

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 36/2019 de 22
Ene. 2019, Rec. 3701/2016**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3701/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 36/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 22 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Tomás , representado y defendido por el Letrado Sr. Guerrero Castro, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 19 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación nº 3494/2012 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla , en los autos nº 164/2011, seguidos a instancia de dicho recurrente contra T-Systems Eltec S-L., Caymasa, Cajasol, Servinform S.A. y CMS Compañía Medios y Servicios S.A., sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridos Caixabank, S.A. (antes Cajasol), representada y defendida por el Letrado Sr. Hernández i Montuenga, T-Systems Eltec S-L. (actualmente Eltec IT Services, S.L.U.), representada y defendida por la Letrada Sra. Parada Torralba.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de enero de 2012, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por D. Tomás contra Servinform, S.A. 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 23010) hasta la notificación de esta sentencia. Con absolución de Caymasa, Cajasol y CMS compañía Medios y Servicios S.A. de la acción contra ellos ejercitada".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- D. Tomás ha venido prestando servicios para Servinform desde el 10 de noviembre de 2001 con categoría profesional de oficial 2ª 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).

2º.- La relación laboral del actor se regía por el Convenio Colectivo de Empresas Consultoras de Planificación de Empresas y Contable.

3º.- Cajasol tiene su origen en la fusión, el 21/5/07, del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla y Caja Provincial San Fernando de Sevilla y Jerez.

4º.- 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.

5º.- 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.

6º.- 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.

7º.- 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.

8º.- 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.

9º.- En el mes de abril de 2010 CMS comunicó a Servinform la rescisión del servicio. En diciembre 2010 finalizó la subcontrata con CMS.

10º.- 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.

11º.- 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 5 de enero de 2011 se consignó en la cuenta del Juzgado la suma de 8.725,70 euros en concepto de indemnización.

12º.- Intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación se presentó la demanda origen de los presentes autos."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Tomás ,

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 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, siendo sus derechos 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".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Guerrero Castro, en representación de D. Tomás , mediante escrito de 26 de julio de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 8 de noviembre de 2012 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 24 CE en relación con los arts. 43 ET , 6.4 Cc . y 182 LRJS .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

Se debate acerca de la calificación que cuadra a un despido disciplinario, si improcedente o nulo, en conexión con previa reclamación sobre existencia de cesión ilegal.

1.Hechos y antecedentes relevantes.

Siempre que está en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) debemos ser especialmente cuidadosos en el análisis de los hechos probados y de los antecedentes del caso, pero en la presente ocasión aparece un cuadro de gran complejidad que conviene examinar con suma atención.

La sentencia ahora recurrida describe con detalle el entramado empresarial que aparece alrededor de la prestación de servicios del actor: 1) El trabajador es contratado por Metrolico, S.A. (ahora Systems Eltec, S.L.) el 18 de septiembre 1996, con contrato de obra o servicio determinado, para control de la Red en los locales de Caja San Fernando (integrada en Cajasol). 2) Posteriormente es contratado por MC Mantenimiento de Cajeros, S.L. 3) Más adelante es contratado por CMS Compañía de Medios y Servicios, S.A. 4) Finalmente es contratado por Servinform, S.A., el 10 de noviembre 2001.

Las tareas desempeñadas por el demandante han sido siempre las mismas: solventar incidencias en la red informática y en los cajeros automáticos de Cajasol, quien daba las órdenes de trabajo, siendo suyos los medios materiales, vacaciones y horarios, coordinados con el resto de trabajadores de Cajasol, gestionando tan solo Servinform, las nóminas y permisos. Con fecha 25 de junio de 2008 formula demanda declarativa por cesión ilegal (contra Cajasol, CMS y Servinform). La demanda es estimada por el Juzgado de lo Social núm. 7, de Sevilla , pero su sentencia es anulada por la del TSJ de 10 de mayo 2011 .

En el mes de julio 2009, es trasladado por Serviform a las instalaciones de Caymasa y a partir de esa fecha ni recibió más órdenes de Cajasol, ni tuvo contacto alguno con ella, teniendo un responsable de Servinform y un coordinador de Caymasa que era el que organizaba y distribuía el

trabajo y servía de enlace con Cajasol. El contrato suscrito entre Cajasol y Caymasa, se firmó el 1 de enero 2010, entrando en vigor el 1 de abril. Caymasa suscribió contrato con CMS y ésta con Servinform, comunicando CMS a esta última, la rescisión del servicio en el mes de abril, finalizando con Cajasol en diciembre 2010, notificando Servinform al actor carta de despido por causas objetivas el 29 de noviembre 2010, con efectos de 31 de diciembre, sin que pusiera a su disposición la pertinente indemnización.

2.Sentencias recaídas en este y anterior procedimiento.

A) Mediante su sentencia 277/2009, de 24 junio, el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla estimó la demanda sobre cesión ilegal que había presentado el trabajador (el 25 junio 2008) contra Cajasol, Servinform y CMS.

La sentencia considera que existe cesión ilegal y declara el derecho del demandante a adquirir la condición de fijo en Cajasol.

B) La STSJ Andalucía (Sevilla) 1254/2011, de 10 mayo , estima el recurso de Cajasol y anula las actuaciones a fin de que se ampliara la demanda contra la empresa Metrolico S.A., por considerar que existe un litisconsorcio pasivo necesario.

La causa de ello radica en que es necesario traer a la citada mercantil al pleito para determinar las condiciones de su prestación laboral desde 18 septiembre 1996 hasta 1 diciembre 1999.

C) Resolviendo ya los presentes autos, mediante su sentencia 52/2012, de 19 enero, el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla estima la demanda del trabajador contra Servinform, declarando improcedente su despido y concediendo a la empresa la opción entre readmitirlo o abonarle la indemnización de 22.170,27 euros.

Descarta la vulneración del derecho a la indemnidad porque el litigio que suscita afecta a muchas otras personas y no solo al demandante, porque existe un dilatado periodo de tiempo entre el ejercicio de la acción y la supuesta reacción discriminatoria y porque la causa objetiva alegada por la empresa parece seria.

Descarta la existencia de cesión ilegal porque en la fecha del despido no subsistía, al haber cesado desde julio de 2009.

Finalmente, califica el despido como improcedente por no haberse puesto a disposición del trabajador la indemnización en los términos que exige el ET.

D) La STSJ Andalucía (Sevilla) 3239/2013 de 4 diciembre (rec. 3494/2012) rechaza la revisión fáctica pretendida, pero revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social, manteniendo la declaración de improcedencia y condenando a CAYMASA en los mismos términos que a SERVIFORM, 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*".

Argumenta 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". Al resolver primero sobre la cesión ilegal no entra a conocer del motivo de nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad.

E) La STS 231/2016 de 16 marzo (rec. 3043/2014) conoce los recursos de casación unificadora interpuestos tanto por el trabajador cuanto por Caymasa. En su parte dispositiva se establece lo siguiente:

Estimamos exclusivamente el primero de los motivos articulados en los recursos de casación unificadora interpuestos por el trabajador demandante Don Tomás y la sociedad "CENTRAL DE APOYOS Y MEDIOS AUXILIARES, S.A.U." (CAYMASA).

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.

F) En concordancia con el tenor de la referida STS 231/2016, la Sala de lo Social del TSJ Andalucía (Sevilla) ha dictado su sentencia 1388/2016 de 19 mayo.

Mantiene en sus propios términos la parte dispositiva de la previa sentencia 3239/2013 de 4 diciembre (rec. 3494/2012), así como sus argumentos para condenar a Caymasa.

Para rechazar el motivo del recurso de suplicación en que se denunciaba la existencia de vulneración del derecho a la indemnidad, la STSJ ahora recurrida recuerda la jurisprudencia existente sobre el particular, examina a fondo el relato de hechos probados y concluye del siguiente modo:

Aunque se entendiera que la salida de Cajasol en junio 2009 lo fuera con violación de derechos fundamentales, indemnidad, cuando es despedido después de año y medio, cualquier acción contra la misma habría caducado, sin que se haya acreditado que Caymasa sea sociedad instrumental de la anterior, aunque preste servicios para la misma, tan solo que la interposición ilícita pasó de la una a la otra, sin que se reclamara contra ella hasta la fecha del despido, ni que el despido lo fuera por esa reclamación contra Cajasol por cesión ilegal, ya que en ese momento no aparece ya como responsable del despido efectuado, ni se desprende vinculación alguna de éste, con aquella reclamación.

3.Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Disconforme con el fracaso de su recurso en la parte referida a la vulneración de la indemnidad, recurre en casación unificadora el trabajador despedido. Con fecha 26 de julio de 2016 presenta su escrito de formalización.

Considera que la sentencia infringe diversos preceptos constitucionales (art. 24 CE) y legales tanto de orden general (art. 6.4 Código Civil) cuanto laboral (art. 43 ET ; art. 182 LRJS).

Descarta que haya habido reorganización del servicio, puesto que solo se ha despedido a cuatro personas que habían interpuesto demanda por cesión ilegal. Además, advierte que en el momento de demandar había cesión ilegal, sin que los acontecimientos posteriores deban afectar al problema.

B) Con fecha 21 de junio de 2017 el Abogado de Cajasol (actual Caixabank) presenta escrito de impugnación del recurso.

Considera que no concurren los requisitos para que pueda entenderse cumplida la exigencia del artículo 219.1 LRJS . Además, en cuanto al fondo también considera acertada la doctrina de la sentencia recurrida.

C) Con fecha 21 de septiembre de 2107 emite su Informe el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta, en concordancia con lo previsto en el artículo 226.3 LRJS .

Considera concurrente la contradicción, pero acertada la solución a que llega la sentencia recurrida, informando a favor de la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Tanto por constituir un presupuesto procesal de orden público, cuya concurrencia debemos controlar de oficio, cuanto por haberse cuestionado por la impugnación al recurso, debemos comenzar analizando la concurrencia del requisito pedido por el artículo 219. LRJS .

1. Alcance de la exigencia legal.

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". En este sentido, por todas, SSTS 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Así lo expresan innumerables resoluciones (sentencias o autos), valiendo por todas las citas de las SSTS de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata. En ese sentido, por ejemplo, SSTS 09 diciembre 2010 (rec. 831/2010); 30 enero 2012 (rec. 2720/2010) y 19 marzo 2013 (rec. 2334/2012).

2. Sentencia referencial.

La sentencia citada de contraste es la dictada por la sala de suplicación del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 8 de noviembre de 2012, R. Supl. 231/2012 .

En la referencial la actora fue contratada temporalmente como Telefonista por la demandada Compañía de Medios y Servicios SA -CMS- que había contratado con la también demandada Monte de Piedad y Caja de Ahorros de San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla -Cajasol- la prestación de servicios informáticos.

A partir de 3 de julio de 2002 y una vez aceptada la baja en CMS, la actora pasó a prestar servicios como Oficial 2ª administrativo para Servinform SA mediante la suscripción de un contrato temporal para obra o servicio determinado cuyo objeto era: "Centro de atención de usuarios Caja San Fernando". A su vez Servinform y CMS habían suscrito el 7 de febrero de 2002 contrato para prestación de servicios informáticos. La actora prestaba servicios en las instalaciones de Cajasol hasta que en julio de 2009 fue trasladada a un centro perteneciente a Caymasa, que suscribió contrato con CMS el 1 de enero de 2010 también para la prestación de servicios informáticos. La actora prestaba sus servicios recibiendo instrucciones directas del Jefe de Servicio de Sistemas Distribuidos de CAJASOL, compartiendo sus funciones con otros trabajadores de la principal, utilizando los medios materiales de dicha entidad. La accionante no recibía instrucciones de trabajo de Servinform y no existía supervisor o persona de dicha empresa que compareciera en el centro de trabajo para el seguimiento de la actividad, limitándose a comunicar su turno de vacaciones a la contratista.

Por sentencia de la Sala de Andalucía, de 1 de marzo de 2011, declarada firme por Auto de 11 de octubre de 2011, se apreció que la actora había sido cedida ilegalmente y se le reconoció el derecho de optar por incorporarse a la plantilla de la contratista o de CAJASOL.

Posteriormente la actora impugna el despido comunicado por Servinform el 29 de noviembre de 2010 con efectos del 31 de diciembre de 2010. El juzgado estimó parcialmente su demanda y declaró la improcedencia del despido, condenando a Servinform y la sala de suplicación estimó el recurso de la trabajadora, declarando ahora la nulidad del despido y condenando a las codemandadas a estar y pasar por dicha declaración y, en concreto, a Cajasol a readmitir a la actora, por considerar que el despido traía causa de la anterior demanda por cesión ilegal formulada por la actora, acogiendo la sala la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Consideraciones específicas.

Recorre el trabajador en casación para la unificación de doctrina centrando el núcleo de la contradicción en la vulneración de la garantía de indemnidad, debiendo declararse nulo el despido por entender que el mismo traía causa de la demanda y para eludir el exacto cumplimiento de lo acordado.

A) Es innegable que las sentencias comparadas afrontan problemas muy similares: demandan dos trabajadores en circunstancias idénticas, que trabajaban para las mismas empleadoras y que habiendo demandado previamente por cesión ilegal de trabajadores, estimada en ambos casos por la sentencia de instancia, fueron despedidos mientras dichas sentencias se hallaban recurridas.

Ambos, con posterioridad a sus demandas por cesión ilegal, fueron trasladados en julio de 2009 a dependencias de Caymasa, trabajando en las mismas sin recibir más órdenes de Cajasol.

B) Tampoco cabe duda de que las soluciones asumidas por las sentencias son divergentes.

La referencial considera nulo el despido por entender que el mismo traía causa de la anterior demanda por cesión ilegal, acogiendo la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, declarando nulo el despido y condenando a Servinform, a Caymasa y a Cajasol.

Sin embargo la sentencia recurrida entendió que el trabajador debía haber demandado con anterioridad en la fecha en la que prescindió de sus servicios Cajasol, lo que no hizo, permaneciendo año y medio prestando servicios en Caymasa, por lo que estima parcialmente el motivo de recurso entendiendo ahora que procede condenar a Caymasa y a Servinform S.A. otorgando la opción al recurrente entre ambas empresas para adquirir la condición de fijo.

C) Pero también es cierto que entre las dos sentencias apreciamos una diferencia que podría tener relevancia.

En el caso referencial la Sala de suplicación confirmó la primera sentencia de la trabajadora, que había sido estimatoria de su pretensión de que se declarara la cesión ilegal. Aquí la Sala de

suplicación decretó la nulidad de las actuaciones seguidas en el procedimiento de instancia, desde la providencia de admisión a trámite, para que se ampliara la demanda frente a Metrolico SA.

Sin embargo en ambos casos, y a los efectos de la cuestión que se plantea, la situación en el momento de ser despedidos los trabajadores concuerda: ambos tenían a su favor una sentencia, que había sido recurrida, y que declaraba la cesión ilegal.

D) Así las cosas, consideramos concurrente la contradicción, puesto que las diferencias no afectan al núcleo sobre el que se discute. Se trata de la incidencia que debe tener en la declaración de improcedencia o nulidad de un despido, por vulneración del derecho de indemnidad, la existencia de una previa demanda sobre cesión ilegal y posterior sentencia no firme que declara la cesión ilegal de trabajadores.

En todo caso, nuestra sentencia ha de partir de varias premisas que han quedado firmes a lo largo de la secuencia de actuaciones judiciales descritas: 1ª) El trabajador estuvo sometido a una cesión ilegal que finalizó en 2009 y a otra distinta que comienza en esa fecha y persiste hasta el despido. 2ª) El despido objetivo acordado por la empresa solo puede ser calificado como improcedente (sentencia recurrida) o nulo (recurso del trabajador). 3ª) La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido confirmada por la del TSJ que ahora se recurre y en ambas se descarta vulneración del derecho de indemnidad por la distancia temporal entre el fin de la cesión ilegal y el despido.

TERCERO.- El derecho de indemnidad.

1. Significado general.

La STC 183/2015, de 10 de septiembre razona acerca del contenido del derecho a la garantía de indemnidad: " Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero)- o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 ; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3 , o 6/2011, de 14 de febrero , FJ 2)".

2. Indemnidad y contrato de trabajo.

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 , y 3/2006, de 16 de enero , FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los trabajadores]. La doctrina constitucional ha resumido así su alcance:

4. En las concreciones de lesión descritas no siempre puede apreciarse abiertamente la vinculación entre la medida empresarial cuestionada y la garantía de indemnidad que integra el art. 24.1 CE , articulándose comúnmente la dinámica procesal con base en el esquema de la prueba indiciaria. Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , hemos ido perfilando el marco de

efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; también por tanto la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE (entre otras, STC 125/2008, de 20 de octubre). En lo segundo, de su lado, este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. Y lo hace, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC , lo que no impide, según establecimos, entre otras, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre ; 136/2001, de 18 de junio , o 17/2003, de 30 de enero , alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

En cuanto al canon de control constitucional que corresponde, tenemos dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio , FJ 7).

5. La virtualidad de esa doctrina relativa a la prueba indiciaria en supuestos en los que la decisión empresarial invoca un fundamento objetivo de carácter económico, y no, como a menudo acontece, un incumplimiento contractual por parte del trabajador, nos hizo apreciar en la fase de admisibilidad la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo [art. 50.1 b) LOTC], dado que el asunto que enjuiciamos permite aclarar nuestra jurisprudencia en la materia.

En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre ; 30/2002, de 11 de febrero , o 98/2003, de 2 de junio). Es menester sintetizarlos en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar *ad casum* que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

Ninguna razón existe para sustraer tal esquema de garantías en supuestos como el analizado. Esto es, ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica (en el presente caso con efectos extintivos) no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica".

3. Indemnidad y despido.

La STS 456/2018 de 26 abril (rec. 2340/2016), dictada también al hilo de un despido objetivo posterior al ejercicio de una reclamación judicial, ha razonado en los siguientes términos:

En definitiva el derecho a la garantía de indemnidad, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero) - o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para el trabajador. En el supuesto examinado el recurrente imputa a la empresa INGENIERÍA FORESTAL SA que ha vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad ya que procedió a su despido objetivo con posterioridad a que se negara a suscribir una novación contractual, transformando el contrato en un contrato fijo discontinuo. Tal conducta empresarial no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad ya que no puede tildarse de reacción de la empresa ante el ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos o, incluso, reclamaciones extrajudiciales por parte del trabajador. La conducta empresarial, que genere consecuencias negativas para el trabajador realizada a continuación de una negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, conductas que no se han producido en el caso examinado.

La STS 185/2018 de 21 febrero (rec. 842/2016) aborda el cese de un trabajador que pocos días antes había presentado una reclamación y resume así nuestra doctrina:

La cuestión ha sido examinada reiteradamente por esta Sala en múltiples ocasiones, entre otras, en las SSTS de 18 de febrero de 2008, rec. 1232/2007 - escogida como de contraste en el presente recurso -; de 26 de febrero de 2008, rec. 723/2007 ; de 29 de mayo de 2009, rec. 152/2008 y de 13 de noviembre de 2012, rec. 3781/2011 ; doctrina que resumen las más recientes de 4 de marzo de 2013, rec. 928/12 ; de 14 de mayo de 2014, rec. 1330/2013 y, de manera especial la STS de 11 de noviembre de 2013 rec. 3285/2012 y cuya doctrina debemos seguir en aras de la seguridad jurídica mientras no existan razones suficientes para cambiarla.

Tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional, "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 14/2993, de 18 de enero; 125/2008, de 20 de octubre y 92/2009, de 20 de abril , entre otras). 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 - (SSTC 76/2010, de 19 de octubre ; 6/2011, de 14 de febrero y 10/2011 de 28 de febrero). No 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 (SSTS de 17 de junio de 2008, rec. 2862/2007 y de 5 de julio de 2013, rec. 1683/2012 , entre otras).

Como dispone el artículo 181.2 LRJS , en el ámbito de los derechos fundamentales, el legislador ha dispuesto un mecanismo de defensa del derecho fundamental relativo a la prueba, según el que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de

su proporcionalidad". La evidente dificultad probatoria del móvil antisindical o discriminatorio en una conducta empresarial ha sido tenida en cuenta por el legislador, no para producir, de entrada, una inversión de la carga de la prueba, sino para provocar una aliteración de la misma a través de la exigencia, para el actor, de aportar únicamente indicios racionales de la lesión. Y, aunque el referido artículo 181.2 LRJS no provoca, en puridad, una traslación de la carga de la prueba si que produce determinados efectos en la posición procesal de las partes respecto de la actividad probatoria que conviene reseñar.

Así, por lo que hace referencia al demandante resulta necesario aclarar, a la vista de la expresión de la norma procesal, que es a él a quien le incumbe la carga de proporcionar al juzgador la convicción de la existencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental, quiere esto decir que incumbe al trabajador la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la violación del derecho. De suyo, la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena; sin embargo, tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional, a propósito de un despido supuestamente discriminatorio, al señalar que "para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión" (SSTC 21/1992, de 14 de febrero y 180/94, de 20 de junio).

En cuanto al demandado, acreditada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental, le corresponderá "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, trata de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato atentatorio del derecho fundamental en cuestión. Al demandado le incumbe probar, una vez que se hayan constatado los indicios de la violación denunciada, bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio o antisindical, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental (STS de 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999).

CUARTO.- Resolución del recurso.

1.Consideraciones específicas.

A) El Ministerio Fiscal ha puesto de relieve que aunque la salida del trabajador de Caja Sol en junio de 2009 pudiera tener por causa la demanda por cesión ilegal que interpuso el trabajador y ello supusiera una vulneración de la garantía de indemnidad, lo cierto es que el trabajador pasó a partir de ese momento a prestar sus servicios en Caymasa, sin ningún tipo de dependencia o control por Caja Sol, y cuando es despedido de esta última empresa había transcurrido más de un año y medio de esa situación, y por ello, cualquier acción de vulneración de derechos fundamentales instando la nulidad del despido ya había caducado.

Considera, por tanto que la sentencia recurrida contiene la solución adecuada al problema pues aquí se trataba de ver si el despido de final de 2010 estaba motivado por la demanda de junio de 2008.

B) Recordemos que al trabajador corresponde acreditar indicios suficientes para producir el desplazamiento al organismo demandado de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración la referida garantía de indemnidad, el cese se produjo por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

El indicio aportado va referido a la previa interposición de una demanda por cesión ilegal. Se trata de demanda dirigida frente a empresas entre las que no aparece Caymasa, precisamente la condenada por cesión ilegal. Por otro lado, la demanda se interpuso muchos meses antes de que tuviera lugar el despido. Como expone la sentencia del Juzgado de lo Social (y confirma la del TSJ) ese factor cronológico apunta hacia una importante desconexión temporal y material entre el ejercicio por el trabajador de la reclamación sobre cesión ilegal y el cese acordado por la empresa.

C) La doctrina constitucional viene pidiendo a quien invoca vulneración de su derecho a la indemnidad que aporte indicios sólidos de ello, a fin de que judicialmente sea posible deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso.

En nuestro caso el Juzgado de lo Social rechazó que se hubiera producido la pretendida vulneración por considerar que los indicios aportados estaban contrarrestados por la distancia temporal de la demanda y el despido, por la concurrencia de más personas en la misma situación y por la apariencia de una causa seria para el despido, aunque el mismo fuera improcedente por motivos formales.

La sentencia recurrida ha tomado en cuenta todas las alegaciones de indicios aportadas por el trabajador y va más allá incluso de lo que el Juzgado sostiene, puesto que descarta incluso que haya indicios válidos que inviertan la carga probatoria:

En este caso, no aparece indicio alguno que pudiera hacer pensar que la medida adoptada, el despido objetivo, el 31 de diciembre 2010, responda a represalia alguna, realizado por otra empresa distinta a aquella en la que se prestó servicios hasta julio 2009 y de la que se reclama para integrarse en ella, sin perjuicio que el mismo se declarara improcedente por defectos formales, pues para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, STC. 266/1993, de 20 de septiembre , sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil", STC. 207/2001, de 22 de octubre , 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, STC. 308/2000, de 18 de diciembre y para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que se demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio, STC. 41/2002, de 25 de febrero , por ello procede rechazar el motivo examinado.

D) La secuencia de hechos descrita y las consideraciones vertidas tanto en el Informe del Ministerio Fiscal cuanto en las dos sentencias referidas nos inclinan a desestimar el recurso.

Que haya habido cesión ilegal (como se reconoce tanto en las sentencias del Juzgado de 2009 y de 2011 cuanto en la STSJ ahora recurrida) no comporta que el despido sea debido a esa circunstancia y que deba considerarse nulo, como algunos pasajes del recurso de casación parecen entender. La ilegalidad de la cesión no arrastra la nulidad del despido.

Los indicios aportados por el trabajador aparecen contrarrestados por otros datos y la convicción judicial de que no se ha vulnerado el derecho fundamental en juego resulta concordante con la doctrina constitucional y la aplicación que de ella venimos haciendo.

2.Desestimación.

A la vista de cuanto antecede, de acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso interpuesto por el trabajador.

Sin embargo, por mandato del artículo 235.1 LRJS , que sea parte vencida no comporta que debamos imponerle las costas causadas.

FALLO

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

:

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Tomás , representado y defendido por el Letrado Sr. Guerrero Castro.

2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 19 de mayo de 2016, en el recurso de suplicación nº 3494/2012 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla , en los autos nº 164/2011, seguidos a instancia de dicho recurrente contra T-Systems Eltec S-L., Caymasa, Cajasol, Servinform S.A. y CMS Compañía Medios y Servicios S.A., sobre despido.

3) No realizar pronunciamiento sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.