizado con posterioridad al cambio de contratista, ENTELGY no tiene responsabilidad alguna en dichos despidos, correspondiendo toda ella y en exclusiva, en lo que aquí interesa, a DOMINION.

CUARTO.- Aunque los demandantes plantean, como segunda infracción, la vinculada a la existencia de su cesión ilegal de DOMINION a TELEFONICA, su examen debe posponerse al final, una vez determinada la



calificación jurídica del despido, conforme lo ha sentado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de octubre de 2012 (RCUD 4409/2011), dado que en realidad sólo procede abordarlo con el carácter propio de una cuestión prejudicial y no como el ejercicio de una acción distinta a la de despido, dada la prohibición de acumular a ésta acciones de otro tipo (art. 26.1 LJS).

QUINTO.- A) Se denuncia, en tercer lugar, la infracción del art. 14.1 ET por haber dado validez al período de prueba concertado por D. Jacobo con DOMINION pese a que ya trabajó para ésta del 16 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2010 en virtud de contrato cuyo objeto era el mismo que el actual.

B) La Sala estima la vulneración, ya que el precepto en cuestión, en su último párrafo, dispone la nulidad del período de prueba que se establezca en un contrato de trabajo cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, como es el caso de D. Jacobo, a la vista de que el objeto del contrato firmado el 15 de octubre de 2012 es el mismo que el suscribió el 16 de diciembre de 2008 y que mantuvo su vigencia hasta el 30 de noviembre de 2010.

Por tanto, también por esta segunda razón, en su concreto caso la extinción de su contrato no tiene el amparo jurídico invocado por DOMINION.

SEXTO.- A) Conviene acometer conjuntamente las cuatro últimas denuncias formuladas en el motivo, destinadas a combatir que no se hayan calificado los despidos como nulos, tanto por lesión del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga como del derecho a una tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, al considerar que hay indicios suficientes, no desvirtuados, de que la decisión extintiva proviene de sus designaciones como delegados sindicales de CNT, su participación en la huelga general del día 14 de noviembre de 2012 y las denuncias de las irregularidades en la contratación como nuevas efectuadas a la Inspección de Trabajo, por lo que considera que la sentencia vulnera el art. 181.2 LJS y los arts. 28.1 y 2, y 24 de nuestra Constitución (CE).

B) En el caso de autos, son datos relevantes para analizar dicha cuestión los siguientes: 1) sus contratos de trabajo se han dado por extinguidos por DOMINION mediante cartas de 15 (D. Jacobo, entregada a las 15:00 horas, junto a la liquidación y finiquito) y 30 (D. Guillermo) de noviembre de 2012, alegando que no habían superado el período de prueba concertado en los contratos de trabajo suscritos el 15 de octubre de ese año; 2) esos contratos los suscribieron, como sus compañeros en ENTELGY, cuando ésta cesa en la contrata de TELEFONICA y pasa a asumirla DOMINION, previa petición suya de causar baja en aquella por su voluntad de seguir prestando servicios en esa contrata, firmando los finiquitos preparados por ENTELGY; 3) que el 9 de noviembre de 2012 los dos demandantes y otros dos trabajadores más, junto con el Secretario General de CNT, denunciaron a DOMINION ante la Inspección de Trabajo por infracción del art. 44 ET, dando cuenta de ello a las tres empresas demandadas mediante burofax, del día 13, firmado por dicho Secretario General y por D. Jacobo, recibido por ellas el día 14 (TELEFONICA, a las 17:53 horas) y el día 15 (las otras dos: a las 11:08 horas ENTELGY y a las 10:04 horas DOMINION en su sede de Madrid), aunque sin que se indicara quiénes eran los denunciadores; 4) que en ese mismo burofax, dicho Secretario General les comunicaba la constitución de la sección sindical de CNT en la empresa, el nombramiento de D. Jacobo como delegado sindical y el de D. Guillermo como delegado de propaganda, así como el de otros cargos asignados a otros dos afiliados; se pedía también por él y por D. Jacobo una reunión con ellas; 5) que el 14 de noviembre de 2012 estaba convocada huelga general en toda España, a la que se sumaron tanto los dos demandantes, como esos otros dos cargos (cuyo despido no consta); 6) que el 15 de noviembre de 2012, tras el despido de D. Jacobo, se nombró a D. Guillermo nuevo delegado de la sección sindical de CNT, comunicándolo a las tres empresas mediante burofax, que éstas recogieron el día 16 (Telefónica, a las 18:26 horas) y el día 19 las otras dos (ENTELGY, a las 18:33 horas; DOMINION, a las 10:26 horas, en su domicilio en Madrid); 7) que el 26 del mismo mes se levanta acta de la reunión mantenida por DOMINION y la sección sindical de CNT, en la que actúa como delegado D. Guillermo; 8) que el 30 de noviembre de 2012 se extinguió el contrato de trabajo de otro trabajador de DOMINION por igual causa.

A juicio de esta Sala, no concurren elementos suficientes como para configurar un panorama indiciario de que las decisiones extintivas de los demandantes traen causa real en ese cúmulo de actuaciones suyas, como intervinientes en la huelga, delegados sindicales y denunciadores de DOMINION en la Inspección de Trabajo por no haberse subrogado en su relación laboral con ENTELGY.

En efecto, una primera aproximación pudiera inducir a lo contrario, si se advierte la proximidad temporal entre el momento en que la empresa tiene conocimiento de esas actuaciones y la fecha de las decisiones extintivas, teniendo en cuenta que éstas no se adoptan al tiempo de agotarse el período de prueba formalmente concertado. Sin embargo, la conclusión quiebra cuando se aprecia que, en el caso de D. Jacobo, esa proximidad es tan intensa que llega al punto de no resultar razonable que el despido tenga ese origen. Así, su despido se le notifica a las 15:00 horas el mismo día en que la empresa toma conocimiento de que se ha



constituido la sección sindical de CNT, se le ha nombrado delegado sindical y de que él mismo les informa de que se ha informado a la Inspección de Trabajo de las irregularidades en el proceso de subrogación de los trabajadores y se pide una reunión de la sección sindical con la misma, habiendo participado el día anterior en la huelga general convocada para todo el país. La Sala admite que esta última circunstancia podía ser conocida desde el día anterior, pero advertimos que también se dio en otros tres compañeros, ninguno de los cuales fue despedido al día siguiente, siéndolo únicamente D. Guillermo quince días después, en tratos diferentes que no tienen explicación si el factor causante fuese su participación como huelguista. Claro es que podría considerarse que no fue sólo ésta la causa, sino la toma en conocimiento, el mismo día 15, de que era delegado sindical de CNT y de que había informado a la Inspección de Trabajo de las irregularidades en la subrogación. Sucede, sin embargo, que estos hechos llegaron a conocimiento de DOMINION por el burofax recibido en su sede de Madrid, a las 10:04 horas, del día 15, siendo ahí donde se prepara la documentación relativa a la liquidación y finiquito anexa, lo cual no da tiempo material para su confección y envío a fin de que estén en Vitoria, como estaban, a las 15:00 horas, máxime cuando, de ser esa la razón de ser del despido, tampoco había premura para tener que hacerlo con esa inmediatez, ya que el período de prueba se prolongaba hasta el 15 de enero de 2013. Premura que, desde luego, no se habría dado con D. Guillermo, al que se le entrega la carta del despido el 30 de noviembre, cuando también participó en la huelga del día 14, fue nombrado delegado sindical en sustitución de D. Jacobo, lo que se comunicó a DOMINION el día 19 y le llevó a participar en una reunión con la empresa en esa condición el día 26, no constando que ésta supiese que también él había formulado la denuncia a la Inspección de Trabajo (en la comunicación del 13 de noviembre no se dice quienes habían interpuesto la denuncia, lo que sólo permitía atribuir una intervención directa, de entre los cuatro que la presentaron, a D. Jacobo, dada su condición de firmante de la nota). Ausencia de panorama indiciario reforzado por el hecho de que ese mismo día 30 de noviembre, DOMINION efectuó otra extinción contractual invocando la misma causa, sin que conste que en el afectado concurriera alguna de las circunstancias aquí invocadas.

C) Cuanto antecede nos lleva a confirmar la desestimación de la pretensión de nulidad de los despidos, ya que no se han producido con vulneración de cualquiera de los tres derechos fundamentales invocados por ellos.

SEPTIMO.- La calificación adecuada de los despidos, en consecuencia, ha de ser la de improcedente (inciso final del art. 55.4 ET), con los efectos que señalan el art. 56 ET y el apartado 2 de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, teniendo en cuenta que la condición de delegado sindical de los demandantes, a la fecha de sus despidos, no venía protegida con la garantía de opción contemplada en el art. 56.4 ET, ya que DOMINION no tiene doscientos cincuenta trabajadores y, por ello, no es de aplicación el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Tales efectos son los de la condena empresarial a readmitirle y pagarle los salarios dejado de percibir desde la fecha del despido, salvo que dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, comunique la empresa, a esta Sala, que opta por pagarle una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de su salario diario (igual al mensual declarado probado por doce meses y dividido por los trescientos sesenta y cinco días del año) por el tiempo transcurrido desde la fecha de inicio de la actual relación laboral (D. Jacobo: 14 de julio de 2011; D. Guillermo: 28 de junio de 2010) hasta el 11 de febrero de 2012, y a razón de treinta y tres días por año desde el 12 de febrero de 2012 hasta la fecha de notificación de los despidos (15 de noviembre de 2012 en el caso de D. Jacobo y 30 de ese mes en el de D. Pedro Francisco), prorrateando por meses completos la fracción de mes, sin que en este caso proceda el pago de salarios de tramitación.

Indemnización que, salvo error de cuenta siempre corregible, suponen 2.334,24 euros para D. Jacobo (= 43,83 euros/día x 53,25 días) y 4.605,49 euros para D. Guillermo (= 44,93 euros/día x 102,5 días).

Resta por analizar la cuestión relativa a la cesión ilegal y, de haberla, su relevancia para alterar esas consecuencias de los despidos.

OCTAVO.- A) La última infracción jurídica pendiente de examen se vincula a que el Juzgado ha negado la existencia de cesión ilegal de los demandantes a TELEFONICA por parte de DOMINION, considerando que vulnera el art. 43 ET.

B) El mandato recogido en el número 1 del art. 43 ET autoriza la cesión de mano de obra sólo cuando se haga con carácter temporal, a través de empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y en los términos establecidos para éstas.

De no darse esas condiciones, según resulta tácitamente del tenor de los dos últimos apartados de dicho precepto, la cesión de trabajadores queda prohibida.

La primera precisión que ha de efectuarse, a estos efectos, estriba en deslindar esa figura prohibida, de otra expresamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, como es la contratación de obras o servicios, incluso



aunque se realice para ejecutar labores propias de la actividad principal de la empresa (art. 42 ET). Lo que en realidad prohíbe el art. 43 ET es una peculiar contratación: aquélla en la que **su objeto** no es una obra o servicio, sino pura y simple cesión de mano de obra. Luego nos extenderemos más ampliamente sobre esto.

Una segunda acotación se impone: se veda la contratación de mano de obra, cualquiera que sea la forma en que ésta se realice. Esto es, tanto si directamente aparece así, como objeto de la contratación convenida (cosa harto improbable por razón, precisamente, de esa prohibición legal), como si ésta se encubre bajo otras fórmulas, cualesquiera que sean.

Un último requisito termina de perfilar esta ilícita figura. Lo que en puridad determina la ilegalidad de la conducta no es la contratación de mano de obra, sino que, producido ese hecho, no se incorpore al trabajador contratado a la empresa a la que, en realidad, va a prestar sus servicios. Es esa falta de incorporación la que determina que estemos ante una interposición en la figura del empresario, que aparenta ser quien en verdad no lo es. Si la incorporación a la plantilla se produjese desde un primer momento, no cabría hablar ya de cesión de mano de obra, sino de simple mediación o reclutamiento en su concertación.

El fundamento de su ilicitud estriba en la simulación que hay en la figura del empresario y los perniciosos efectos que conlleva para el trabajador. No debe olvidarse que, con la única salvedad de las contrataciones de trabajadores por empresas de trabajo temporal para cederlos temporalmente a otras en los concretos supuestos legalmente establecidos al efecto, ostenta esa condición quien recibe la prestación de unos servicios efectuados libre y remuneradamente, por cuenta y bajo la dirección de otro (art. 1.2 ET), tanto si así se muestra, como si se quiere eludir y, a tal fin, se constituye un vínculo jurídico destinado a evitar que se ostente esa cualidad (art. 6.4 del Código Civil - CC -). Muchos perjuicios puede ocasionar al trabajador esa apariencia si no se desvelase, como serían, por ejemplo, los resultantes de que fuese de aplicación un convenio colectivo diferente, o que el falso empresario tuviera una menor solvencia económica que el auténtico, etc.

C) Ahora bien, si ése es el fundamento de dicha prohibición, la auténtica razón de ser del precepto en cuestión, en cuanto referido a la figura de la interposición, no radica en vendarla (lo que ya resultaba, conforme a lo dispuesto en los preceptos mencionados en el apartado anterior), sino en los especiales efectos que nuestro ordenamiento jurídico ha querido que lleve aparejados, sobreañadidos a los que ya resultan de considerarla una conducta constitutiva de fraude legal en la configuración del empresario de la relación laboral, o correctores, en algún aspecto, de las consecuencias naturales que se derivan de esa calificación legal.

Así, de una parte, hay una responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social contraídas por razón del trabajador sometido a la ilícita cesión (art. 43.3 ET), cuando el régimen jurídico normal determinaría únicamente la responsabilidad del verdadero empresario (el segundo de ellos). Respecto a esto último, no está de más recordar que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo el 30 de noviembre de 2005 (RCUD 3630/2004) y 17 de abril de 2007 (RCUD RCU 504/2006) reconocen el derecho al salario propio de la empresa cesionaria durante el período de cesión ilegal, descartando que únicamente lo tenga a partir de que la cesión se haya declarado ilegal y el trabajador haya optado por mantener el vínculo con ésta (y no con su formal empresario). Responsabilidad solidaria que, en cuanto a los efectos de un despido, sólo se generan si la cesión subsiste en tal momento (STS de 14-Sp-09, RCU 4232/2008 , en un caso en el que al tiempo del despido ya no se daba, porque la cesionaria había asumido directamente al trabajador desde hacía dos años). Responsabilidad solidaria que, por lo tanto, se limita a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo mientras subsista la situación de cesión ilegal.

De otra, se establece el modo de deshacer la ilícita situación y con un determinado beneficio para el trabajador, pero para ello se requiere que la cesión subsista al tiempo de interponerse la demanda (STS de 6-Mz-13, RCU 616/2012 ; según la STS de 7- My-10, RCU 3347/2009 , no es preciso que se mantenga en la fecha del juicio). Beneficio que consiste en que se le concede el carácter de trabajador fijo, con independencia, por tanto, de que hubiera suscrito un contrato temporal que aún estuviera en vigor. Claro es que si la cesionaria fuese una administración pública, el efecto jurídico no es la fijeza sino el carácter indefinido del contrato, por el régimen jurídico singular de acceso al empleo público que rige en nuestro ordenamiento jurídico (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre y 19 de noviembre de 2002 , RCU 3047/2001 y 909/2002).

Derecho a la fijeza que, además, puede ejercitar ante cualquiera de los dos empresarios (el aparente o el real) y, si elige que la relación laboral siga con este último, alcanzará también a ostentar unas condiciones retributivas semejantes a las que tuviera un trabajador formalmente adscrito a dicha empresa, con la misma categoría y similar puesto de trabajo, así como a que su antigüedad en ella se compute desde el momento en que se inició la ilícita cesión (art. 43.4 ET). Bien entendido que, en este caso, el derecho al salario es al establecido en la cesionaria para su categoría profesional, sin que conserve derecho a cobrar el superior salario que se tuviera en la cedente (SSTS de 9-Dc-09 y 25-My-10, RCU 339/2009 y 3077/2009). Por tanto, deshacer la



situación de cesión ilícita, manteniendo el vínculo con la cesionaria, puede tener algunos efectos perjudiciales para el trabajador, según las circunstancias del caso, lo que éste habrá de tener muy en cuenta cuando elija con quien se queda.

D) La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha introducido modificaciones en el art. 43 ET, incluyendo un nuevo apartado (2 del texto actual), destinado a facilitar la identificación de los casos constitutivos de cesión ilegal, del siguiente tenor literal: *"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario"*. Novedad legislativa que no acota el campo de la cesión ilícita (lo revela la expresión inicial: "En todo caso,), pero sí define cuatro supuestos en los que, **de concurrir cualquiera de ellos**, se da esa ilegal figura. Supuestos legales de cesión prohibida que vienen a corresponderse con patrones de casos que la jurisprudencia había considerado así, como expresamente se reconoce en el preámbulo de la Ley y pone de manifiesto, por ejemplo, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 4 de marzo de 2008 (RCUD 1310/2007), con una amplísima recopilación de sus criterios.

Repárese, por lo dicho hasta ahora, que la existencia de una aparente contrata de obra o servicio no vacuna contra la existencia de cesión ilícita. De otra parte, el carácter real de la empresa adjudicataria de la contrata tampoco es elemento que destierre su presencia de manera inexorable, ya que puede no ponerse en juego en el desempeño de la contrata o, incluso, que aún operando con ella de manera general, en el caso singular de algún trabajador que presta sus servicios en la misma, éstos se lleven a cabo, en su concreto caso, sin que el empresario ejerza las funciones propias a su condición de tal.

Habrà de examinarse, cuando se analiza estos casos en los que se pone en cuestión que sea empresario quien formalmente figura como tal, si la apariencia del objeto contratado como una subcontratación se corresponde plenamente con la realidad, si la empresa que ha contratado realizar el servicio tiene una estructura empresarial propia y, de ser así, si la pone en juego en el desarrollo de la contrata y si, en el caso de cada concreto trabajador que emplea en ella, se dan las notas que tipifican a ese sujeto de la relación laboral.

A estos efectos, conviene hacer alguna precisión: a) la aportación de la estructura empresarial no puede limitarse únicamente a la que se precisa para el control y gestión de la propia mano de obra que se aporta (entre otras muchas, SSTs de 27-En-11, RCU 1784/2010, 4-JI-12, RCU 967/2011, y 5-Nv-12, RCU 4282/2011), máxime si el tipo de servicio que se realiza normalmente requiere infraestructura de medios materiales; b) dada la ilicitud de la cesión de mano de obra, tenderá a encubrirse, por lo que el examen a efectuar debe traspasar el velo de las apariencias creadas; c) la existencia o no de cesión, en supuestos en que no concorra cualquiera de los expresamente constitutivos de ella en la nueva descripción legal, se aprecia mucho mejor bajo un examen globalizado de la situación, ya que la conjunción de todos los elementos actuantes suele potenciar o neutralizar, según los casos, los efectos indiciarios de cada uno de ellos, aisladamente considerado.

E) En el caso de autos, la Sala, discrepando del criterio del Juzgado, considera que concurren los elementos determinantes de una cesión ilegal, ya que si bien estamos ante una empresa real (DOMINION), al menos en lo que atañe a la concreta contrata de TELEFONICA de suministro/instalación de los servicios de CGP para el Gobierno Vasco, se viene desarrollando sin que aquélla aporte otra cosa que la mano de obra, incluida la gestión de ésta, pero no los medios esenciales para la realización del servicio encomendado, ya que se lleva a cabo con los equipos informáticos de TELEFONICA, su correo electrónico e intranet, siendo revelador de ello, por lo demás: a) que el local donde se lleva a cabo la labor, aunque formalmente sea de la titularidad de DOMINION por contrato de arrendamiento, se presente al público como local de TELEFONICA; b) que los empleados que formalmente pertenecen a DOMINION se identifiquen, en la atención a los clientes, como trabajadores de TELEFONICA; c) que la formación la reciban de TELEFONICA; d) que ésta imponga controles anuales de la capacidad de esos empleados, realizadas en sus sedes; e) que en el local de DOMINION en Vitoria/Gasteiz se encuentre el responsable de Telefónica para ese centro, efectuando labores de control del servicio, ya que esta tarea la realiza mientras se está ejecutando el trabajo y no, por tanto, en función del resultado posterior. Cúmulo de circunstancias que pone de manifiesto que no estamos ante una auténtica subcontrata del objeto inicialmente contratado por TELEFONICA al Gobierno Vasco, sino sólo del trabajo humano que se precisa para llevarla a cabo, en prototipo de lo que es una cesión ilegal de mano de obra.

F) La sentencia dictada el 3 de noviembre de 2008 (RCUD 1697/2007), haciéndose eco de lo que anticipaba la de 5 de febrero de 2008 (RCUD 4713/2006), ha sentado doctrina en el sentido de que el derecho de opción que el art. 43 ET otorga al trabajador para elegir la empresa en la que proseguir su actividad laboral y como fijo, no altera el derecho de opción que corresponde al empresario en los casos de despido improcedente (salvo



los casos singulares de representantes de los trabajadores, delegados sindicales o cuando concurre pacto al efecto), que habrá de ser ejercitado por aquél que precisamente haya elegido el trabajador para mantener el vínculo laboral.

En definitiva, ese derecho a la fijeza del art. 43 ET no blindo al trabajador contra los efectos de un despido, en conclusión llena de lógica, si tenemos en cuenta que tampoco tendría garantizado su empleo si no se hubiera dado la cesión ilegal y hubiese estado reconocido como fijo de la plantilla del empresario que disimulaba su condición de tal, menoscabándole sus derechos laborales.

Por ello, en el caso de autos, la consecuencia de dicha cesión ilegal ha de ser que, como los demandantes piden, deben ser ellos quienes elijan en qué empresa quieren la readmisión (de darse ésta), a fin de que sea la escogida la que elija entre la misma, con pago de salarios de tramitación, o la indemnización, con condena solidaria de ambas al pago de ésta y de los salarios de trámite hasta la fecha de opción por la readmisión. A tal fin, la Sala estima preciso aplicar analógicamente el plazo de cinco días del art. 56.1 ET, y fijar que, caso de no ejercitarse, estimar que se ha elegido seguir con el empresario real (TELEFONICA).

El recurso, por cuanto se ha expuesto, tiene parcial estimación.

NOVENO.- No cabe condena en costas, dado el éxito del recurso y que los demandantes disfrutaron del beneficio de justicia gratuita, en doble causa que impide la aplicación del art. 235.1 LJS.

FALLAMOS

Se estima, en parte, el recurso de suplicación interpuesta por la representación legal de D. Jacobo y D. Guillermo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz, de 29 de julio de 2013, dictada en sus autos nº 21/2013 y acumulados, seguidos a instancias de los hoy recurrentes, frente a Dominion, Instalaciones y Montajes, SA, Entelgy Consulting SA, Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU, sobre despido, en el que también es parte el Ministerio Fiscal; en consecuencia, confirmando la desestimación de la pretensión principal de la demanda, estimamos la subsidiaria, declarando que los demandantes han sido objeto de un despido improcedente el 15 de noviembre de 2012 (D. Jacobo) y el 30 de ese mes (D. Guillermo), debiendo comunicar éstos a esta Sala, en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, si optan por, de haber readmisión, ésta sea en Dominion, Instalaciones y Montajes SA, o en Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU (estimando que es por ésta, si nada se dice en dicho plazo); y, una vez comunicada esa elección por esta Sala a esas empresas, condenamos a la elegida a que readmita a los demandantes y les pague los salarios de tramitación, a razón de 43,83 euros/día en el caso de D. Jacobo, y a 44,93 euros/día en el de D. Guillermo, salvo que en los cinco días siguientes a esa notificación, comunique a esta Sala que opta por pagarles una indemnización de 2.334,24 euros a D. Jacobo y de 4.605,49 euros a D. Guillermo. La condena al pago de la indemnización y de los salarios de tramitación hasta la opción por la readmisión se impone solidariamente a la empresa por la que no opten los trabajadores. Se confirma la plena absolució de Entelgy Consulting SA. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

VOTO PARTICULAR que emite el I.S.M. DON JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE a la sentencia que dicta esta Sala en el

recurso **130/2014** al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Pese al respeto que me merecen las opiniones de mis compañeros de deliberación, discrepo de su criterio, pues entiendo que el recurso debió ser íntegramente estimado, calificándose como nulos los dos despidos enjuiciados.

Mi conformidad es total en toda la sentencia aprobada por la mayoría, a salvo lo explicado en el sexto fundamento de derecho, puesto que divergencia solo se centra en el particular relativo a si se ha producido



o no conculcación del derecho fundamental a la huelga, de la libertad sindical y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 28 y 24 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978).

Conforme el peculiar sistema de juego de las reglas de la carga de la prueba, en caso de alegación de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, entiendo que en este caso debió haberse trasladado a los codemandados la carga de probar móvil desvinculado al supuesto de reprimir tales libertad pública y derechos fundamentales, al existir panorama indiciario suficiente y que en el caso, no hay prueba suficiente al efecto de que no fuese ese el móvil de los ceses.

Cómo juegan estas reglas en estos casos se explica, entre otras, en las (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 33/2011 y 10/2011, de 28 de marzo y 28 de febrero de 2011 o dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 5 de julio de 2013, recursos 1683/2012 y 1374/2012).

En concreto, el núcleo de discusión entre nosotros se centra en si existe o no panorama indiciario suficiente como para producir el efecto de imponer a los demandados tal carga probatoria. Mis compañeros consideran que no hay datos constatados suficientes al efecto y yo creo que sí.

SEGUNDO.- Sobre tales extremos, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2013 (recurso 2327/2012) hace una recopilación sintética de la doctrina del Tribunal Constitucional y de su propia doctrina y dice: "*Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación...», corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas»].*

Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23/noviembre ; ... 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4. .Y , a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07 -; 29/05/09 -rcud 152/08 -; y 13/11/12 - rcud 3781/11 -).

Pero para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio , FJ 3 ; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero , FJ 3. Y SSTS 14/04/11 - rco 164/10 -; 25/06/12 - rcud 2370/11 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007, de 10/Septiembre , FJ 4 ; 257/2007, de 17/Diciembre, FJ 4 ; y 74/2008, de 23/Junio , FJ 2); «en lo que constituye ... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria» (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12/Diciembre , FJ6 EPV ; 125/2008, de 20/Octubre ; y 92/2009, de 20/Abril , FJ 7)."

TERCERO.- En concreto, las razones que me han llevado a la conclusión que he expuesto se basan en los siguientes datos.

1.- El cese laboral se articula en ambos casos mediante una rescisión en periodo de prueba. Causa que ya advierte la sentencia mayoritaria que era absolutamente inhábil, tanto porque se aprecia sucesión empresarial entre Dominion y Entelgy, como porque don Jacobo ya había trabajado para aquél su supuesto "nuevo empleador" (Dominion) en la misma contrata y en el periodo mediante entre el 16 de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2010.

Ello ya hace ver que era bien sospechosa la vía utilizada por el formal empleador para el cese, al mes de la supuesta nueva contratación en el caso de don Jacobo y al mes y medio en el caso de don Guillermo .

2.- Además de tal sucesión, existe cesión ilegal de los trabajadores despedidos para Telefónica Soluciones de Outsourcing, que era la titular del servicio que "formalmente" contrató a las otras dos codemandadas y ello era



tan así que hasta había un trabajador de tal principal en el propio centro de trabajo donde prestaban actividad los despedidos, junto con otro pequeño grupo de trabajadores.

3.- En este marco, ambos demandantes ejercen su derecho a la huelga el día 14 de noviembre de 2012.

Cierto es que pudiera considerarse conarindicio el dato de que otros dos trabajadores ejercieron tal derecho fundamental y no fueron cesados, pero tal dispar conducta puede obedecer a distintas razones a la de que no tuviese que ver el ejercicio de tal derecho y el cese, como puede ser que se tratase de personal de nueva contratación de Dominion (se parte de que si que hubo contratación de alguna otra persona como nueva al cambio de titular de la contrata) u otras razones, como puede ser y muy caracterizadamente, la actividad reivindicativa y sindical que si desplegaron los demandantes en esas mismas fechas, no próximas, sino inmediatas a sus ceses .

4.- En efecto, los dos demandantes suscribieron una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por considerar irregular la sucesión actuada, junto con otros responsables de su sindicato y don Jacobo y un responsable de tal sindicato comunicaron a las demandadas su existencia por FAX el día 13 de noviembre de 2012, recibiendo Telefónica, Soluciones de Outsorcing el mismo a las 17:53 horas del día 14 de noviembre el mismo y el día 15 las otras dos, a las 11:08 horas ENTELGY y a las 10:04 horas DOMINION en su sede de Madrid. También se comunica entonces que don Jacobo es delegado sindical por concreto sindicato.

Cierto es que en tal comunicación no pudieron conocer que don Guillermo también había suscrito tal denuncia, pues no constaba su personalidad, pero si la de don Jacobo , que despedido el día 15 a las 15 horas, entregándosele el finiquito y la liquidación.

Considero que, si a Dominion se le comunica tal denuncia ese mismo día a las 10 horas en Madrid, tiene tiempo de sobra (casi cinco horas) para tomar la decisión de cesar a don Jacobo y preparar tanto la carta de cese como aquella liquidación y finiquito y tenerla en el centro de Vitoria-Gasteiz a las 15 horas de tal día. En este punto discrepo también de que tal presteza sea conarindicio de fundamento.

Pero además no es en absoluto descabellado aventurar que, cuando menos, a primera hora de esa mañana Dominion ya tuviera conocimiento de tal denuncia, si partimos de la real y fáctica situación de cesión de trabajadores, existiendo ya un representante de Telefónica, Soluciones de Outsorcing, en el mismo centro de trabajo de personal de Dominion en la contrata en Vitoria- Gasteiz y que se usaba la Intranet de la misma a estos efectos, debiendo considerarse que si que consta que fue en la tarde del día anterior cuando Telefónica, Soluciones de Outsorcing recibió tal denuncia.

Precisamente el hecho de que entonces no se despidiese también a don Guillermo es indicio de que el cese de don Jacobo estuvo mediatizado por aquella comunicación por FAX. Si bien don Guillermo también suscribió tal denuncia, no lo conocieron entonces las empresas demandadas, sino posteriormente, puesto que la carta solo fue firmada por don Jacobo y un responsable sindical, pero no por don Guillermo , sin precisarse en la misma que también había firmado la denuncia don Guillermo . Este dato explica la diferencia en fechas de cese.

5.- A posteriori, las demandadas también conocen que don Guillermo firmó aquella denuncia y también saben que fue nombrado nuevo delegado sindical tras el despido de don Jacobo , asistiendo a una reunión con la empresa en tal condición el día 26 de noviembre y a los pocos días, el 30 de noviembre de 2012, es despedido.

6.- En resumen, entiendo que no es tanto por ejercer el derecho a la huelga, sino principalmente por conocer la empresa que son nombrados delegados sindicales de un sindicato y que han formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo es por lo que se cesa de forma fulminante a los demandantes, utilizándose un subterfugio inasumible legalmente y que en realidad lo que produce es el efecto de resaltar la vinculación del cese con esa actividad sindical y reivindicativa desplegada por los demandantes.

El hecho de que se tratase de una denuncia a la Inspección y no de una demanda es irrelevante en orden a valorar si se ha conculcado o no la garantía de indemnidad que protege tanto la actividad sindical (artículo 28 número 1 de la Constitución) como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 número 1 de la Misma) y en tal sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 6/2011, de 14 de febrero y 123/.2.008, de 20 de octubre , entre otras.

Como se ha expuesto, no habiéndose probado la desvinculación del cese con la vulneración de aquellos derechos fundamentales y libertad pública, la consecuencia es la calificación de nulidad (artículo 108 número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

CUARTO.- Estimándose el recurso, no procedería pronunciamiento sobre costas procesales de esta instancia en atención al artículo 235 punto 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y el artículo 2, letra b de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita ,



VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

En razón de lo expuesto, considero que el fallo del recurso debiera haber sido el siguiente.

FALLAMOS:

Que estimamos en lo sustancial el recurso de suplicación formulado en nombre de don Jacobo y don Guillermo contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Vitoria- Gasteiz, de fecha 29 de julio de 2013 , dictada en sus autos 21/2013 y acumulados, seguidos a instancias de los hoy recurrentes, frente a Dominion, Instalaciones y Montajes, SA, Entelgy Consulting SA, Telefónica Soluciones de Outsourcing SAU, sobre despido, en el que también es parte el Ministerio Fiscal; en consecuencia, declaramos que don Jacobo fue objeto de un despido nulo el día 15 de noviembre de 2012 y don Guillermo también fue objeto de un despido nulo el día 30 de noviembre de 2012, condenando solidariamente a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a que readmitan a los demandantes en sus puestos de trabajo, en las mismas condiciones que tenían con anterioridad a tal fecha y a que les abonen los salarios de tramitación, conforme el salario regulador fijado en la sentencia recurrida.

Cada parte deberá abonar las costas de este recurso.

Así, por este mi voto lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leído y publicado fue el anterior voto particular del **Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE**, que lo suscribe, junto con la sentencia, todo ello en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0130/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0130/14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre en sus artículos 2 y 5 apartado 3 º, en relación con la Orden HAP/2262/2012 de 13 de diciembre que la desarrolla, será igualmente necesario para todo el que recurra en Casación para la Unificación de Doctrina haber ingresado , a través del modelo 696, la TASA en la cuantía correspondiente a que hace referencia el artículo 7 apartados 1 y 2 de la mencionada Ley . El justificante de pago deberá aportarse junto con el escrito de interposición del recurso (artículo 5 apartado 3º de la Ley).

Estarán exentos del abono de la TASA aquellos que se encuentren en alguna de las situaciones y reúnan los requisitos, que deberán acreditar en su caso, recogidos en el artículo 4 apartados 1 y 2 de la Ley.