



**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA**

Avda Pedro San Martin S/N
Santander

Teléfono: 942357126

Fax.: 942357004

Modelo: TX004

Despidos / Ceses en general 0000069/2018 - 00

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 de Santander

Proc.: **RECURSOS DE SUPPLICACIÓN**

Nº: **0000458/2018**

NIG: 3907544420180000382

Resolución: Sentencia 000668/2018

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Recurrente		
Recurrente		
Recurrido	SANTURBAN SA AYUNTAMIENTO DE SANTANDER	MARÍA GONZÁLEZ-PINTO COTERILLO

SENTENCIA nº 000668/2018

En Santander, a 08 de octubre del 2018.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D. ^a María Jesús Fernández García (Ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por don
y don
contra la
sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, ha sido
Ponente la Ilma. Sra. D. ^a María Jesús Fernández García, quien expresa el
parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por don
y don

siendo demandados SANTURBAN S.A. y el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER sobre Despido y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 23 de abril de 2018, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Los demandantes (afiliados al sindicato USO) prestaron sus servicios para la co-demandada Santurban S.A. de conformidad con estas circunstancias laborales:

... : desde el 1-8-17, categoría de programador de aplicaciones informáticas y salario bruto de 36,83 euros.

... : desde el 1-8-17, categoría de técnico chapista de automoción y salario bruto diario de 36,83 euros.

(el contenido de los contratos de trabajo suscrito se tendrá por reproducido de modo íntegro).

2º.- El 5-12-17 se levantó acta de infracción por parte de la Inspección de trabajo que propuso la imposición de una sanción a las hoy co-demandadas por importe de 6.251 euros por la comisión de sanción muy grave por la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Este acta de infracción vino precedida por una denuncia del sindicato CCOO presentada el 11-9-17 y fue notificada a Santurban S.A. el 5-1-18. (el contenido de este acta se tendrá por reproducido).

3º.- El salario bruto diario de los demandantes con arreglo a la plantilla laboral del ayuntamiento co-demandado asciende a 76,54 euros () y 72,89 euros ().

4º.- Las demandas de cesión ilegal formuladas por los demandantes se notificaron a Santurban el 4-1-18.

5º.- La orden HAC 8/2017 de 15 de marzo prevé una extensión temporal de las obras y servicios a realizar de 3 a seis meses.

6º.- El 31-12-17 los demandantes fueron baja en la S. Social.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scod_web/index.htm Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Firmado por: Varios
Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4c30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

7º.- La demandada optó por la indemnización en caso de improcedencia de los despidos.

8º.- El 23-1-18 se celebró acto de Conciliación con resultado infructuoso (la papeleta se presentó el 10-1-18).

TERCERO.- En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por don _____ y don _____ contra SANTURBAN S.A. y el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER, declaro la improcedencia de los despidos de los demandantes de 31-12-2017 y, en consecuencia, condeno a la demandada Santurban S.A. a indemnizar a los demandantes con estas cantidades:

: 506,41 euros.

506,41 euros."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara improcedente el despido de los actores, con efectos desde el día 31-12-2017, con las consecuencias económicas inherentes a esta declaración. Rechazando la declaración de despido nulo que, con carácter principal postulan. Valorando la documental aportada, sin considerar suficiente indicio para entender que responda a la denuncia presentada por cesión ilegal por el sindicato CC.OO. Al ser concertados sus contratos de trabajo con el límite temporal coincidente a la fecha de su cese. Aun considerado fraudulento, por cesión ilegal al Ayuntamiento de Santander, lo que reconoce su empleadora. Por las funciones desempeñadas realmente para la entidad codemandada; y, no para la contratante inicial. Contemplando la orden de la que surge la contratación un límite temporal de la obra a desarrollar, art. 4.d). Puesto que el acta de infracción se notifica a Santurban el 5-1-2018, a consecuencia de cesión ilegal denunciada por el Sindicato CC.OO., al que no están afiliados los

demandantes; verificándose la extinción antes de ello. Planteando los actores el día 4-1-2018 demanda por cesión ilegal y la demanda de despido es el 29-1-2018, en la que se limita a pedir su improcedencia, mientras que la petición de nulidad se produce el día 5 de abril, siguiente.

Contra esta decisión formula recurso de suplicación la representación Letrada de los actores, al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando infracción de lo establecido en los artículos 24 de la Constitución Española, 43 y 55 del Estatuto de los Trabajadores. Con relación a la doctrina que refiere. Destacando el reconocimiento por la entidad empleadora del despido improcedente, dado que la mayor parte de los trabajadores afectados ha sido indemnizado y les han abonado diferencias retributivas con relación a convenio que les es de aplicación del Ayuntamiento codemandado. Verdadero empleador; en el supuesto de los actores, SMTU. Todo ello, a consecuencia de la denuncia del Sindicato CC.OO., ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra entre SANTURBAN al Ayuntamiento de Santander. Contratados a través del programa de colaboración del Servicio Cántabro de Empleo y las Corporaciones Locales de Empleo.

Contratación temporal fraudulenta, que la parte demandada admite. No respondiendo a temporalidad alguna de lo que se deduce su carácter indefinido. Por lo que reitera, en atención al mismo relato de la instancia, la declaración de nulidad de su despido por garantía de indemnidad. Siendo el indicio la denuncia sindical a la inspección (f. 21 a 32 y 36). Por lo que la parte demandada está obligada a demostrar que el cese obedece a causas ajenas totalmente a dicha vulneración. Dada la presunción de veracidad de las actas de Inspección y el carácter indefinido de su contrato. Puesto que se trata de una denuncia respecto de todos aquellos que se vieran afectados, entre otros los actores. De lo que obtiene que el contrato temporal suscrito, no puede fundar la desestimación de su pretensión, por ser indefinida. Ya que en caso contrario, el fraude de ley en que incurre la empresa, beneficia los intereses actuales de la empresa que promovieron el fraude. No siendo la comunicación del acta de infracción la primera noticia que tenían las demandadas de la denuncia. Manteniendo la administración entrevistas con los representantes de Santurban y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Vanós

Ayuntamiento, asesores jurídicos de éstos, mandos de diferentes centros de trabajo y trabajadores afectados, desde el día 6-10-2017 a 24-11-2017. Por lo que considera que no se aleja el indicio de represalia a los trabajadores.

En el escrito de impugnación al recurso, la representación letrada de SANTURBAN S.A., solicita con amparo procesal en el artículo 197.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la adición de un nuevo hecho declarado probado noveno. Que deduce documentalmente, de la obrante a los folios 67 y 68 consistente en certificado de la Vicepresidenta apoderada de Santurban sobre el número de contrataciones efectuadas al amparo de la orden de Corporaciones Locales HAC/08/2017, por la que también los actores fueron contratados, fecha y causa de extinción de cada una de ellas, y si formularon o no reclamación judicial en materia de cesión ilegal. Por un total de 169 contratos, con fecha de inicio y extinción. Doc. 9 (f. 129 a 133), certificado comprensivo de los trabajadores (37) cuyos contratos se vieron extinguidos el 31-12-2017. Respecto la contratación de diferentes obras con duración máxima de 5 meses, con fecha de inicio y fin cada contrato. De los que 20 se vieron afectados por el acta de infracción de la Inspección. Sobre cesión ilegal, entre ellos los actores. De ellos, 6, no reclamaron cesión ilegal. Todos (los 169 trabajadores) vieron extinguida su contrato en la fecha prevista. Con independencia de que estuvieran o no afectados por el acta de infracción y que hubieran o no formulado demanda.

Siendo el día 31-12-2017, baja en seguridad social 37 trabajadores, por fin de contrato; entre ellos, los actores. De ellos, 4 trabajadores, además de los actores, se hallaban referenciados en el acta de infracción de los que solo uno de ellos (Sr. _____), formuló demanda por cesión ilegal. De lo que deduce que todos los contratos temporales suscritos al amparo de la orden de corporaciones locales (HAC/08/2017), se extinguieron en la fecha pre-datada en el contrato, con independencia de hallarse afectados por el acta de infracción o de haber formulado demanda por cesión ilegal. Proponiendo su redacción literal siguiente:

“SANTURBAN S.A., formalizó durante el año 2017 un total de 169 contrataciones al amparo de la Orden HAC/08/2017 de la Consejería de Economía y Hacienda (BOC de 22 de marzo) bajo la modalidad de obra o



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación 3907534000-0a7ae4cf30deceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

servicio determinado por interés social, con fecha de fin pre-datada en cada uno de los contratos de trabajo.

La Inspección de Trabajo en acta de fecha 5 de diciembre de 2017, apreció la existencia de cesión ilegal de trabajadores en un total de 20 de estas contrataciones que referenció nominalmente en citada acta. En esa relación se hallaban contenidos los actores.

Las 169 contrataciones formalizadas al amparo de la Orden citada, se extinguieron en la fecha pre-datada en los respectivos contratos de trabajo”.

La parte actora recurrente no ataca en forma el relato de la recurrida. Y, aunque se entendiese que así lo hace por citar concreta documental obrante en las actuaciones (f. 21 a 32 y 36), consistente en actuaciones en la denuncia ante la ITSS por CC.OO. el día 6-10-2017. Así como, la propuesta por la empresa codemandada consistente en un relato más amplio o, más concretamente, respecto del mismo marco conjunto de la contratación de los actores en el seno de la empresa empleadora y aquella entidad para la que se pondera cesión ilegal en el acta de infracción. Lo que, también, funda el relato de la recurrida.

Se trata, en ambos casos, de analizar el conjunto de lo actuado respecto de los mismos indicios y contra-indicios aportados por la parte actora y demandadas. Respecto a la pretensión de declaración de despido nulo que reiteran los recurrentes; a lo que se opone la parte demandada. Analizada básicamente en la recurrida (tanto la denuncia sindical en algunas de sus circunstancias que destaca la recurrida, con otras como las que resaltan recurrente e impugnante). Lo que permite estar a su íntegro contenido. Especialmente, al ser contemplado todo ello, incluso en dicho acta de infracción de ITSS, valorado expresamente en la fundamentación de la recurrida y recurso.

Igualmente, respecto de la parte demandada, únicamente se constata frente a las razones que fundan el rechazo en la recurrida, por esta prueba practicada. La misma que destaca la parte impugnante (contratos de trabajo fundados en determinada Orden de empleo, fechas de inicio y fin de contrato, marco general de contratación de los demandantes, el resto de afectados por la denuncia a ITSS, pero también del resto de los contratados por igual causa sin estar afectados por esta



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.htm Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Firmado por: Vanios

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

denuncia nominalmente o sin presentar demanda judicial por cesión, información de bajas en seguridad social de los empleados contratados bajo la modalidad que se suscribe la de los actores...).

Siendo evidente que, únicamente, sirven a un mejor análisis de lo expuesto en la recurrida y por ambos litigantes. Pero que no altera el resultado del litigio, salvo en la consideración por la sala de que sí se justifica indicio de vulneración de derechos fundamentales por los actores, que invierte la carga de la prueba. Lo que no obsta a que se considere justificado, también, como en la instancia, el alejamiento de la extinción comunicada de dicho indicio, por otros datos valorables de los que se llega, fundamentalmente a la conclusión de que la baja de los actores (una de las razones esenciales en la recurrida para rechazar la declaración de su despido nulo), se habría producido igualmente y en dicha fecha aun no mediando tal denuncia sindical. Por responder a la contratación y ceses de los trabajadores afectados por la misma normativa que es la que funda todas estas contrataciones y sus ceses.

En atención al precepto que funda el recurso y el contenido de los art. 97.2 y 196.3 del mismo Texto legal, para que prospere este motivo del recurso, es necesario que documento fehaciente o pericia evidencien, sin necesidad de análisis ni conjeturas, error del Juzgador en el relato impugnado. Y, bajo tal revisión, lo que ya no es posible es una nueva y parcial valoración del conjunto de lo actuado, por ninguno de los litigantes. En concreto sobre la valoración de la misma documental (actuaciones ante la ITSS y contratación de la empresa y entidad demandada en las condiciones en que lo ha sido), fehaciente y clara. Para negar los efectos probatorios que le confiere, a todo ello, la recurrida para alejar el despido comunicado a los actores, del acto de represalia que se les imputa.

A lo que en el presente recurso, se añade que ni la parte recurrente impugna que no se trata de trabajadores fijos, por el hecho de cesión ilegal o contratación fraudulenta. Sino que tratándose de contrato referenciado a una administración pública, se trata de laborales indefinidos, no fijos. Por no haber accedido al puesto a través del concurso público correspondiente.

Por lo tanto, constando la propuesta de sanción del hecho probado segundo, así como la denuncia y el acta correspondientes. Que de sus propios antecedentes detalla datos que ahora cita la recurrente. Junto,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/iscodd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Firmado por: Vanios

Código Seguro de Verificación: 3907534000-0d7ae4c30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

también, no tanto por la certificación de empleado de la empleadora, sino por constar así en la fundamentación de la recurrida cuando niega efectos a la denuncia frente a lo probado por las demandas, en la contratación entre los litigantes, sometida al marco de previsión de ayudas al empleo que afectan a todo un colectivo y modelos de contratación temporal, no solo relativos a los actores sino a otros empleados, de los que algunos más también están afectados por la denuncia sindical y que igualmente se detalla en el acta de infracción. Finalizando siempre sus contratos en la fecha determinada en el contrato, según listado de trabajadores, también aportado al expediente sancionador cuestionado. Sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que por sus concretas circunstancias corresponde para cada uno de ellos.

Por lo que, todo ello, puede ser analizado en el recurso planteado.

SEGUNDO.- Volviendo al objeto del recurso. Sobre la materia la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de fecha 25 de febrero de 2008 (rec. 3000/2006), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que en ella se refiere, declara: "...en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 24.1 de la Constitución Española y artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores)".

Para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o

presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» reveladora 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 su existencia (STC 308/2000, de 18/Diciembre (RTC 2000, 308), F.3). Teniendo aptitud probatoria "...tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental".

Igualmente, para establecer el móvil de la lesión del tratamiento peyorativo revisten especial importancia las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba y, en particular, el desplazamiento de esa carga al empresario como forma de evitar que "la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental". Para ello juega la doble articulación de la prueba indiciaria, de forma que "el demandante que alega el móvil discriminatorio debe aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y que obviamente no puede consistir en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido". De esta forma, "una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios".

Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado (STC nº 151/2004, de 20/Septiembre).

Pues bien, aplicando la indicada doctrina en el presente caso la sentencia recurrida se mueve en la primera fase de construcción del indicio, a partir del cual surgiría el desplazamiento de la carga de la prueba.

La parte demandante ha acreditado hechos (su reclamación judicial por cesión ilegal o petición por despido nulo), posteriores a la extinción contractual misma. Lo que es insuficiente a la inversión de la carga pretendida en el recurso, siquiera.

Y, respecto de la denuncia de un sindicato CC.OO., en la que constan nominalmente afectados los actores por la cesión finalmente concluida por acta, que igualmente se notifica con posterioridad al cese. La empresa y entidad codemandadas, acreditan de contrario otros hechos relevantes que, a juicio de la sentencia recurrida, destruye incluso ese indicio y que consiste en que el despido notificado, en la fecha indicada, nada tiene que ver con aquellas reclamaciones.

Ceses, que se enmarcan en todos los acordados para los empleados contratados por planes de fomento del empleo de trabajadores desempleados. Con contratos amparados normativamente. Que son cesados de forma generalizada y unánime, sin perjuicio de las indemnizaciones que a cada uno supone, por las circunstancias propias que les afectan.

Este contraindicio, que es aceptable en términos de razonabilidad, determinaría que no se produjera siquiera el desplazamiento de la carga de la prueba con la exigencia de justificar el despido. Pero, aunque la sala considera que lo es, su probada improcedencia que ha sido reconocida por la empleadora o el carácter fraudulento de su contratación, no es suficiente tampoco a la declaración de despido nulo pretendida.

En la doctrina del Tribunal Constitucional se refiere que, como parte del derecho de tutela judicial efectiva, la denominada "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 198/2001, de 4 de octubre; 7/1993, de 18 enero; y, nº 55/2004, de 19 de abril). El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se obtiene mediante la actuación de los Jueces y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Varios

Tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta (respecto de denuncia previa sindical por derechos que directamente les afectan), que no pueden determinar consecuencias perjudiciales para la persona que los protagoniza.

En este ámbito, la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes".

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2011, de 14 de febrero, estableciendo que: "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 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 la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza".

La aplicación de este instituto exige la concurrencia de tres requisitos: la actuación del trabajador que implique una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, la existencia de un acto empresarial perjudicial y la relación de causalidad entre la conducta del trabajador y la posterior decisión perjudicial [SSTS de 29-1-2013 (rec. 349/2012) y 4-3-2013 (rec. 928/2012), entre otras].

En el presente litigio, partiendo del inalterado relato fáctico que al comienzo de esta resolución se ha hecho referencia. Sí cabe considerar que se aprecian indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, por la sola intervención indirecta de los actores al estar referidos nominalmente en la denuncia a la ITSS previa (al menos conocida en octubre por las codemandadas, según antecedentes de la comunicación contemplada HP 2º de la recurrida), dos meses antes de la extinción. A lo que, no conste estimación por ITSS de esta pretensión de cesión ilegal hasta después del despido, en el trámite actual seguido, es irrelevante.

Dado que en los casos en los que un trabajador (o representación social con carácter plural o colectivo) denuncia que un acto o práctica empresarial lesiona alguno de sus derechos laborales. La parte demandada queda obligada a aportar en el acto del juicio, indicios razonables que fundamenten su alegato. Es decir, deberá desarrollar una actividad probatoria que permita al Juzgador deducir la posibilidad de que la lesión no se ha producido.

Cuando la recurrida niega que exista indicio de vulneración de derechos fundamentales a los actores en la comunicación de la extinción de su contrato de trabajo. Lo hace por ser la fecha de presentación de demanda de cesión ilegal de 4-1-2018, posterior a la extinción contractual atacada que lo es de días antes del 31-12-2017. Y a tal respecto, nada concluyente de ello se obtiene, pues como acertadamente pondera, no solo la petición del despido nulo por ello, se corresponde a meses después de la presentación de la papeleta de demanda y demanda por despido, sino que se trata de actuaciones reivindicativas propias, posteriores al acto que afirma motivado, por ellas.

Pero, en cuanto a la denuncia sindical de CC.OO., al que indiscutidamente no están afiliados los actores, cuyo resultado se produce al ser notificada acta de infracción a Santurban el día 5-1-2018. Pero, la misma recurrida ya contempla que si la denuncia fue anterior a la extinción del 11-9-2017 (HP 2º). Y, aunque no aclare cuando es conocida por la empresa, de los mismos antecedentes del acta de infracción se deduce que, al menos, el 6-10-2017, la representación de la empresa Santurban y el Ayuntamiento codemandados, respecto de esta denuncia por cesión



Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/sctdd_web/index.htm Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Vanos

ilegal. En la que constan los trabajadores afectados (20), con el listado de trabajadores nominales incluidos en el Programa de Colaboración del Servicio Cántabro de Empleo en las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma Cántabra, para la inserción laboral de personas desempleadas. Con indicación de su contratación, prestación de servicios, responsable y resto de circunstancias que les afecta. Entre otros, a los actores.

Datos a los que igualmente se refiere, en su integridad la parte impugnante del recurso. Por lo que pueden ser analizados en su totalidad en la resolución del recurso.

Inalterado relato, no atacado en este aspecto, insuficiente a la declaración de despido nulo. No ya, por la prueba de la extinción del contrato a la finalización del contrato temporal suscrito, por fraude deducida de los mismos hechos derivados de la actuación de la inspección, por cesión ilegal. En que, si ni los actores eran directamente denunciante ni el sindicato al que están afiliados. Lo hizo otro sindicato, pero aportando datos colectivos sobre la actuación empresarial frente a un grupo de empleados, entre los que nominalmente figuran los actores. Los mismos que determinan el reconocimiento del carácter indefinido de la contratación de los actores y el reconocimiento de los efectos de despido improcedente en el juicio oral. Que a los meros efectos de constar indicios del pretendido ataque a derechos fundamentales que postulan, son insuficientes. Dado que están directamente relacionados con la denuncia misma, que sirve a la inversión de la carga de la prueba, con incumbencia de la empresa de su alejamiento de ella.

Sino que no procede la declaración de nulidad del despido, porque el rechazo a ello en el relato mismo de la recurrida, no se sustenta únicamente, en la pretendida declaración de contrato de trabajo celebrado en fraude de ley o el carácter indefinido de su contratación. Ya que, si la protección dispensada en el art. 53.4 y 5, lo es precisamente a estos derechos fundamentales de la persona (entre ellos la tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución española), no la contratación laboral temporal o indefinida. Los indicios aquí se sustentan, por ser una represalia por la reclamación plural de derechos laborales de los que se creen asistidos, aun bajo la denuncia de sindicato al que no están afiliados, pero

en cualquier caso conocida antes de su despido. A lo que no es obstáculo que el resultado favorable a la denuncia fuese conocido días después de su cese, pues, las codemandadas conocían la denuncia así como las personas afectadas, entre otras los actores, antes de esta comunicación.

La doctrina constitucional afirma que, frente a los indicios aportados por el trabajador que demuestran que su despido obedeció a una represalia empresarial motivada por la interposición de demandas judiciales, denuncias o actos preparativos de ellas, en su contra. Si la empresa no acredita el incumplimiento contractual recogido en la carta de despido ni ha logrado despojar de todo fundamento la conexión indiciaria entre los hechos alegados por el actor y la decisión extintiva adoptada, fuera ésta ajustada o no a derecho (STC nº 138/2006, rec. 4609/2002), el despido es vindicativo y nulo, en interpretación del precepto invocado en el recurso. Las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los arts. 96 y 181.2 de la LRJS (antes, art. 96 y 179 de la LPL).

Alcanzado el resultado probatorio sobre los indicios aquí en la forma expuesta, sobre la parte demandada recae, pues, la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5).

La finalidad de la prueba indiciaria no es, sino, la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria.

La parte demandada debe probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como, que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo



Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30acee18514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Varios

que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del Juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosimilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales.

Se trata, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 4 y 6; 168/2006, de 5-6-2006; y, 65/2006, de 27-2-2006). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental.

Tal indicio, lo deduce el Tribunal Supremo "de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores al despido" (STS S 4ª de 16-4-1997, rec. 3603/1996). Aquí acreditado, por la actuación previa a la extinción del contrato fundado en la fecha prevista de su fin en el contrato temporal que reconoce fraudulento en el juicio oral. Puesto que la recurrida lo enmarca en el conjunto de la restante prueba, en que no se trata de trabajadores en los que exclusivamente se determine esta circunstancia, por estar afectados por los hechos concretos de la denuncia sindical previa. Sino por su contrato que al igual que otros muchos (169), en el mismo año y por igual aplicación normativa, todos ellos se formulan con arreglo a la misma contratación temporal. Con trabajadores afectados por la denuncia o las demandas por cesión ilegal y otros no. Pero todos ellos, como el resto del mismo plan de fomento del empleo, ven extinguido su contrato a la fecha término. Como ha sucedido con los actores.

Ya que, si los trabajadores no pueden ser despedidos ni sancionados por formular reclamaciones contra el empresario, estando protegido incluso en el caso de que no haya intencionalidad lesiva o cuando la lesión es indirecta. Aquí, la actuación de la empresa se declara probado que no responde en el inalterado relato de la recurrida, a un pretendido ataque a estos derechos fundamentales (denuncia a la ITSS por cesión ilegal de su



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/index.html fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación: 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834gm4kAA==

Firmado por: Varios

contratación temporal a ente local) en la esfera individual de los trabajadores. Sino ante circunstancias objetivas de su actividad en la promoción de empleo que es generalizada para las entidades locales en Cantabria, en el marco de un plan de empleo regulado normativamente, con contrataciones formalizadas con fecha de principio y fin, de acuerdo a la misma Orden que las motiva. Sin que los derechos de un trabajador indefinido de la administración por fraude en la contratación supongan mayor protección frente a la extinción de su contrato que la concluida en la recurrida (efectos del despido improcedente).

El mero reconocimiento de un despido improcedente o si no existen motivos de despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5 del ET, la única calificación que puede tener el despido es de despido improcedente (STS/4ª de 5-5-2015, rec. 2659/2013). Siempre que del relato de la instancia se deduzca que la empresa adujo realmente una causa de despido, por ejemplo, vinculada indirectamente de algún modo a las actuaciones de ITSS, pero sustancialmente al margen de ellas. Que es lo que aquí sucede cuando se cesa en la fecha prevista en el contrato suscrito al amparo de norma que promueve el empleo entre un colectivo al que pertenecen los actores.

Aunque por las circunstancias concretas de ejecución de su servicio hayan supuesto el éxito de la denuncia a la ITSS por cesión ilegal.

Cuestión diferente es que, cumpliendo o incumpliendo la empresa el deber que le impone el art. 49.1.c) ET -es decir, acreditada o no la temporalidad pactada-, la decisión extintiva merezca la declaración de improcedencia, tal como expresamente impone el art. 55.4 ET.

En especial, si, como ya hemos destacado más arriba, esos derechos fundamentales son relativos a consecuencias de actuaciones no personales de los actores, sino plurales y dentro de un colectivo, con iguales extinciones contractuales, hayan o no sido afectados por la denuncia; planteen o no demanda por cesión.

El despido no ha de ser calificado de nulo, en el supuesto fáctico aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por el órgano judicial de la instancia, ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva nada tiene que ver con represalia por la denuncia sindical indicada. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido a los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Varios

trabajadores por esta denuncia, sino por vencimiento del plazo pactado contractualmente, según expresa declaración fáctica de la recurrida. Hasta el punto de que según afirma, que la misma Orden que funda su contratación (art. 4.d) ya contempla el límite temporal a su contratación. Circunstancia común a la general contratación que destacan los impugnantes del recurso, o la extinción de más contratos (37 en la misma fecha que son baja los actores), que no se corresponde a la denuncia o demandas planteadas.

En atención a lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que no incurre en la infracción de normas denunciada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.

... y D. ... contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Santander de fecha 23 de abril de 2018 (Proc. 69/18), en virtud de demanda formulada por los recurrentes contra la empresa SANTURBAN S.A. y Ayuntamiento de Santander, en reclamación por despido y, en su consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días hábiles inmediatos siguientes** a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

- a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0458 18.
- b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/lscdd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación: 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bc13061834qm4kAA== Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

0000 66 0458 18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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

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

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scod_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12

Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30acee8514bb9bc13061834qm4kAA==

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/iscdd_web/index.html Fecha y hora: 16/10/2018 10:12	Firmado por: Varios
Código Seguro de Verificación 3907534000-0d7ae4cf30aceef8514bb9bct13061834qm4kAA==	

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

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y telemáticamente al LDO. PEDRO MÉNDEZ GAUTIER, LDA. MONTSERRAT RUIZ CUESTA, PROC. MARÍA GONZÁLEZ PINTO COTERILLO y MINISTERIO FISCAL copia de la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.