



Roj: **STSJ GAL 7610/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:7610**

Id Cendoj: **15030340012016105348**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2016**

Nº de Recurso: **2637/2016**

Nº de Resolución: **5955/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 32054 44 4 2015 0003300

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002637 /2016-CON

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000791 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña SERGAS

ABOGADO/A: SERGAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GALEGA DE ENXEÑERIA E INSTALACIONES SL, LOPEZ R AUDITORES SL , Jenaro , INFORHOUSE SL

ABOGADO/A: JUAN SALGADO REQUEJO, IVAN SAAVEDRA PEDREIRA

PROCURADOR: FERNANDO IGLESIAS FERREIRO, BEGOÑA PEREZ VAZQUEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR.D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002637/2016, formalizado por el/la D/Dª La Letrada Dª María Rosa Rodríguez Cougil, en nombre y representación del SERGAS, contra la sentencia número 50/2016 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000791/2015, seguidos a instancia de Jenaro frente a SERGAS, GALEGA DE ENXEÑERÍA E INSTALACIONES SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Jenaro presentó demanda contra GALEGA DE ENXEÑERÍA E INSTALACIONES SL, y SERGAS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 50/2016, de fecha veintiséis de enero de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO .- El actor D. Jenaro vino prestando servicios para la empresa GALEGA DE ENXENERIA E INSTALACIONES S.L. (GALENI) desde el 1 de noviembre de 2011, con la categoría profesional de Ingeniero Informático Titulado Superior y percibiendo un salario de 1.916'67 euros incluida prorrata de pagas extras./

SEGUNDO .- En fecha 5 de noviembre de 2015 al actor se le entregó carta de cese del siguiente tenor literal:

"...Por medio del presente escrito le comunicamos que ha finalizado la obra para la que ha sido contratado.- Así pues, a partir de hoy mismo día 5 de noviembre de 2015 queda extinguida la relación laboral que le une con esta empresa, teniendo por tanto a su disposición la liquidación y finiquito de las cantidades devengadas hasta el día de la fecha.- Le agradecemos sinceramente los servicios prestados a esta empresa y rogamos firme el duplicado a efectos de recibí y constancia..."/

TERCERO .- La empresa demandada durante el tiempo en que prestó servicios el actor fue adjudicataria de una contrata de servicio de mantenimiento de las infraestructuras de comunicación de voz y datos del sistema de control de accesos y del sistema de video-vigilancia del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense", cuyo contrato por constar en autos se considera aquí por reproducido. Dicho contrato fue prorrogado por un año en fechas 22 de octubre de 2013 y 16 de octubre de 2014, esta última prórroga con duración hasta el 31 de octubre de 2015. En cumplimiento de la citada contrata la empresa demandada empleó a trabajadores especialistas con titulación de Formación Profesional que se dedicaron al mantenimiento del cableado del sistema informático, existiendo un trabajador que coordinaba a estos últimos. Para realizar los trabajos de cableado la empresa aportó diverso material como una grúa, furgoneta, etc. El horario de estos trabajadores era de mañana y tarde e iban uniformados./

CUARTO .- El actor desde el inicio de la prestación para el Servicio Galego de Saúde actuó integrado en el Departamento de Informática, prestando servicios junto al Jefe de sección de sistemas, recibiendo ordenes de este, en cuanto a las incidencias a realizar y realizando idénticas tareas que este y otros trabajadores del Servicio Galego de Saúde. Su función era realizar el mantenimiento de los sistemas informáticos del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense, encargándose de todas las incidencias que se puedan dar tanto en el CPD (Centro de Protección de Datos) como en los Servidores tanto reales como virtuales. Asimismo era el encargado de realizar diariamente las copias de seguridad necesarias, así como de recuperar través de las herramientas informáticas adecuadas los datos e imágenes que se pudieran perder en todos los puntos del servicio. Su jornada era igual que la de los trabajadores del Servicio Galego de Saúde del departamento de informática de 8 a 3 horas. No llevaba uniforme y para el disfrute de vacaciones y permisos se ponía de acuerdo con los trabajadores del Servicio Galego de Saúde a fin de que quedara cubierto el servicio, quedando siempre pendiente la concesión de la aprobación de la Dirección del departamento de informática, solicitándolas el actor a la empresa una vez obtenido el consentimiento. Para la realización de su trabajo, el actor utilizaba exclusivamente material del Servicio Galego de Saúde./

QUINTO .- El actor en fecha 9 de octubre de 2015 formuló reclamación previa ante el Servicio Galego de Saúde solicitando el reconocimiento de una relación laboral indefinida por cesión ilegal de trabajadores. Igualmente en esa fecha formuló papeleta de conciliación frente a la empresa demandada por idéntico motivo./

SEXTO .- Tras el cese del actor por no renovación de la contrata con el Servicio Galego de Saúde, este Organismo formalizó con la empresa demandada un contrato "de mínimos" con el fin de que por parte de dos trabajadores se siguieran realizando los trabajos de cableado que se vinieron realizando durante la realización de la contrata./

SEPTIMO .- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores durante el último año./

OCTAVO .- En fecha 24 de noviembre de 2015 formuló reclamación previa por despido contra el Servicio Galego de Saúde y papeleta de conciliación ante



el u.m.a.c., contra la empresa demandada, celebrándose el acto el 4 de diciembre de 2015 con resultado "sin efecto", presentando demanda el actor en el Decanato el 4 de diciembre de 2015.

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

Que estimando la demanda formulada por D. Jenaro contra la empresa GALEGA DE ENXENERIA E INSTALACIONES S.L. (GALENI) y EL SERVICIO GALEGO DE SAUDE, debo declarar y declaro que el actor en fecha 5 de noviembre de 2015 fue objeto de un despido nulo, condenando al SERVICIO GALEGO DE SAUDE a que lo readmita en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, excepto en el salario que será el indicado en esta resolución, así a que le abone los salarios dejados de percibir, con absolución de la demanda a la empresa GALEGA DE ENXENERIA E INSTALACIONES S.L. (GALENI)

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SERGAS formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 14 de junio de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 24 de octubre de 2016 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras apreciar cesión ilegal de mano de obra desde Galega de Enxeñería e Instalaciones SL (GALENI) al Servicio Galego de Saúde (SERGAS) declaró despido nulo el cese del demandante y, en ejercicio del derecho de opción del trabajador, condenó al SERGAS a su readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir, con absolución de GALENI.

El SERGAS codemandado interpone suplicación contra dicho pronunciamiento. A tal fin, solicita revisar el derecho que aplicó, por entender que vulnera: **A]** El artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues no hay cesión ilícita de trabajadores sino una prestación de servicios por parte de un empresario real a la Administración aportando sus propios medios, además, las prescripciones técnicas de la contrata fijan el lugar de prestación de servicios en las instalaciones del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (CHOU), siendo indiferente la coincidencia del horario laboral del actor con el del personal del CHOU, al tiempo que el SERGAS no autorizaba las solicitudes de permisos y vacaciones. **B]** El artículo 24 de la constitución (C), pues el SERGAS no ha sido empresario real del demandante quien, al contrario, pertenecía a la plantilla de GALENI, ni tampoco estaba obligada a efectuar comunicación alguna sobre el término de la contrata al personal externo, ni a convenir nueva concesión del servicio con GALENI o con otra empresa, habiendo sido objeto del contrato posterior al cese del actor una actividad ajena a la que éste había desempeñado. **C]** Los artículos 1145 del Código Civil y 43.3 ET, pues declarada la cesión ilegal de trabajadores, ha de afirmarse la responsabilidad solidaria del SERGAS y de GALENI en el cumplimiento de sus efectos o consecuencias, tales como el abono de los salarios de tramitación y sin que resulte procedente condenar de forma exclusiva al SERGAS al abono de la totalidad de los salarios.

El actor, GALENI y el Ministerio Fiscal impugnan el recurso.

SEGUNDO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

1/ El actor trabajó para GALENI desde el 1-11-2011, categoría de ingeniero informático/titulado superior y salario de 1.916'67 euros.

2/ En el período 1-11-2011/5-11-2015, GALENI fue adjudicataria del servicio de mantenimiento de las infraestructuras de comunicación de voz y datos del sistema de control de accesos y del sistema de video-vigilancia del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (CHOU).

3/ En cumplimiento de la contrata, GALENI empleó a trabajadores, titulados de formación profesional, encargados del mantenimiento del cableado del sistema informático, bajo la coordinación de uno de ellos; observaron horario de mañana y tarde e iban uniformados. La empresa aportó diverso material como una grúa o una furgoneta.

4/ El demandante actuó integrado en el departamento de informática del SERGAS; prestó servicios junto al jefe de sección de sistemas, de quien recibía órdenes, y realizó las mismas tareas que éste y que otros trabajadores del SERGAS.

Su función era el mantenimiento de los servicios informáticos del CHOU, encargándose de todas las incidencias surgidas en el centro de protección de datos y en los servidores reales o virtuales; utilizaba



exclusivamente material del SERGAS; realizaba diariamente copias de seguridad y recuperaba datos e imágenes que se pudieran perder en todos los puntos del servicio; su jornada era la de los trabajadores del servicio de informática del SERGAS, de 8 horas a 3 horas; no llevaba uniforme; para permisos y vacaciones se ponía de acuerdo con los trabajadores del SERGAS con el fin de que el servicio quedara cubierto, y la aprobación/concesión de permiso/vacación quedaba pendiente de la aprobación de la dirección del servicio de informática, de modo que una vez obtenida la solicitaba a GALENI.

5/ El 9-10-2015, el actor formuló reclamación previa ante el SERGAS y demanda de conciliación ante GALENI en solicitud del reconocimiento de relación laboral indefinida por cesión ilegal de trabajadores.

6/ El 5-11-2015, la empresa le comunicó la extinción de la relación laboral por haber finalizado la obra objeto de contrato.

7/ Tras el cese, el SERGAS formalizó con GALENI un contrato de mínimos, de modo que algunos de los trabajadores que habían realizado el cableado del sistema informático durante la vigencia de la contrata, lo siguieron efectuando.

TERCERO.- Los datos expuestos en el fundamento de derecho anterior determinan las siguientes consideraciones:

1ª.- Contrata/cesión de trabajadores.

I/ El Tribunal Supremo (s. 3-10-2005 RJ 7333) dice el problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 ET se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 ET, porque cuando la contrata se identifica con una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria no es fácil diferenciarla de la cesión, de ahí que la jurisprudencia haya recurrido a aplicar de forma ponderada diversos criterios de valoración, no excluyente sino complementarios, que tienen un valor indicativo u orientador, entre otros, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (TS s. 7-3-88 RJ 1863), el ejercicio de los poderes empresariales (TS s. 19-1-1994 RJ 352) o la realidad empresarial del contratista, puesta de manifiesto con datos de carácter económico - capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva- (TS s. 11-10-1993 RJ 7586), aunque como fenómeno interpositorio jurídico que es, la cesión también puede darse al margen de la realidad o solvencia de las empresas, ya que es apreciable tratándose de dos empresas reales si el trabajador de una de ellas presta servicio permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta (TS s. 16-2-1989 RJ 874), y también cuando no se ha puesto en juego la organización propia de la empresa cedente que limita su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria (TS ss. 19-1-1994, 12-12-1997 RJ 352, 931).

En consecuencia, la línea divisoria ha de fijarse de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo (TS ss. 11-7-1986, 12-12-1997 RJ 4026, 9325), debiendo ponderarse el ejercicio de la actividad empresarial no de manera genérica sino de forma específica en relación al trabajador concreto que la solicita (TS ss. 12-9-1988, 19-1-1994 RJ 6875, 352), de modo que los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y asumiendo las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita del artículo 42 ET, mientras que los casos de contrata ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el artículo 43 ET.

A tales efectos, es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, sus relaciones con las empresas que figuran como comitente y contratista, así los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (TS s. 30-5-2002 RJ 7567), de modo que el trabajador pertenecerá a la empresa en cuya esfera organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado.

II/ Aplicar los principios reseñados al supuesto debatido pone de manifiesto:

a/ La realidad de las codemandadas, por contar con estructura, organización y entidad propias.

b/ La prestación profesional del actor en las instalaciones de la entidad adjudicante es inherente a la naturaleza del servicio contratado (resolución de incidencias informáticas, reales o virtuales; realización diaria de copias de seguridad; recuperación de herramientas informáticas: HP 4º).

c/ El demandante, con independencia de su adecuada integración en el departamento de informática, trabajó utilizando exclusivamente material propiedad del SERGAS, al lado del jefe de dicha sección, desempeñando idénticas tareas que éste y siguiendo sus instrucciones y órdenes, en un horario laboral idéntico al de los trabajadores del servicio de referencia. Por otra parte, aunque dirigía las solicitudes de permisos o vacaciones a GALENI, lo cierto es que, previamente y a tal fin, necesitaba el acuerdo con los empleados de dicho departamento y la aprobación por parte del director del servicio informático (HP 4º); también otros



trabajadores incluidos en la contrata, a diferencia del actor, aunque con funciones distintas de las de éste, observaron horario propio y eran distinguibles externamente por vestir uniforme de la empresa (FJ 1º).

d/ Lo indicado revela que la gestión diaria de la contrata (fijación de horario, emisión de órdenes sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato administrativo suscrito, vigilancia de la laboral del demandante), no fue asumida por GALENI, que se limitó a abonar el salario y a aprobar formalmente las vacaciones del demandante (FJ 1º), sino por el SERGAS, como manifestación indudable del poder de dirección que efectivamente ejercitó sobre el trabajador, lo que nos lleva a apreciar la existencia de cesión ilegal y atribuir a dicha entidad la consideración de empresario real conforme al artículo 43.2 ET .

2ª.- Garantía de indemnidad.

I/ El Tribunal Constitucional (TC), desde su sentencia 38/91 , resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba y declara (ss. 90/97 , 87/98) que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

El TC también afirma (ss. 266/93 , 180/94) que la denominada garantía de indemnidad abarca el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica dentro de la empresa por la defensa previa de sus derechos, como expresión del principio a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 C, es decir, prohíbe la represalia por reclamación del disfrute de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante los tribunales de justicia, por denuncia ante la inspección de trabajo o por cuestiones de afiliación a la seguridad social y, en tales casos, sanciona la nulidad del despido.

El Tribunal Supremo (s. 13-7-2015 /r. 2405-2014) indica: <<<1.- Acerca de la garantía de indemnidad .- Es doctrina reiterada que en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 41.1 de la Constitución Española y artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores (SSTC 5/2003, de 20/Enero FJ 7 ; 75/2010, de 19/Octubre, FJ 4 ; y 76/2010, de 19/Octubre , FJ 4. Reproduciendo tal doctrina, SSTS 25/02/08 -rcud 3000/06 -; 13/11/12 -rcud 3781/11 -; y 29/01/13 -rcud 349/12 -). 2.- La inversión probatoria en materia de derechos fundamentales.- No es menos usual criterio -desde la STC 38/1981, de 23/Noviembre - que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate [SSTC 168/2006, de 5/Junio, FJ 10 ; 17/2007, de 12/Febrero, FJ 3 ; 257/2007, de 17/Diciembre , FJ 4]. Porque la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal» (SSTC 75/2010, de 19/Octubre, FJ 4 ; 76/2010, de 19/Octubre , FJ 4. En la doctrina ordinaria, SSTS 26/02/08 -rcud 723/07 -; 18/07/14 -rco 11/13 -; 24/07/14 -rco 135/13 -; y 22/12/14 -rcud 3059/12 -). 3.- El presupuesto indiciario.- Pero -conforme unánime doctrina que parte de la referida STC 38/1981, de 23 Noviembre - para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que «debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación» [SSTC 16/2006, de 19/Enero, FJ 2 ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; 168/2006, de 5/Junio , FJ 4] o de «represalia empresarial» [STC 125/2008, de 20/Octubre , FJ 3], ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla - la vulneración constitucional- se haya producido» [SSTC 114/1989, de 22/Junio, FJ 5 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; y 168/2006, de 5/Junio , FJ 4], que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación [SSTC 44/2006, de 13/Febrero, FJ 3 ; 257/2007, de 17/Diciembre, FJ 4 ; y 92/2009, de 20/Abril , FJ 3]; se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que



surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales» [por todas, SSTC 293/1993, de 18/Octubre, FJ 6 ; 183/2007, de 10/Septiembre, FJ 4 ; y 2/2009, de 12/Enero , FJ 3] (Reproduciendo tal doctrina, SSTS 26/02/08 -rcud 723/07 -; 18/02/14 -rc 96/13 -; 14/05/14 -rcud 1330/13 ; y 18/07/14 -rco 11/13 -)>>>.

II/ Aplicar ahora la doctrina expuesta nos lleva a concluir que la decisión adoptada por la demandada cuenta con antecedentes próximos e inmediatos, que no sólo justifican invertir la carga de la prueba sino que llevan a apreciar su incompatibilidad con el derecho fundamental del trabajador -garantía de indemnidad- que tipifica y protege la jurisprudencia constitucional citada:

a/ El demandante, en defensa legítima de sus intereses, solicitó el 9-10-2015, mediante reclamación previa ante el SERGAS y a través de conciliación frente a GALENI (HP 5º), que se le reconociera el carácter indefinido de su relación laboral (HP 8º).

b/ El "cese" del actor, por finalización de la obra objeto de contrato, tuvo lugar el 5-11-2015 (HP 2º).

c/ El escaso tiempo transcurrido, prácticamente sin solución de continuidad, entre solicitud y cese, junto a lo anteriormente consignado, identifica la decisión litigiosa como reacción ilegítima frente, a la lícita actividad reivindicativa del trabajador porque, entre otras circunstancias, se cumple el presupuesto que ordinariamente determina entender vulnerada la indemnidad laboral objeto de protección, una vez que la indiscutida desavenencia entre las partes, cristalizada en los referidos actos preparatorios de acceso a la jurisdicción, excedió el ámbito personal, íntimo o privado, interno o particular, de la relación de trabajo.

d/ Entendemos que ratifican el criterio expuesto otras particularidades concurrentes, cuales son. - la falta de comunicación entre las codemandadas sobre la finalización de la contrata cuando con anterioridad había sido objeto de renovación anual automática (FJ 2º), por lo demás ajustada a la esencialidad del servicio informático de que se trata, - en menor medida, la adjudicación posterior del SERGAS a GALENI de las tareas de cableado del sistema informático, actividad accesorio y subordinada a la principal que el actor había desempeñado, y ejecutada aquélla por algunos de los trabajadores que habían prestado servicios durante la vigencia de la contrata previa (HP 6º, FJ 2º).

e/ De cuanto queda consignado resulta que mientras el trabajador demandante proporcionó indicios poderosos que generaban razonablemente la apariencia, presunción o sospecha a favor de sus argumentos, es decir, de que el despido lesionaba su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de que vulneraba su garantía de indemnidad, por el contrario la demandada no acreditó que la rescisión unilateral del contrato obedeciera a causas razonables, reales, serias y suficientes que permitieran descartar la existencia del móvil lesivo, es decir, ajena o extraña a todo propósito atentatorio del derecho fundamental.

3ª.- Responsabilidad.

a/ La inadecuada cita procesal (art. 224.1.b LRJS) que el SERGAS invoca en este motivo de suplicación es intrascendente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional de acceso a los recursos (TC ss. 135/1998 , 163/1999), según la cual no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando -como ahora sucede- el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano.

b/ Ratificamos la responsabilidad exclusiva del SERGAS en orden a los salarios dejados de percibir por el demandante, puesto que la opción por dicha entidad efectuada ya en demanda por el trabajador (art. 43.3 ET) atenúa el principio de solidaridad de cedente y cesionaria del tráfico ilícito de mano de obra (art. 43.2 ET), al ser aquel concepto un efecto propio del despido -nulo (art. 55.6 ET)- que, como tal, ha de seguir la misma suerte que la principal responsabilidad de readmisión.

El criterio se ajusta también a la doctrina de suplicación (p.ej. TSJ Extremadura s. 23-2-2012 AS 2012\686) cuando, en aplicación de jurisprudencia (TS s. 3-11-2008 RJ 2008\5665) sobre los efectos de la ilícita conducta empresarial de que se trata, y aún versando sobre un despido improcedente, calificación ésta que no desvirtúa su aplicabilidad por hallarnos ante un despido nulo dados los principios genéricos que expone, afirma en primer lugar la responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria al decir que <<<no habiendo todavía ejercitado el trabajador en el momento del despido la opción -ahora, no sucede como indicamos- de adquirir la condición de fijo o, en su caso, indefinido, en el momento de efectividad del despido, el reconocimiento de la improcedencia del despido efectuado por una de las empresas, produce efectos en el mismo sentido en la otra>>>, para añadir, como excepción a tal regla, que <<no podemos entender que deba declararse la solidaridad de ambas empresas en cuanto al pago de los salarios de tramitación devengados por cuanto una vez que la actora ejercite su elección por integrarse en una o en otra empresa, sobre ésta exclusivamente recaerán las consecuencias previstas por la ley del sentido de su opción, esto es, "es la empresa elegida sobre quien que recae la obligación



de indemnizar o readmitir, según la opción efectuada por quien corresponda, bien por ella misma o bien por el trabajador ", tal y como hemos venido a declarar en nuestra reciente sentencia de fecha 28 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 425730),...>>>.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 235 LRJS , la entidad recurrente ha de abonar los honorarios de letrado del actor impugnante en cuantía de seiscientos cincuenta euros (650 €).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, de 26 de enero de 2016 en autos nº 791/2015, que confirmamos.

Condenamos a la recurrente a abonar los honorarios de letrado del actor impugnante en cuantía de seiscientos cincuenta euros (650 €).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.