

Roj: **STS 1815/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1815**Id Cendoj: **28079140012016100232**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/03/2016**Nº de Recurso: **3043/2014**Nº de Resolución: **204/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de los recursos de casación unificadora interpuestos por el trabajador demandante Don Pedro Jesús , representado y defendido por el Letrado Don Juan Guerrero Castro y por la sociedad "CENTRAL DE APOYOS Y MEDIOS AUXILIARES, S.A.U." (CAYMASA), representada y defendida por el Letrado Don Eugenio Menacho Fuentes contra la sentencia dictada en fecha 4-diciembre-2013 (rollo 3494/2012) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla , en el recurso de suplicación interpuesto por el referido trabajador contra la sentencia de fecha 19-enero-2012 (autos 164/2011) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla , en autos de despido seguidos a instancia del citado trabajador contra la sociedad ahora recurrente en casación y contra "SERVINFORM, S.A .", "CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA" (CAJASOL), "COMPAÑÍA DE MEDIOS Y SERVICIOS, S.A." (CMS), "MANTENIMIENTO DE CAJEROS, S.L." y "T-SYSTEMS ELTEC, S.L.", habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL

Ha comparecido en concepto de recurrido "SERVINFORM, S.A .", representada y defendida por el Letrado Don José Ignacio Bidón y Vigil de Quiñones.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 4 de diciembre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 3494/2012 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en los autos nº 164/2011, seguidos a instancia del trabajador Don Pedro Jesús contra la sociedad "Central de Apoyos y Medios Auxiliares, S.A.U." (CAYMASA) y contra "SERVINFORM, S.A .", "Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez Y Sevilla" (CAJASOL), "Compañía de Medios y Servicios, S.A." (CMS), "Mantenimiento de Cajeros, S.L." y "T-Systems ELTEC, S.L.", habiendo sido citado el Ministerio Fiscal, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Don Pedro Jesús , contra la sentencia del Juzgado Social núm. 1 de Sevilla, de fecha 19 de enero 2012 , recaída en los autos promovidos a instancia del mismo, en reclamación por despido, debiendo revocar parcialmente dicha resolución, condenando a Caymasa en los mismos términos que a Servinform, S.A., salvo la antigüedad que se computará desde le inicio de la cesión ilegal, a efectos indemnizatorios, teniendo el recurrente derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección en la empresa cedente o cesionaria, siendo sus derecho y obligaciones en la empresa cesionaria, los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo* ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 19 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- D. Pedro Jesús ha venido prestando servicios*



para Servinform desde el 10 de noviembre de 2001 con categoría profesional de oficial 2' administrativo y salario de 48,46 euros/día. La prestación de servicios se produjo en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido (doc. 10 de los aportados por la actora que se da por reproducido). Segundo.- La relación laboral del actor se regía por el Convenio Colectivo de Empresas Consultoras de Planificación de Empresas y Contable. Tercero.- Cajasol tiene su origen en la fusión, el 21/05/07, del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla y Caja Provincial San Fernando de Sevilla y Jerez. Cuarto.- Al inicio de su relación laboral el actor realizó su trabajo en las dependencias de Cajasol, en el Departamento de Instalaciones y Mantenimiento. Sus funciones consistían en solventar incidencias en la red informática y en los cajeros automáticos. Estas mismas funciones eran desarrolladas por empleados de Cajasol. Quinto.- Las órdenes de trabajo las daba personal de Cajasol, que era también el que resolvía las dudas que pudieran surgir en el desarrollo del trabajo. La aplicación informática y los equipos informáticos que el actor utilizaba eran de Cajasol. Las vacaciones y horarios eran coordinados con el resto de compañeros de Cajasol que era quien las autorizaba. Personal de Sevinform gestionaba las nóminas y permisos del actor. Sexto.- Cajasol y CMS tenían suscrito contrato para la prestación de servicios informáticos y de atención telefónica para el Centro de Atención de Usuarios. CMS suscribió, a su vez, contrato con Servinform para la prestación de los mencionados servicios. Séptimo.- En el mes de julio 2009 el actor fue trasladado a instalaciones de Caymasa. A partir de esta fecha, el actor no recibió órdenes de Cajasol ni tuvo contacto alguno con esta entidad. Los trabajadores de Servinform tenían un responsable de su empresa y un coordinador de Caymasa, que era el que organizaba y distribuía el trabajo y servía de enlace con Cajasol. Octavo.- El 1/4/2010, si bien se firmó el 1/1/2010, entró en vigor contrato suscrito entre Cajasol y Caymasa. El nuevo contrato suponía una reducción de gastos respecto del anterior con CMS. Caymasa suscribió contrato con CMS que, a su vez, lo suscribió con Servinform. Noveno.- En el mes de abril de 2010 CMS comunicó a Servinform la rescisión del servicio. En diciembre 2010 finalizó la subcontrata con CMS. Décimo.- Con anterioridad a este procedimiento, el actor formuló demanda declarativa a fin de que se declarara la existencia de cesión ilegal que fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla de fecha 24 de junio de 2009 . La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 10 de mayo de 2011 declaró la nulidad de las actuaciones seguidas en el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla en el procedimiento de referencia desde la providencia de admisión a trámite de la demanda a efectos de que se ampliara la demanda contra Metrolico S.A. Décimoprimero.- El 29 de noviembre de 2010, con efectos de 31 de diciembre de 2010, Servinform remitió al actor carta de despido por causas objetivas. Se da por reproducida la citada carta, obrante como doc. 4 de los aportados por la actora a las actuaciones. La empresa no puso a disposición del trabajador la indemnización legal " .

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Estimo la demanda formulada por Don Pedro Jesús contra Servinform SA en reclamación por despido, debo declarar y declaro el mismo como improcedente, condenando a estar y pasar por esta declaración así como, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, bien a readmitir al actor en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido, bien a que le indemnice en la cantidad de 22.170,27 euros, más en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde el día del despido (31 de diciembre de 2010) hasta la notificación de esta sentencia " .

TERCERO.- Por las representaciones Letradas del trabajador Don Pedro Jesús y de la sociedad "Central de Apoyos y Medios Auxiliares, S.A.U." (CAYMASA), se formalizaron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. 1.- Recurso del trabajador.- Articulado en dos motivos. En el primero se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva de la sentencia (art. 24 CE en relación con los artículos 26 y 108.3 de la LRJS y la jurisprudencia que se cita). Arguye el recurrente que la sentencia recurrida no se pronunció sobre la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que había sido alegada en el recurso ni sobre la solicitud de nulidad del despido por tal causa. Ofrece como sentencia de contraste la STS/IV 17-julio-2013 (rcud 2350/2012). En el segundo motivo , formulado con carácter subsidiario del anterior, se denuncia por el trabajador la infracción del art. 24 CE en relación con los artículos 43 ET , 6.4 del Código Civil y 182 de la Ley de Jurisdicción . Entiende el recurrente que su despido es nulo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, pues aquel considera que tal despido fue una represalia por la previa demanda por él interpuesta por cesión ilegal de mano de obra frente a CAJASOL, SERVINFORM, S.A. y CMS, invocando como sentencia de contraste la de T.S.J DE Andalucía (Sevilla) de fecha 8 de noviembre de 2012 . 2.- Recurso de CAYMASA . Articulado a través de tres motivos: En el primero se denuncia la infracción de los artículos 26 y 108.3 LRJS y art. 24 CE achacando a la sentencia recurrida el no haberse pronunciado sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, alegada por el actor en su demanda, proponiendo como sentencia de contraste la de esa Excm. Sala de 17 de julio de 2013 (rec. 2350/12). Siendo idéntica esta impugnación a la articulada en el motivo primero del recurso del trabajador, y coincidiendo asimismo la sentencia alegada como referencial en ambos casos. En el segundo motivo denuncia infracción del artículo 193 LRJS en relación con el 216 LEC y art. 24 CE , denunciando exceso de jurisdicción al entrar a analizar la sentencia impugnada una cuestión nueva cual es la posible cesión ilegal entre CAYMASA y SERVINFORM no



suscitada por la demanda ni por la parte actora en el acto del juicio y se invoca, como sentencia contradictoria, – salvando el error en la correcta cita –, la STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 24- mayo-2012 (rollo 2386/2011). En e l tercer y último motivo se denuncia la infracción del artículo 19 LRJS en relación con el artículo 1.2 ET , al haberse considerado por la sentencia a la recurrente como empleadora cuando realmente no lo era, toda vez que previamente al despido del trabajador éste había demandado a Servinform, Cajasol y CMS por cesión ilegal, siendo dicha demanda estimada por sentencia del Juzgado de lo Social aunque ésta fuera ulteriormente anulada después de producirse el despido. Se invoca como sentencia referencial la dictada por la STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, de 8-noviembre-2012 (rollo 231/2012).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de abril de 2015, se admitió a trámite por esta Sala el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar los recursos procedentes parcialmente al considerar debieran ser estimados los motivos primeros de los respectivos recursos en los términos señalados, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El trabajador ahora recurrente en casación unificadora interpuso demanda impugnando el despido objetivo efectuado por la codemandada " *Servinform, S.A.* " con efectos de 31-12-2010, alegando, entre otros extremos, la vulneración de la garantía de indemnidad, la existencia de cesión ilegal pretendiendo se declarara la obligación de ser readmitido por la codemandada " *Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla* " (CAJASOL) y subsidiariamente la declaración de improcedencia del despido por irregularidades formales.

2.- En los HPs de la sentencia de instancia, en cuanto ahora más directamente afecta, constaba que: **a)** El demandante ha prestado servicios para " *Servinform, S.A.* " desde el 10-11-2001 con categoría profesional de oficial 2ª administrativo; **b)** Al inicio de su relación laboral el actor realizó su trabajo en las dependencias de Cajasol, en el Departamento de Instalaciones y Mantenimiento. Sus funciones consistían en solventar incidencias en la red informática y en los cajeros automáticos. Estas mismas funciones eran desarrolladas por empleados de Cajasol; **c)** Las órdenes de trabajo las daba personal de Cajasol, que era también el que resolvía las dudas que pudieran surgir en el desarrollo del trabajo. La aplicación informática y los equipos informáticos que el actor utilizaba eran de Cajasol. Las vacaciones y horarios eran coordinados con el resto de compañeros de Cajasol que era quien las autorizaba. Personal de Servinform gestionaba las nóminas y permisos del actor; **d)** Cajasol y CMS tenían suscrito contrato para la prestación de servicios informáticos y de atención telefónica para el Centro de Atención de Usuarios. CMS suscribió, a su vez, contrato con Servinform para la prestación de los mencionados servicios; **e)** En el mes de julio 2009 el actor fue trasladado a instalaciones de Caymasa. A partir de esta fecha, el actor no recibió órdenes de Cajasol ni tuvo contacto alguno con esta entidad. Los trabajadores de Servinform tenían un responsable de su empresa y un coordinador de Caymasa, que era el que organizaba y distribuía el trabajo y servía de enlace con Cajasol; **f)** El 01-04-2010, si bien se firmó el 01-01-2010, entró en vigor contrato suscrito entre Cajasol y Caymasa. El nuevo contrato suponía una reducción de gastos respecto del anterior con CMS. Caymasa suscribió contrato con CMS que, a su vez, lo suscribió con Servinform; **g)** En el mes de abril de 2010 CMS comunicó a Servinform la rescisión del servicio. En diciembre 2010 finalizó la subcontrata con CMS; **h)** Con anterioridad a este procedimiento, el actor formuló demanda declarativa a fin de que se declarara la existencia de cesión ilegal que fue estimada por la SJS/Sevilla nº 7 de fecha 24-06-2009. La STSJ/Andalucía de fecha 10-05-2011 declaró la nulidad de las actuaciones seguidas en el referido Juzgado Social desde la providencia de admisión a trámite de la demanda a efectos de que se ampliara la demanda contra Metrolico S.A.; **i)** El 29-11-2010, con efectos de 31-12-2010, Servinform remitió al actor carta de despido por causas objetivas; y **j)** La empresa no puso a disposición del trabajador la indemnización legal.

3.- La sentencia de instancia (SJS/Sevilla nº 1 de fecha 19-enero-2012 -autos 164/2011), no accede a la petición actora de nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad por entender que no existían indicios de tal vulneración, rechaza la existencia de cesión ilegal argumentando que desde julio de 2009 el actor no recibía órdenes de Cajasol por lo que dicha situación no persistía en la fecha del despido notificado el 29-11-2010, pero declara la improcedencia del despido por insuficiencia de la comunicación escrita de despido y por no haber puesto a disposición de indemnización precedente, condenando a " *Servinform, S.A.* " a optar entre readmitir o



indemnizar al trabajador, al tiempo que absolvía a las codemandadas " *Central de Apoyos y Medios Auxiliares, S.A.* " (CAYMASA), CAJASOL y " *Compañía de Medios y Servicios, S.A.*" (CMS).

4.- Contra la anterior sentencia de instancia interpuso recurso de suplicación el trabajador demandante y la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia en fecha 4-diciembre-2013 (rollo 3494/2912), en la que: **a)** Se rechazaba la revisión fáctica pretendida por el recurrente; **b)** Se revocaba parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social, manteniendo la declaración de improcedencia, pero condenando a CAYMASA en los mismos términos que a SERVINFORM, S.A., <<... salvo la antigüedad que se computará desde el inicio de la cesión ilegal, a efectos indemnizatorios, teniendo el recurrente derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria>> , argumentando que << si bien la cesión a Cajasol terminó en el mes de julio 2009, siendo trasladado a Caymasa, continuó prestando servicios para esta última ... hasta la fecha de su despido, a las órdenes de un coordinador de Caymasa que era el que organizaba y distribuía el trabajo, a más de servir de enlace con Cajasol, por lo que el prestamismo mantenido con una, pasó a la otra, debiendo el trabajador en la fecha en la que prescindió de sus servicios Cajasol, reclamar contra ella, lo que no hizo, permaneciendo año y medio prestando servicios en Caymasa >>; y **c)** Al resolver primero sobre la cesión ilegal no entra a conocer del formulado motivo de nulidad por alegada vulneración de la garantía de indemnidad.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia de suplicación recurren en casación unificadora tanto el trabajador como la sociedad en ella condenada " *Central de Apoyos y Medios Auxiliares, S.A.* " (CAYMASA).

2.- En el primer motivo de ambos recursos, por el cauce procesal del art. 207.c) LRJS (" *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte* "), se denuncia, en ambos recursos, infracción de los arts. 24 CE , 26 y 108.3 LRJS y alegando indefensión; invocan ambos recurrentes como contradictoria la STS/IV 17-julio-2013 (rcud 2350/2012).

3.- Como sintetiza el Ministerio Fiscal en su detallado informe, el caso en dicha sentencia de casación examinado era prácticamente idéntico al que ahora nos ocupa. Se trataba de un trabajador de " *Servinform, S.A.* " que durante cierto tiempo prestó sus funciones en las dependencias de Cajasol y bajo su organización y control, por cuyo motivo formuló demanda por cesión ilegal, la que fue estimada por sentencia 15-06-2009 declarando el derecho del actor a adquirir la condición de fijo en Cajasol. Recurrida ésta sentencia el trabajador fue trasladado a las instalaciones de Caymasa y posteriormente es objeto de despido objetivo sin abono de indemnización simultánea. El actor solicitó fuese declarada la nulidad del despido por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad o subsidiariamente por razones formales y el Juzgado declaró la nulidad por razones formales. En la suplicación el trabajador insiste en su pretensión de que la nulidad fuese declarada por vulneración de derechos fundamentales, la que no es atendida por el TSJ al considerar que " *el despido nulo es una categoría única paritaria al margen de que sus causas sean diversas* ", por lo que " *nada hay que decir sobre la cuestión de la represalia porque el pronunciamiento seguiría siendo el mismo* ". Sin embargo esta Sala de casación en la meritada sentencia, aun matizando que no se trataba allí de una cuestión de incongruencia omisiva por cuanto el Tribunal de Suplicación en cierto modo se había pronunciado sobre la lesión del derecho fundamental alegado al negar que su análisis fuese relevante para el resultado del litigio, declara que " *la protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo puede tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no a las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la correcta decisión* ". Ante la falta de decisión de la sentencia recurrida sobre el particular, la Sala de casación estima el recurso de casación y devuelve las actuaciones al Tribunal de Suplicación para que dicte nueva sentencia en la que entre a examinar la alegada vulneración de derecho fundamental.

4.- Concorre, por tanto y como informa el Ministerio Fiscal, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues los supuestos fácticos son sustancialmente iguales, existiendo igualmente coincidencia en cuanto a las pretensiones, a saber, que el Tribunal de Suplicación se pronunciase sobre la nulidad del despido en razón de la vulneración de la garantía de indemnidad y la omisión en la sentencia recurrida de todo pronunciamiento sobre tal cuestión.

TERCERO.- 1.- El primero de los motivos esgrimidos por ambas partes recurrente debe ser estimado en los términos contenidos en la sentencia referencial que es la que contiene la doctrina jurídicamente correcta, -- como esta Sala igualmente ha reiterado en STS/IV 16-diciembre-2014 (rco 263/2013) --, puesto que ante una pretensión de nulidad de una decisión empresarial por alegada vulneración de derechos fundamental o de libertades públicas el pronunciamiento judicial sobre dicha vulneración debe ser previo a cualquier otro aunque se pudiera apreciar también la nulidad o improcedencia de dicha decisión por defectos formales, puesto que << *La protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier*



otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión >>.

2.- En concreto en la primera de las sentencias citadas se razona, para llegar a tal conclusión, que:

a) << no cabe hablar en el presente caso de una situación de incongruencia omisiva pura. El deber de motivar la sentencia tiene un alcance que ha de ser analizado en cada caso concreto de forma que se satisfaga el derecho de las partes a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar su control mediante los recursos que procedan (STC 77/2000). De ahí que se acepte, incluso, que el silencio del órgano judicial sirva de respuesta ajustada a derecho cuando pueda ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la argumentación esgrimida por el litigante (STC 2/1992) >>;

b) << Sin embargo, no hay en la sentencia recurrida silencio alguno respecto de la pretensión que suscita ahora el presente recurso. Es cierto que la Sala de Sevilla no entra a analizar si la conducta empresarial es o no contraria al respeto del derecho fundamental que el actor invoca, pero lo hace razonando que carece de virtualidad el análisis porque, a su juicio, el resultado que se obtendría de acogerse el planteamiento del trabajador sería igual al ya alcanzado con el fallo de la sentencia de instancia >> y que << Es en este punto donde entra en juego el análisis del art. 108.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que es el texto legal aplicable al presente caso -si bien tiene la misma redacción que el actual art. 108.3 LRJS-, y que debe hacerse extensiva a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas dada la remisión del art. 120 LPL, a cuyo tenor "Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo" >>.

c) << Para la sentencia recurrida el despido nulo carece de matices y es irrelevante que lo sea por cuestiones formales o por vulneración de derechos fundamentales >> y << No podemos compartir este criterio. La protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión >>.

d) << De apreciarse que el derecho fundamental había sido conculcado, el ulterior cumplimiento de tales requisitos de forma, que permitiría un nuevo despido objetivo incluso con la misma causa, nunca serviría de satisfacción suficiente a una eventual lesión del aquel derecho. No puede afirmarse que las consecuencias para el trabajador sean idénticas sea cual sea la motivación de la calificación de nulidad del despido. Desde luego, no lo es la respuesta, aunque formalmente adopte la fórmula de despido nulo; pues en un caso se estará afirmando que el despido ha constituido medio para perturbar la intangibilidad de un derecho fundamental y en el otro la calificación solo implica un reproche a la forma de efectuar la extinción, sin prejuzgar la existencia o no de la causa >> y << Pero es que, además, la verdadera situación en la que se encuentran las partes tras la reincorporación a que conduce en todo caso la declaración de nulidad se torna, a todas luces, diferente. Si el trabajador ve admitida su pretensión inicial y obtiene una sentencia en la que se declare que el despido obedecía a una intención anticonstitucional, la readmisión lleva implícita la restauración del derecho lesionado. En el caso del despido nulo por incumplimientos de índole formal, al no prejuzgarse la causa misma de la extinción, queda abierta la posibilidad de un nuevo despido en que se efectúa una acomodación de la forma a la legalidad correspondiente >> y

e) Concluyendo que << La finalidad del art. 108.3 LPL es la de colmar la tutela judicial necesaria a la invocación de lesiones anticonstitucionales. Y, mientras que la sentencia de instancia da adecuada respuesta a ese mandato, la recurrida -a diferencia de la de contraste- rechaza llevar a cabo un análisis de la conducta empresarial desde esa perspectiva y, de este modo, niega la revisión en suplicación de la decisión de la juzgadora de instancia sobre este prioritario objeto del litigio >>; lo que comporta, a juicio de esta Sala de casación que << en definitiva, la sentencia recurrida debió entrar a resolver sobre el fondo mismo del motivo de suplicación en el que el trabajador suscitaba la revisión de la causa de nulidad por vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser casada y anulada y, al carecerse en este punto de respuesta en suplicación, debemos devolver las actuaciones a la Sala de origen a fin de que dicte nueva sentencia en la que se lleve a cabo el análisis de todas las cuestiones que el recurso de tal clase planteaba >>.

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado, -- incluso con argumentos reforzados en el presente caso, puesto que dada la normativa vigente en la fecha de los hechos la irregularidad formal del despido objetivo no comportaba su nulidad sino meramente la, de más débil protección jurídica, declaración de improcedencia --, obliga a estimar dichos primeros motivos de los recursos de casación unificadora



interpuestos por ambas partes, a casar a anular en dicho concreto extremo la sentencia recurrida y al carecerse en este punto de respuesta en suplicación, debemos devolver las actuaciones a la Sala de origen a fin de que dicte nueva sentencia en la que se lleve a cabo el análisis de todas las cuestiones que el recurso de tal clase planteaba en orden a la calificación del despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales.

CUARTO.-1.- Dispone el art. 225.b) LRJS , -- aun siendo relativo al recurso de casación ordinario, sienta los principios básicos sobre el alcance de la declaración de nulidad de la sentencia impugnada por vulneración de sus normas reguladoras --, que " b) *De estimarse las infracciones procesales previstas en la letra c) del artículo 207, se mandaràn reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo que la infracción se hubiera producido durante la celebración del juicio, en cuyo caso se mandaràn reponer al momento de su señalamiento "* y que " *Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal "*.

2.- En el presente caso, la nulidad de la sentencia lo es con relación a los extremos de la misma afectantes a la declaración de nulidad o de improcedencia del despido impugnado, para que con carácter previo se pronuncie la Sala de suplicación, como se ha indicado, sobre la pretendida nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

3.- Lo anterior comporta, el que no deba ahora analizarse el segundo de los motivos del recurso de casación unificadora formulado por el trabajador demandante, pues está formulado con carácter subsidiario y afecta a la posible declaración de nulidad por vulneración del derecho fundamental, sobre lo que deberá resolver la Sala de suplicación en los extremos planteados oportunamente en el correspondiente recurso.

4.- Debe, no obstante, por tratarse de cuestión distinta de la anterior y separable, entrarse a analizar los restantes dos motivos articulados por la sociedad recurrente en cuanto a afectan a su condena por cesión ilegal; y, con carácter previo, determinar si concurre respecto a los mismos el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS .

5.- En el referido segundo motivo del recurso empresarial, se alega infracción del art. 193 LRJS en relación con los arts. 216 LEC y 24 CE , denunciando exceso de jurisdicción al entrar a analizar la sentencia impugnada una cuestión nueva cual es la posible cesión ilegal entre CAYMASA y SERVIFORM no suscitada por la demanda ni por la parte actora en el acto del juicio; y se invoca, como sentencia contradictoria, -- salvando el error en la correcta cita --, la STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 24- mayo-2012 (rollo 2386/2011). Dicha sentencia es inidónea, por falta de firmeza, pues precisamente fue la sentencia casada y anulada en nuestra STS/IV 17-julio-2013 (rcud 2250/2012), que ha sido la invocada como referencial en su primer motivo del recurso; lo que debería haber comportado la inadmisión del referido motivo, y ahora, en esta fase procesal, procede su desestimación, como pone de relieve el Ministerio Fiscal. La anterior doctrina se reitera desde antiguo por la jurisprudencia de esta Sala (entre otras muchas, SSTS/IV 6-junio-1994 -rcud 3659/1993 , 2-enero-2001 -rcud 4005/2000 , 11-diciembre-2012 -rcud 764/2012), razonándose en la segunda de las citadas sentencias que << *Es bien sabido que una de las exigencias fundamentales para la admisión del presente recurso es que la sentencia de referencia sea firme, pues, como dijo ya esta Sala en STS 25-3-1994 (Rec.- 2985/93), y reiteró en las SSTS 3-5-1995 (Rec.-2086/94) o 12-6-1995 (Rec.-3397/94) y en otras muchas anteriores y posteriores "las sentencias que se alegan como contrapuestas a aquella que se impugna han de ser firmes, toda vez que, de un lado, si no son firmes la doctrina que en ellas se contiene no está todavía consolidada, siendo susceptible de rectificación o anulación por el Tribunal que haya de resolver el recurso pendiente lo que impide que pueda ser tomada en consideración a los efectos de este excepcional recurso, dado que en el mismo sólo pueden servir de referencia criterios firmes y definitivos que ya no sean susceptibles de modificación o alteración; y de otro lado, el permitir la utilización de sentencias no firmes a los fines de la contradicción que imponen los artículos citados, supone abrir el campo de posibilidades de que se dicten, en este último estadio procesal, sentencias contrarias o no coincidentes entre sí, en manifiesta contraposición a los objetivos y finalidades que este especialísimo recurso persigue". La admisión del presente recurso sin la previa firmeza de la sentencia de contraste supondría la desaparición de la garantía máxima que el mismo puede ofrecer en cuanto que se unificaría doctrina sin previa contradicción cual el art. 217 LPL exige, dada la posibilidad de que la sentencia de contraste fuera revocada y por lo tanto deviniera conforme con la recurrida >>; lo que además, respecto a la exigencia de firmeza de la sentencia de contraste, ratifica ahora expresamente la LRJS en sus arts. 221.3 (" 3. Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso ") y 224.3 y 4 ("3. Sólo podrá invocarse una sentencia por*



cada punto de contradicción, que deberá elegirse necesariamente de entre las designadas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición" y " 4. *Con el escrito de interposición, de no haberse aportado con anterioridad, podrá hacerse aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias, acreditando su firmeza en la fecha de expiración del plazo de interposición, o con certificación posterior de que ganó firmeza dentro de dicho plazo la sentencia anteriormente aportada ...* ").

6.- En el tercer y último motivo del recurso empresarial, se denuncia infracción del art. 191 LRJS en relación con el art. 1.2 ET, al haberse considerado por la sentencia a la recurrente como empleadora cuando realmente no lo era, toda vez que previamente al despido del trabajador éste había demandado a "Servinform", "Cajasol" y "CMS" por cesión ilegal, siendo dicha demanda estimada por sentencia del Juzgado de lo Social aunque ésta fuera ulteriormente anulada después de producirse el despido. Invoca como contradictoria la STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, de 8-noviembre-2012 (rollo 231/2012), pero tampoco existe contradicción con la recurrida, pues en la referencial citada se declara la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad en tanto que la recurrida no entra a analizar ni siquiera tal cuestión. El motivo, como informa el Ministerio Fiscal, debió ser inadmitido, y ahora debe ser rechazado.

QUINTO.- Por todo lo expuesto, – y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal –, estimamos exclusivamente el primero de los motivos articulados en los recursos de casación unificadora interpuestos por el trabajador demandante y la sociedad condenada por primera vez en la sentencia de suplicación, rechazando los restantes motivos de dichos recursos; lo que comporta casar y anular en dicho concreto extremo la sentencia recurrida ante la falta de respuesta de la instada declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y al carecerse en este punto de respuesta en suplicación, debemos devolver las actuaciones a la Sala de origen a fin de que dicte nueva sentencia en la que se lleve a cabo el análisis de todas las cuestiones que el recurso de tal clase se planteaban en orden a la calificación del despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales, confirmando en los demás extremos la referida sentencia. Sin costas, dada la estimación parcial del recurso empresarial (art. 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos exclusivamente el primero de los motivos articulados en los recursos de casación unificadora interpuestos por el trabajador demandante Don Pedro Jesús y la sociedad "CENTRAL DE APOYOS Y MEDIOS AUXILIARES, S.A.U." (CAYMASA) y desestimamos los restantes motivos de dichos recursos, contra la sentencia dictada en fecha 4-diciembre-2013 (rollo 3494/2912) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación interpuesto por el referido trabajador contra la sentencia de fecha 19-enero-2012 (autos 164/2011) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en autos de despido seguidos a instancia del citado trabajador contra la sociedad ahora recurrente en casación y contra "SERVINFORM, S.A.", "CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA" (CAJASOL), "COMPAÑÍA DE MEDIOS Y SERVICIOS, S.A." (CMS), "MANTENIMIENTO DE CAJEROS, S.L." y "T-SYSTEMS ELTEC, S.L.", habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el concreto extremo relativo a la falta de respuesta de la instada declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y al carecerse en este punto de respuesta en suplicación, devolviendo las actuaciones a la Sala de origen a fin de que dicte nueva sentencia en la que se lleve a cabo el análisis de todas las cuestiones que el recurso de tal clase se planteaban en orden a la calificación del despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales, confirmando en los demás extremos la referida sentencia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.