



Roj: **STSJ M 12700/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12700**

Id Cendoj: **28079340042017100721**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **563/2017**

Nº de Resolución: **732/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0037146

Procedimiento Recurso de Suplicación 563/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid 867/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 732/2017

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 563/2017, formalizado por el Abogado del Estado en nombre y representación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, contra la sentencia de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en sus autos número 867/2016, seguidos a instancia de D^a Eulalia frente a la mercantil SERSE CONSULTORES S.L., FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROÁMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS -FIAAP-, la parte recurrente y Ministerio Fiscal, sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

"PRIMERO.- La demandante D^a. Eulalia ha venido prestando sus servicios de forma ininterrumpida para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC), en el servicio de Estadística de la Secretaría General de Cooperación Internacional, con la categoría profesional de Técnico de Proyectos - Titulado Medio-, desde el 4 de diciembre de 2002, percibiendo un salario bruto mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias, de 2.337,46 euros (77,91 euros diarios)

SEGUNDO.- El íter contractual entre la actora y las entidades demandadas ha sido el siguiente:

-4 de diciembre de 2002 a 21 de julio de 2003, suscribió un contrato por obra y servicio con la empresa SERSE CONSULTORES, S.L., cuyo obra o servicio determinado era la "realización de tareas propias de secretaria y labores de archivo", siendo la actividad de dicha empresa la "selección y colocación de personal".

-22 de julio de 2003 a 30 de junio de 2005, suscribió un contrato de obra y servicio con la citada empresa SERESE CONSULTORES, S.L., cuya obra o servicio determinado era "funciones administrativas".

-1 de julio de 2005 a 31 de diciembre de 2005, continuó prestando sus servicios para el MAEC a través de un contrato administrativo menor, girando facturas mensuales por sus servicios, siempre por el mismo importe y por el mismo concepto consistente en "colaboración en el proceso de maquetación, corrección de textos y distribución de publicaciones de la Dirección General de Planificaciones y Evaluaciones de Políticas para el desarrollo", siendo las tareas las mismas que desarrollaba anteriormente.

-1 de enero de 2006 a 30 de abril de 2004, continuó prestando sus servicios sin sujeción a contrato formal alguno.

-5 de mayo de 2006 a 31 de julio de 2006, suscribió un contrato de consultoría y asistencia técnica con el MAE, al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2000, cuyo objeto era "llevar a cabo las actividades necesarias en el área de planificación", constando en el pliego de cláusulas administrativas particulares que se realizaría bajo la supervisión de la Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas de Desarrollo y que la prestación de consultoría sería realizada en la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional, percibiendo la actora del MAEC, a través de este contrato, los salarios correspondientes a los meses de enero a abril de 2006 que no le había abonado previamente.

-1 de julio de 2006 a 31 de julio de 2016, suscribió un contrato por obra y servicio determinado con la Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP), cuya obra o servicio determinado era el "desarrollo de actuaciones de cooperación contenidos en los convenios firmados entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y FIIAPP".

TERCERO.- Las dependencias físicas concretas en las que la actora ha venido prestando sus servicios han sido:

-Entre los años 2002 a 2004, en la Oficina de Planificación y Evaluación del MAEC, ubicada en la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, siendo ésta una Agencia dependiente del MAEC.

-Entre los años 2005 (en que se creó la Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas de Desarrollo, a la que fue adscrita la actora) y 2009, prestó sus servicios en las instalaciones que el MAEC tenía en la calle Príncipe de Vergara, nº 43.

-A partir del año 2009 prestó sus servicios en las instalaciones del MAEC sitas entonces en la calle Beatriz de Bobadilla.

-A partir del año 2012 (en que se creó la Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo -SGCID-), prestó sus servicios en la sede de Torres Ágora, a la que se mudó el personal funcionario del MAEC.

CUARTO.- A partir de enero de 2013, la actora se incorporó al Servicio de Estadística de la SGCID, desempeñando las siguientes funciones, las cuales no estaban contempladas en el contrato suscrito con FIIAPP:

-Recopilación y revisión de la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) enviada por los Agentes de la Cooperación Española para dar apoyo al proceso de reporte de flujos AOD y para la preparación de los Seguimientos 2012, 21013, 2014 y 2015.



- Apoyo y colaboración en la redacción y elaboración de los seguimientos AOD 2012, 213, 2014 y 2015.
- Colaboración en la preparación del Informe Marco de Previsiones de AOD 2014, 2015 y 2016,
- Impartición de cursos sobre la aplicación informática Info@od a usuarios de la cooperación.
- Adaptación de la citada aplicación a los cambios y novedades planteados en el Grupo de Trabajo de Estadística del Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE.
- Seguimiento y actualización de la página web de cooperación <http://cooperacionencifras.exteriores.gob.es>-
- Respuesta a peticiones de información estadística por parte de usuarios de la SGCID como de usuarios externos.

QUINTO.- Las funciones que la actora ha venido desarrollando en el MAEC son las propias de la Secretaria General de Cooperación Interacción para el Desarrollo (y antes la Dirección General de Políticas de Desarrollo), que tienen encomendada la tarea de "el desarrollo de las labores de cómputo y seguimiento de la Ayuda Oficial al Desarrollo española, así como la comunicación de los datos al Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE".

SEXTO.- Las condiciones laborales de la actora han sido siempre las mismas, dentro del sistema organizativo del MAEC y desempeñando actividades permanentes del mismo, en concreto, de su equipo de estadística, las cuales le eran encomendadas por dicho organismo, que se encargaba de supervisarlas, constando la actora en el organigrama del SGCID, disponiendo de una extensión propia de teléfono y correo corporativo del MAEC (con la expresión "colaboradores" pero terminado en "@maec.es"), así como facilitándole éste todos los recursos materiales (ordenador, mesa, teléfono, material fungible...).

Asimismo, el horario que realizaba la actora era similar al del personal propio del MAEC, con quienes coordinaba las vacaciones, respecto de las cuales, una vez aprobadas por el responsable, hacía la petición formal a FIIAPP.

Igualmente, la actora disponía de una tarjea de acceso permanente a las instalaciones del MAEC, así como de una plaza de aparcamiento.

SÉPTIMO.- Cada año se firman Convenios de colaboración distintos entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, percibiendo FIIAPP una subvención por parte del propio Ministerio, con la cual se abonaba tanto el salario de la actora, como el de otros compañeros que también desarrollaban funciones para el MAEC pero contratados a través de FIIAPP.

OCTAVO.- En fecha 22 de junio de 2016, la actora inició un procedimiento con la pretensión de obtener la declaración de que la relación laboral que guardaba con el MAEC y, subsidiariamente, con FIIAPP, era de carácter indefinido.

NOVENO.- Con fecha 6 de julio de 2016, FIIAPP entregó a la actora una carta de extinción de la relación laboral, con efectos del 31 de julio de 2016, en la que se hacía constar:

"En relación a la vigencia de su contrato de trabajo por obra o servicio determinado celebrado con FIIAPP en fecha 1 de julio de 2006, al amparo del Real Decreto 2720/98, como Técnico de Proyectos en el marco de los Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y la FIIAPP, para la realización de las actividades definidas en los mismos en distintos ámbitos y temática: planificación, eficacia y calidad de ayuda, seguimiento de políticas de desarrollo, participación española en la UE y organismos multilaterales, estadística y seguimiento de la Ayuda Oficial al Desarrollo y participación y comunicación social, esta fundación le comunica la próxima extinción de las funciones que usted desarrollaba y para las que fue contratada.

Las actividades que usted viene realizando dentro de los Convenios de Colaboración, actividades en materia de Seguimiento de la Ayuda Oficial al Desarrollo (apoyo al análisis y planificación estadística) se darán por finalizadas dentro de las actividades de colaboración MAEC-FIIAPP-.

La Fundación, por ello, terminará su relación laboral con fecha de efectos de 31 de julio de 2016, al concluir las funciones para las que se le contrató dentro de las relaciones con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Agradecemos los servicios prestados y pondremos a su disposición la liquidación de saldo y finiquito que le corresponde".

DÉCIMO.- Las funciones que venía desarrollando la actora no han finalizado, siendo desempeñadas las mismas, tras la extinción de la relación laboral de ésta, por personal propio del MAEC.

UNDÉCIMO.- Durante el último año anterior al cese de la relación laboral, la actora no ha ostentado ningún cargo de representación de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- Con fecha 1 de agosto de 2016 la actora formuló la oportuna reclamación previa.



DECIMOTERCERO.- Con fecha 3 de agosto de 2016 la demandante presentó ante el SMAC la correspondiente papeleta de conciliación frente a FIIAAP y la empresa SERSES CONSULTORES, S.L., el cual se celebró el día 30 de dicho mes, finalizando el mismo "sin avenencia" respecto de la primera e "intentado y sin efecto" respecto de la segunda.

DECIMOCUARTO.- Previamente a la demanda de despido origen de estas actuaciones, la actora presentó otra en la que interesaba la declaración como indefinida de su relación laboral, la cual correspondió por turno de reparto al Juzgado de Lo Social Nº 36 de Madrid (autos de Procedimiento Ordinario 732/2016) habiendo desistido de la misma mediante escrito presentado en fecha 13 de septiembre de 2016.

La reclamación previa a dicha demanda fue presentada en fecha 21 de junio de 2016, habiéndose sido remitido al día siguiente, 22 de junio de 2016, un correo electrónico por el Director del Gabinete del Secretariado de Estado en que le pide a la Jefa de Servicios que le remita los perfiles de los puestos de "las 3 personas que tenemos en fraude de ley".

DECIMOQUINTO.- En el acto del juicio oral, la codemandada FIIAAP reconoció la el carácter indefinido de la relación laboral."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a. Eulalia , contra el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN (MAEC), contra la FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS (FIAAP) y contra la empresa SERSE CONSULTORES, S.L., siendo parte igualmente el MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO, declaro la NULIDAD, por lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, del despido de la demandante acaecido en fecha 31 de julio de 2016, condenando solidariamente entre sí a las entidades demandadas a estar y pasar por esta declaración, y al MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN -como empresa cesionaria- a la inmediata readmisión de la trabajadora en las condiciones que regían con anterioridad al despido, si bien con sujeción a relación laboral indefinida no fija, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, a razón de un salario diario de 77,91 euros, salarios de tramitación de los que habrá que responder solidariamente -como empresa cedente- la codemandada FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS, a cuyo pago a la trabajadora con tal carácter solidario se le condena igualmente, sin perjuicio todo ello de los descuentos que legalmente procedan."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte codemandada (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION), formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 04/07/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, de fecha 7 de diciembre de 2016 , estima la demanda de la actora Doña Eulalia contra el MAEC, la Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Publicas (FIAAP) y SERSE CONSULTORES SL; y declara el acto extintivo de su relación laboral el 31 de julio de 2016 como nulo por lesivo al derecho de indemnidad, con las consecuencia legales que se fijan en el fallo y responsabilidad solidaria de todas las codemandadas.

Por la Abogacía del Estado en la representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, se interpone el presente recurso de Suplicación, impugnado por la representación de la actora.

SEGUNDO.- El primero de los motivos tiene por objeto la revisión del hecho probado séptimo de la sentencia de instancia, al amparo procesal del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

El texto que se propone es el siguiente:

"Se han firmado Convenios de colaboración distintos entre FIIAPP y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, percibiendo FIIAPP una subvención por parte del propio Ministerio, con la cual se abonaba tanto el salario de la actora como el de otros compañeros que también desarrollaban funciones para el MAEC, pero contratados a través de FIIAPP.



El último Convenio de colaboración suscrito, de fecha 1 de agosto de 2015, tenía una vigencia inicial establecida hasta el 31 de diciembre de 2015, que fue ampliada mediante el Acuerdo de Modificación del Convenio, de fecha 10 de noviembre de 2015, hasta el día 31 de julio de 2016 en que se produjo su expiración, sin que se haya realizado ningún convenio posterior de las mismas características.

En el mes de mayo de 2016, Doña Sara comunicó verbalmente a la actora que no se iba a renovar el convenio de colaboración entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y la FIIAPP."

Pese a que se argumenta que la redacción propuesta se desprende por sí misma, de manera manifiesta, evidente y clara de la prueba documental que dice, señala los convenios de colaboración entre el MAEX Y FIIAPP, obrantes a los folios que se reseñan, donde también se constata que el último de los convenios se amplió al 31 de julio de 2016, para concluir que la comunicación verbal de no renovación del Convenio por parte de Doña Sara a la trabajadora, se desprende de la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral. Como es sabido el cauce del art. 193 b) de la Ley Reguladora no habilita a la Sala para alterar la Convicción judicial, con apoyo en la prueba testifical por tratarse de un medio de prueba de exclusiva valoración del Magistrado de Instancia. Por otro lado los convenios que se referencian han sido igualmente valorados en instancia sin que se ponga de manifiesto a la Sala en que ha errado el Juzgador en su valoración.-

El motivo por lo expuesto no puede ser atendido.

TERCERO.- Al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora se denuncia la infracción del art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores . Se entiende que la sentencia de instancia lo ha aplicado erróneamente por cuanto declara la existencia de cesión ilegal en base a los datos fácticos que refleja el hecho probado sexto, cuando a juicio de la recurrente, son meramente circunstanciales y accesorios, quedando sin acreditar el dato que considera relevante de que la contratación de los servicios de la actora se han dado en el marco de Convenios de colaboración plenamente ajustados a Derecho suscritos entre MAEC y FIIAPP.

El apartado 1 del artículo 43 del entonces vigente Estatuto de los Trabajadores , en redacción dada por Real Decreto-Ley 5/2.006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, dispone: "La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan ", en tanto que el siguiente prevé: "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 ". Por su parte, el apartado 3 establece: " Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos " y, finalmente, el 4 prescribe: " Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador de la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal ".

Entiende la Abogacía del Estado que las circunstancias declaradas probadas y valoradas por el Juzgador de Instancia son meramente accesorias y no ha quedado acreditado que la contratación por parte del organismo cedente tenga un carácter formal. Tal alegación obvia la declaración fáctica y la valoración de la prueba realizada por el Juzgador, en una conclusión, que no se ha alterado ante la Sala, en el sentido de que es el Ministerio demandado el que facilitaba a la actora todos los recursos materiales, existiendo coordinación con el personal de dicho ministerio en el horario y solicitud de vacaciones, (...) siendo así, que la demandante se encontraba inmersa en el ámbito organizativo y de dirección del Departamento Ministerial codemandado, siendo a la postre su empresario real, quien le encomendaba las tareas que realizaba y quien procedía a su supervisión, de tal modo que se concluye, en una conclusión no alterada en Suplicación, que FIIATT no era quien ejercitaba las competencias propias de su condición de empleador, sino el MAEC, todo ello en conexión con el inalterado contenido de los hechos probados quinto, séptimo de la sentencia recurrida.

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado.

CUARTO.- Al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora se denuncia la infracción del art. 54.4 y 55.5 del ET .

Se argumenta en la fundamentación de dicha denuncia jurídica que no ha existido represalia por parte del organismo empleador en la decisión de despedir a la actora tras haber iniciado los trámites (reclamación previa) para un procedimiento judicial dirigido a obtener la declaración de su relación laboral como indefinida.



La cuestión controvertida, en este motivo, consiste en determinar si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad, cuando la actora ve extinguido su contrato tras interponer reclamación previa reclamado ante la Administración pública empleadora la declaración de relación laboral indefinida. Esta cuestión ha sido resuelta por el T.S. en supuestos análogos entre otras, como compendia y resume, transcribiendo parte de sus pronunciamientos, nuestra más reciente y ya citada *sentencia de 17 de junio de 2015 (R. 2217/14)* [SSTS 18-2-2008, R. 1232/07 , 26-2-2008, R. 723/2007 , 29-5-2009, R. 152/08 , 13-11-2012, R. 3781/11 , 29-1-2013, R. 349/12 , 4-3-2012, R. 928/12 , 5-7- 2013, R. 1374/12 , 5-7-2013, R. 1683/12 , 11-11-2013, R. 3285/12 , y 14-5-2014, R. 1330/13], doctrina que debemos seguir en aras de la seguridad jurídica mientras no existan razones suficientes para cambiarla.

" Se afirma que << Centrada la cuestión en debatir sobre la «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993, de 18/Enero ...; ... 125/2008, de 20/Octubre ...; y 92/2009, de 20/Abril ... SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07; y 24/10/08 -rcud 2463/07).

De ello «se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental» [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 apartado g ET] (recientes, SSTC 76/2010, de 19/Octubre ...; 6/2011, de 14/Febrero ...; y 10/2011, de 28/Febrero ...). Y asimismo se impone aclarar -seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas- que tampoco es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

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 ...; y 342/2006, de 11/Diciembre 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 aquélla [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 ...; 125/2008, de 20/Octubre ; y 2/2009, de 12/Enero 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 ...; 257/2007, de 17/Diciembre ...; y 74/2008, de 23/Junio ...); «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 , ...; 125/2008, de 20/Octubre ; y 92/2009, de 20/Abril ...) >>.

En caso enjuiciado, no puede admitirse la argumentación del recurso que asume los planteamientos de la Administración demandada basándose en la proximidad temporal entre la fecha de finalización del último contrato y la de formulación de la reclamación previa, dado que de los hechos probados y de la propia



argumentación de dicha sentencia cabe deducir, como hemos hecho en nuestros referidos precedentes, y ciñéndose a la cuestión de si hubo o no vulneración de la garantía de indemnidad, que la demandante ha acreditado indicios suficientes para producir el desplazamiento a la Administración empresaria de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración la referida garantía, el cese se produjo por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; y como quiera que no ofrece ninguno en sentido positivo, como sería combatir la indefinición del vínculo contractual mediante la prueba de la causa de su temporalidad, o que existiese completa desconexión temporal entre el ejercicio por el trabajador de la acción reclamando la declaración de relación laboral indefinida y el cese acordado por la Administración empleadora, limitándose a afirmar que aquél conocía la finalización de su contratación temporal cuando interpuso la reclamación previa, lo que no es suficiente para acreditar " *la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales* ", como se deduce de la doctrina jurisprudencial expuesta. STS de 24 de febrero de 2016 Rec. 1097/2014 .

Las razones que hemos expuesto conllevan la desestimación de este motivo y del Recurso con confirmación del fallo recurrido.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, de fecha siete de septiembre de dos mil dieciséis , en virtud de demanda formulada por D^a Eulalia frente a la mercantil SERSE CONSULTORES S.L., FUNDACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROÁMERICA DE ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS -FIAAP-, la parte recurrente y Ministerio Fiscal, sobre Despido, confirmamos la expresada resolución.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0563-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000056317) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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



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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ