



Roj: **STS 2448/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2448**

Id Cendoj: **28079140012017100427**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2017**

Nº de Recurso: **3481/2015**

Nº de Resolución: **462/2017**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1148/2014,**  
**AATSJ AND 25/2014,**  
**STS 2448/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 31 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Procurador Sr. D. Serafín Soriano Alvarez, en nombre y representación de D. Ceferino , contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en fecha 27 de febrero de 2014, [recurso de Suplicación nº 463/13 ], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, autos 574/2011, en virtud de demanda presentada por D. Ceferino , frente a TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA), TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) y DELEGACIÓN PROVINCIAL DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, sobre DESPIDO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de mayo de 2012, el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Ceferino contra TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A. (TRAGSA), TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) y DELEGACIÓN PROVINCIAL DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, debo declarar y declaro que la extinción contractual acordada con fecha 11 de febrero de 2012 constituye un despido improcedente, y, en consecuencia, condeno a TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) a que, a su elección, readmita al trabajador en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o lo indemnice con la suma de catorce mil setenta y un euros y cincuenta céntimos (14.071,50 €); y en todo caso, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de sesenta y tres euros y sesenta céntimos diarios (63,60 €/día)».

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero . -El régimen Jurídico de "Tragsa" y sus filiales, entre las que se encuentra "Tecnología y Servicios Agrarios S.A." (en adelante "Tragsatec"), viene definido en la Le y 66/97 y desarrollado en el Real Decreto 371/99, siendo medios instrumentales de la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas las cuales les encargan trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias. Uno de los objetos de "Tragsatec" es la realización a instancia de terceros de actuaciones, trabajos o asistencias técnicas de servicios en los ámbitos rurales, agrario, forestal o medio ambiental.- Segundo.-En virtud de Orden de 3 de mayo de 2007, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se acordó aprobar la realización de los trabajos



de "Apoyo al control de campo del sistema Integrado ", y encargar la realización de los mismos a "Tragsa", designándose como Director Técnico al Jefe del Servicio de Inspección y Control de Campo de la Dirección General del Fondo Andaluz de Garantía Agraria.- El presupuesto inicial era de 724.608,36 €, si bien el mismo fue incrementado hasta 938.171,23 euros, en virtud de Orden de 3 de diciembre de 2007.- Damos por reproducido el contenido de la Memoria y del Pliego de Prescripciones Técnicas que obran unidos a los folios 1134 a 1140 de lo actuado.- Tercero.-En virtud de Orden de 7 de mayo de 2008, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se acordó aprobar la realización de los trabajos de "Apoyo al control de campo del sistema Integrado", y encargar la realización de los mismos a "Tragsa", designándose como Director Técnico a la persona titular del Servicio de Inspección y Control de Campo de la Dirección General del Fondo Andaluz de Garantía Agraria.- El presupuesto de realización era de 1.561.446,29 euros y el plazo de ejecución hasta el 10 de mayo de 2009.- Damos por reproducido el contenido de la Memoria y del Pliego de Prescripciones Técnicas que obran unidos a los folios 1142 a 1153 de lo actuado.- Cuarto.-En virtud de Orden de 27 de abril de 2009, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se acordó aprobar la realización de los trabajos de "Apoyo al control de campo del sistema Integrado 2009", y encargar la realización de los mismos a "Tragsatec", designándose como Director Técnico de los mismos a la persona titular del Servicio de Inspección y Control de Campo de la Dirección General del Fondo Andaluz de Garantía Agraria.- El presupuesto de realización era de 1.540.632,95 euros y el plazo de ejecución de doce meses.- Damos por reproducido el contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas que obra unido a los folios 1155 a 1159 de lo actuado.- Quinto.-En virtud de Orden de 11 de mayo de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se acordó aprobar la realización de los trabajos de "Apoyo al control de campo del sistema Integrado 2010", y encargar la realización de los mismos a "Tragsatec", designándose como Director Técnico a la persona titular del Servicio de Inspección y Control de Campo de la Dirección General del Fondo Andaluz de Garantía Agraria.- El presupuesto de realización era de 1.506.294,59 euros y el plazo de ejecución de doce meses, que fue después ampliado (en virtud de Orden de 13 de mayo de 2011) hasta el 31 de julio de 2011.- Damos por reproducido el contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas que obra unido a los folios 1162 a 1166 de lo actuado.- Sexto.-Con fecha 25 de julio de 2011 se dictó Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en cuya virtud se encomendó a "Tragsatec" la ejecución del proyecto "Apoyo Técnico a la gestión de las ayudas incluidas en la solicitud única prevista en el Reglamento (CE) 1698/2005", designándose en ambos como responsable de la encomienda a la personal titular de la Subdirección de Gestión y Control Integrado de Ayudas.- Damos por reproducido el contenido del Pliego de Prescripciones Técnicas que obra unido a los folios 1171 a 1176 de lo actuado.- Con fecha 12 de septiembre de 2011 se comunicó a "Tragsatec" que, dentro del ámbito de dichos expedientes, se debían realizar determinadas actuaciones, relacionadas con el apoyo en la realización de controles de campo.- Séptimo.- El actor, Don Ceferino , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , el día 24 de marzo de 2008 celebró con "Tragsatec", contrato de duración determinada, a tiempo completo, y para obra o servicio definido como "Trabajos en la gestión derivada del apoyo a los controles de campo de las ayudas contempladas en S.J. de Gestión y control en proyecto con el S. de control e inspección de campo de la D.G. del FAGA de la Consejería de Agricultura y Pesca".- Octavo.-Desde el 28 de marzo de 2007, fecha en que causó alta con la entidad "Tragsa", el Sr. Ceferino ha venido prestando servicios como Ingeniero Técnico Agrícola en las dependencias de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, inicialmente en la Delegación de Granada y, desde el mes de mayo de 2009, en la de Huelva, sita en calle "Mozárabes" nº 8 de esta capital, donde ha permanecido adscrito al Departamento de Inspección y control de Campo, desarrollando funciones de apoyo en los controles de campo. emisión de informes técnicos sobre control de ganadería y atención al público.- Noveno.-En el citado Departamento, situado en la primera planta del edificio, prestaban servicio doce trabajadores de la Consejería y otros cinco, incluido el actor, contratados por "Tragsatec", quienes fueron ubicados en una sala situada en la planta segunda.- Décimo.-En el desarrollo de sus tareas el demandante actuaba bajo las órdenes directas del Jefe de Servicio del citado Departamento, quien le planificaba, organizaba y supervisaba el trabajo a realizar.- Undécimo.-Al propio tiempo, semanalmente, el hoy actor remitía al Responsable de Proyecto de "Tragsatec", Don Remigio , en las plantillas facilitadas por esta última, y a través de la extranet de dicha empresa, un informe previo acerca de los trabajos programados, y otro relativo a los efectivamente realizados.- Tales informes eran analizados por "Tragsatec", que advertía luego a sus trabajadores a través de la extranet de las posibles incidencias y anomalías detectadas, instándoles a corregirlas.- fax. Con base en los datos contenidos en los citados informes, "Tragsatec" confeccionaba otro que remitía, con frecuencia quincenal, a la Dirección Facultativa de los trabajos.- Duodécimo.-De igual modo, el Sr. Ceferino remitía mensualmente a "Tragsatec" "parte de actividad y presencia", en el que hacía constar el horario de entrada y da, debiendo especificar en el mismo las tardes trabajadas y los trabajos realizados ante las mismas, o el itinerario seguido, caso de efectuarse salidas a campo.- Decimotercero.-El trabajador debía enviar asimismo a "Tragsatec" un "parte de dietas", que cumplimentaba según instrucciones precisas recibidas de aquélla, que había remitido órdenes escritas de trabajar dos tardes en semana en la Delegación, e llevaban aparejadas tickets de comida, habiéndole indicado, además, la citada presa que si salía dos tardes a campo no era necesario que prestara servicios otras dos des en la Delegación, así como



que las horas de tarde no eran acumulables de una mañana a otra.- Decimocuarto.-El demandante disponía de una credencial de controlador de facilitada por la Junta de Andalucía, de un terminal informático, correo Corporativo (" DIRECCION000 ") y teléfono, teniendo asignado un número para contactar con el exterior y otro corporativo.- El Sr. Ceferino tenía asimismo acceso al sistema informático de la Junta de Andalucía y, en concreto, a la aplicación "Sistema Integrado de Ayudas PA C", teniendo asignada a tal fin contraseña y clave propias.- Para la realización de las salidas al campo, la Junta de la Junta le había hecho entrega del siguiente material: -PDA Hacer Premium GPS N311.- Lector de identificación individual.- - Bastón Stick Cromasa.- Decimoquinto.-El Sr. Ceferino tenía igualmente acceso a la extranet de "Tragsatec" a través de la cual solicitaba vacaciones, que, siguiendo instrucciones de esta última, debían ser previamente consensuadas con su Jefe de Servicio, de manera que este último permaneciese siempre atendido.- El disfrute de los días de asuntos propios era autorizado, en los mismos términos y condiciones, por "Tragsatec".- Decimosexto.-El demandante acudía a reuniones organizativas que se celebraban semanalmente en la sede de la Delegación Provincial, a las que era también convocado el resto del personal, laboral y funcionario, que allí prestaba servicios.- De igual modo, asistía a cursos y jornadas de formación sobre los controles que debía realizar sobre el terreno (folios 854, 860 y 863), impartidos por la Junta de Andalucía.- Decimoséptimo.-Para las salidas a campo, el demandante utilizaba el vehículo todoterreno puesto a su disposición por "Tragsatec", en el que figuraba el "logo" de esta última, a la que remitía mensualmente "parte de control mensual de vehículos alquilados" en el que figuraban los kilómetros recorridos y los repostajes efectuados, facilitándole además, a través de la extranet, información detallada sobre cualquier posible avería del mismo u otras incidencias.- Siendo "Tragsatec" quien controlaba minuciosamente y abonaba, previa justificación por parte del trabajador, los gastos derivados de la utilización del citado vehículo.- Decimoctavo.-"Tragsatec", además, facilitaba al Sr. Ceferino tarjeta "Solred", chubasqueros, chaquetones, cadenas para los vehículos, teléfono móvil, portátil, botas, ollas de protección, mono desechable, calzas, guantes, faja lumbar, chaleco reflectante, mascarilla, gorra, pantalones, polos y camisas.- Habiéndole impartido asimismo formación preventiva en materias como picaduras de garrapatas, conducción de vehículos todoterreno, o riesgos derivados del contacto directo con el ganado en las inspecciones en campo, teniendo, además, contratado un servicio de prevención que practicaba a los trabajadores reconocimientos médicos periódicos, y habiendo realizado en Huelva, en una ocasión, sobre el terreno, una inspección de seguridad previamente planificada.- Decimonoveno.-La mayor parte del tiempo el Sr. Ceferino prestaba servicios realizando labores de campo, atemperándose, los días que permanecía en la Consejería (uno o dos a la semana), al horario del personal de esta última, suscribiendo el correspondiente parte de firmas.- Vigésimo.-Al Sr. Ceferino se le ha venido aplicando por "Tragsatec" el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas y Estudios Técnicos.- El día 25 de febrero de 2010 "Tragsatec" le comunicó por escrito que, al amparo de lo acordado entre la representación de los trabajadores y la Dirección de la empresa, se le reconocía una antigüedad en nómina de 28 de marzo de 2007.- El demandante no prestaba nunca servicios el día de San Isidro, festivo según el Convenio aplicado por "Tragsatec". En caso de haber trabajado en días que, según el Convenio, tenían la consideración de festivos, "Tragsatec" le compensaba tal aplicación de servicios mediante la concesión de descansos.- Vigésimo primero.- Con fecha 27 de abril de 2009 "Tragsatec" había accedido por escrito a la solicitud de traslado formulada por el actor, autorizando al mismo a que, 11 partir del 1 de mayo de 2009, pasase a prestar servicios en la Delegación Provincial en Huelva de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.- Vigésimo segundo.-Damos por reproducido el contenido de los mensajes de Correo electrónico que obran unidos a los folios 840 a 852, 1196 a 1272, 1280 a 1284, 1288 a 1290, 1292, 1293, 1301 a 1324 y 1389 a 1453 de lo actuado.- Vigésimo tercero.-El Sr. Ceferino ha sido designado por la Junta de Andalucía para intervenir como perito en algún procedimiento judicial.- Vigésimo cuarto.-El día 1 de febrero de 2012 el Subdirector de Gestión y Control de Ayudas de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía remitió a "Tragsatec" comunicación escrita fechada el 24 de enero de 2012 del siguiente tenor literal: "Asunto: Finalización Trabajos: Con fecha 25 de julio de 2011 se dictó Orden de la Sra. Consejera de Agricultura y Pesca por la que se encomienda a su empresa la ejecución de dos proyectos relativos a los expedientes NUM001 y NUM002, designándose en ambos como responsable de la encomienda a la persona titular de la Subdirección de Gestión y Control integrado de Ayudas, al cual le corresponde la organización general de los trabajos.- Con fecha 12 de septiembre se comunica a esa empresa, que dentro del ámbito dichos expedientes se deben realizar determinadas actuaciones, relacionadas con el yo en la realización de controles de campo.- En el epígrafe 7 del pliego de prescripciones técnicas de los expedientes NUM001 y 11, Dotación inicial y revisión de medios, se prevé la revisión periódica de los adscritos a la ejecución de las tareas para adecuar los mismos a previsión de trabajos.- En la actualidad, se encuentran ultimados los trabajos que se citarán a continuación y que son correspondientes a la campaña 2011: Expediente NUM001 "Apoyo técnico a la gestión de las ayudas incluidas en la licitud única previstas en el R° (CE) 169812005".- - Colaborar en la realización de controles sobre medidas de forestación de tierras agrarias en la provincia de Huelva, asistiendo a las visitas en explotaciones agrarias para la verificación de cumplimientos sobre la solicitud presentada por el productor, del mismo modo realizar trabajos de comprobación documental en gabinete y someter a estudio la documentación para la elaboración de informes técnicos Expediente NUM002 "Apoyo



técnico a la gestión de las ayudas incluidas en la Solicitud única financiadas con cargo a FEAGA gestionados a través de las Delegaciones Provinciales".- · Colaborar en la realización de controles sobre el terreno relacionados con expedientes de explotaciones ganaderas, asistiendo en las visitas a las explotaciones ganaderas, de las provincias de Cádiz, Granada, Huelva y Almería.- Atendiendo a lo recogido en el epígrafe 7 de los expedientes NUM001 y NUM003 , a fin de que se tomen las medidas oportunas, se comunica que no es necesaria la continuación de dichas actividades".- Vigésimo quinto.-Con fecha 27 de enero de 2012 "Tragsatec" comunica al hoy actor que "próxima a la fecha de finalización de la relación laboral que actualmente mantiene con nosotros, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1 del RD 720/1998, de 18 de diciembre , conforme al cual se formalizó en su día el contrato de abajo, le comunico que el próximo día 11 de febrero de 2012 causará baja en esta presa, por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro e la obra/servicio para la que fue contratada. A partir de la fecha antes indicada le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. Lo que participamos para su conocimiento y efecto rogándole se sirva firmar el duplicado. Deseo expresarle mi mayor consideración por los servicios prestados".- Vigésimo sexto.-Con igual fecha y por la misma causa fueron cesados el resto de Compañeros del hoy actor en la Delegación de Huelva.- Vigésimo séptimo.- Al tiempo de su cese, el productor percibía una retribución diaria bruta, incluido el prorrateo de pagas extras, de 63,60 euros.- Vigésimo octavo.-El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al cese la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.- Vigésimo noveno.- Con fecha 13 de abril de 2011 presentó el trabajador papeleta de conciliación en el CMAC de Huelva frente a "Tragsa" y "Tragsatec", y reclamación previa contra la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, denunciando la existencia de un fenómeno de cesión ilegal, que fue seguida de demanda, presentada en el Decanato de los Juzgados de esta sede con fecha 8 de mayo de 2011.- El 14 de febrero de 2012 el demandante presentó papeleta de conciliación, por despido, intentándose el acto, sin avenencia, el 6 de marzo de 2012. La demanda por despido fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta sede el día 9 de marzo de 2012».

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de D. Ceferino y TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por D. Ceferino debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, que **Be** mantiene en todos sus pronunciamientos, excepto en el relativo a la absolución de la Junta de Andalucía, que queda condenada solidariamente con Tragsatec. Se desestima el recurso de Tragsatec. La empresa recurrente pierde el depósito efectuado para recurrir y, es condenada en costas. Una vez firme la presente sentencia, dése a la consignación el destino legal».

**CUARTO.**- Por el Procurador Sr. D. Serafín Soriano Álvarez, en nombre y representación de D. Ceferino , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014 (R. 941/13 ) y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 23 de mayo de 2013 (R. 710/13 ).

**QUINTO.**- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- Por sentencia de 31/Mayo/12 [autos 574/11], el J/S nº 3 de los de Huelva estimó en parte la demanda interpuesta por Don Ceferino y declaró que su cese en la empresa «Tecnología y Servicios Agrarios, SA» [«Tragsatec»], producido con efectos de 11/02/12 constituía despido improcedente, a cuyas consecuencias legales condenó a la referida demandada, rechazando la pretensión de que fuese declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad y la existencia de cesión ilegal de trabajadores, absolviendo en consecuencia a las codemandadas «Transformación Agraria, SA» [«Tragsa»] y a la Junta de Andalucía [Consejería de Agricultura y Pesca].

2.- Interpuesto recurso de Suplicación, la STSJ Andalucía/Sevilla 27/Febrero/2014 [rec. 463/13 ] estimó en parte el recurso, por apreciar la existencia de cesión ilegal, y condenó solidariamente a la Junta de Andalucía, pero rechazando la declaración de nulidad pretendida.

3.- Se formula recurso de casación unificadora por el trabajador, con dos motivos:

a).- En el primero de ellos reitera la existencia de indicios de vulneración de la garantía de indemnidad y la consecuente obligación de aplicar la doctrina sobre la carga de la prueba cuando se trata de posible



conculcación de derechos fundamentales, aunque sin cita de concreto precepto infringido; y se presentando como decisión de contraste la STS 21/01/14 [rcud 941/13 ].

b).- En el segundo de los motivos, la denuncia de infracción va referida al art. 43.4 ET y la decisión referencial que se aporta es la STSJ Andalucía/Granada 23/05/13 [rec. 710/13 ].

**SEGUNDO.-** 1.- Respecto del primero de los motivos hemos de indicar -como sostiene el Ministerio Fiscal en su informe- que no se cumple la exigencia de contradicción entre la decisión recurrida y la nuestra que se aporta de contraste, pues tal presupuesto de admisibilidad del recurso de casación unificadora requiere que la oposición de pronunciamiento se produzcan entre resoluciones que versen sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219 LJS e interpreta unánimemente la jurisprudencia (recientes, SSTS 25/01/17 -rcud 2729/15 -; 28/02/17 -rcud 3010/15 -; y 08/03/17 -rcud 2498/15 -); y ese requisito no se cumple en el presente caso, como veremos, siquiera sea innegable la coincidencia en multitud de detalles que presentan las sentencias a contrastar: a) en ambas se trata de trabajadores -formales- de la misma empresa «Tragsatec» que prestan servicios para la Administración pública [Junta de Andalucía en la recurrida; Xunta de Galicia en la de contraste]; b) los trabajadores de los dos procesos habían reclamado pretendiendo ser objeto de cesión ilegal de trabajadores y tiempo después son cesados -sostiene la empresa- por reducción de trabajos en la encomienda que había justificado su contratación, habiendo transcurrido -entre demanda y despido- diez meses en la recurrida y treinta en la de contraste.

2.- Pero frente a esta innegable identidad de hechos, que en principio parece debiera llevarnos a entender concurrente la exigible contradicción, lo cierto es que los respectivos HDP ofrecen -como destaca el Ministerio Fiscal en su informe- una diferencia decisiva en orden a excluir la existencia del requisito de que tratamos, por cuanto que el ordinal vigesimocuarto de los HDP de la resolución ahora debatida indica que con fecha 01/02/12, la Junta de Andalucía remitió a «Tragsatec» escrito por el que le comunica la finalización de los «proyectos relativos a los expedientes NUM001 y NUM002 » y que «no es necesaria la continuación de dichas actividades»; añadiendo el HDP vigesimoquinto que «con igual fecha y por la misma causa fueron cesados el resto de compañeros del hoy actor en la Delegación de Huelva». Y muy diversamente, en la decisión invocada como referencial -la nuestra de 21/01/14- no hay declaración alguna similar a las ya indicadas, hasta el punto de que precisamente su ausencia es la que motiva que en tal supuesto la Sala no hubiese apreciado prueba alguna que excluyese la operatividad del indicio de vulneración de la garantía de indemnidad.

3.- Por ello, aunque no puede negarse la existencia de contradicción en el plano argumental entre ambas sentencias, pues para la recurrida el lapso temporal transcurrido entre la reclamación por cesión ilegal y el despido excluía de por sí la virtualidad indiciaria -de indemnidad vulnerada- que correspondía a aquella demanda, en tanto que para la nuestra referencial, el transcurso del tiempo -dos años y medio en su concreto caso- no enervaba aquella cualidad de «indicio», de todas formas la diversidad final en sus respectivos pronunciamientos -improcedencia del despido en la recurrida; nulidad en la de contraste- parece justificarse si se atiende a la consideración de que entre una y otra sentencia media un hecho diferencial directamente ligado a la inversión probatoria que genera la acreditada existencia de indicio de la vulneración del derecho fundamental [previa reclamación judicial sobre cesión ilegal], cual es que en la referencial no se proporciona explicación alguna al cese -salvo la reducción de la encomienda-, en tanto que en el presente proceso se declara probada la finalización de dos encomiendas para las que el actor desarrollaba su actividad y que como consecuencia de ello no solamente fue cesado el demandante, sino todos los compañeros del mismo. Por ello, si bien en nuestra decisión de contraste frente al indicio de vulneración de la garantía de indemnidad no se había propuesto prueba alguna, en la ahora examinada consta la conclusión de la actividad objeto de contrato y la extinción de todos los contratos laborales relacionados con la misma, y no solamente la del trabajador reclamante por cesión ilegal. Con lo que en principio bien pudiera imponerse la conclusión -a diferencia del asunto de contraste- de que la empresa demandada ha atendido a la inversión probatoria que impone la acreditación de indicio vulnerador de la indemnidad y ha cumplido con «la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún 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» ( SSTC 293/1993, de 18/Octubre, FJ 6 ; 85/1995, de 6/Junio, FJ 4 ; ... 183/2007, de 10/Septiembre, FJ 4 ; 257/2007, de 17/Diciembre, FJ 4 ; 74/2008, de 23/Junio , FJ 2. Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 -; 04/03/13 -rcud 928/12 -; ... 24/02/16 -rcud 1097/14 -; SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -; y 13/12/16 -rcud 2059/15 -).

**TERCERO.-** 1.- En el segundo de los motivos del recurso se denuncia -como adelantamos- la infracción del art. 43.4 ET , por cuanto que no se ha concedido al trabajador el derecho de opción que le confiere tal precepto y se aporta como referencial la STSJ Andalucía/Granada 23/05/13 [rec. 710/13 ], que en supuesto de idéntico planteamiento para la misma empresa «Tragsatec», accionando por despido y con idéntica pretensión de



concurrir cesión ilegal de trabajadores, en su parte dispositiva reconoció «el derecho de la actora a optar entre la empresa cedente o cesionaria para continuar su relación laboral».

2.- Innegable la existencia de contradicción, pues se trata de idénticas reclamaciones efectuadas frente a la misma empresa demandada y la Junta de Andalucía, no resta sino rechazar el indicado motivo -al menos tal como viene planteado-, pues en el mismo se argumenta que para que el derecho -opción- reconocido por el art. 43.4 ET sea efectivamente respetado es necesario que la declaración del despido no ajustado a derecho sea exclusivamente la nulidad del despido; y como consecuencia de ello solicita que efectivamente se declare la nulidad del cese y se condene a su readmisión en la Delegación Provincial de Agricultura v Pesca de Huelva [Junta de Andalucía]. Pero no podemos admitir tal planteamiento, porque si bien la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -o «prejudicial interna» necesarias para establecer las consecuencias del despido [ SSTS 19/11/02 -rcud 909/02 -; y 27/12/02 -rcud 1259/02 -] sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 LPL para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET ( SSTS 08/07/03 -rec. 2885/02 -; 12/02/08 -rcud 61/07 -; 14/10/09 -rcud 217/09 -; y SG 20/05/15 -rco 179/14 -), tales consecuencias se limitan al derecho de opción y la condena solidaria, sin alcanzar a una declaración de nulidad que, tratándose de despido individual, se limita a los supuestos previstos en el 55.5 ET [móvil vulnerador de derechos fundamentales; embarazo; y suspensión del contrato por causas ligadas a la maternidad], sin que tal cualidad pueda aplicarse ya -tras la entrada en vigor de la LPL/1990- a los supuestos de fraude, tal como venimos sosteniendo desde la STS 02/11/93 [-rcud 3669/92 -], pues «cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido ... la calificación aplicable es la de improcedencia del despido, y no la de nulidad del mismo» (así, SSTS 29/09/14 -rcud 3248/13 -; y 05/05/15 -rcud 2659/13 -). Y más concretamente, la nulidad por fraude se ha descartado en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores entre empresas ( SSTS 02/11/93 -rcud 3669/92 -; 19/01/94 -rcud 3400/92 -; y 26/01/96 -rcud 635/95 -), habiéndose razonado al efecto que «... en el estado actual del ordenamiento, la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado TALPL . No puede compartirse por tanto la posición de la sentencia recurrida, que presupone implícitamente la existencia en el vigente TALPL de una laguna o «insuficiencia legal» en las calificaciones judiciales del despido. El propósito de la LBPL, llevado a cabo en la TALPL, ha sido precisamente establecer una normativa legal cerrada en esta materia, que por una parte tiene en cuenta el cambio habido en las bases del ordenamiento por la aprobación de la Constitución, y por otra parte atiende al principio de seguridad jurídica, cuyos requerimientos son particularmente exigentes, tanto desde la perspectiva de los intereses de los empresarios como desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, en el régimen jurídico del despido» (citada STS 19/01/94 -rcud 3400/92 -).

3.- Ahora bien, el rechazo del objetivo final del motivo no obsta para que el mismo sea acogido parcialmente, pues para la operatividad de una obligada consecuencia prevista en el art. 43.4 ET -el derecho de opción del trabajador a integrarse como fijo en una de las dos plantillas- es preciso que este paso sea previo al derecho de la empresa -esta vez proclamado por el art. 56.1 ET - a optar entre readmitir al trabajador o a indemnizarle en los términos legalmente previstos. Y a tal efecto el Suplico del recurso es claro respecto de que el trabajador ha optado por su integración como empleado de la Junta de Andalucía, por lo que el derecho de opción atribuido en la sentencia de instancia a «Tragsatec» se confiere a la Junta de Andalucía, manteniendo los restantes pronunciamientos y más particularmente la condena solidaria de ambas demandadas.

**CUARTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan -tal como sostiene el Ministerio Fiscal- a desestimar el primero de los motivos, por no mediar la necesaria contradicción entre las sentencia contrastadas y proceder tal pronunciamiento en esta fase procesal (entre las más recientes, SSTS 07/03/17 -rcud 3857/15 -; 08/03/17 -rcud 2498/15 -; y 14/03/17 -rcud 3008/15 -). Y acoger en parte la infracción denunciada, aceptando la opción del trabajador y excluyendo la declaración de nulidad pretendida. Lo que se acuerda sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

## FALLO

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

1º.- Desestimar el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Ceferino . 2º.- Acoger parcialmente el segundo y resolviendo el debate de Suplicación condenar a la JUNTA DE ANDALUCÍA [Delegación Provincial de Agricultura y Pesca de Huelva] a ejercer el derecho de opción entre readmitir o indemnizar. 3º.- Mantener la condena solidaria de la referida Junta y de la



empresa «TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS, SA» [TRAGSATEC]. 4º.- Los pronunciamientos anteriores se efectúan sin imposición de costas a la recurrente en esta fase.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ