



Roj: **STS 4782/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4782**

Id Cendoj: **28079149912017100060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **312/2016**

Nº de Resolución: **1006/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 312/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1006/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Baltasar , representado por el procurador D. Carlos Blanco Sánchez de Cueto y asistido por la letrada D.^a Ana Plaza de las Heras, contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 373/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid , en autos núm. 320/2014, seguidos a instancias de D. Baltasar contra Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España S.A. y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas.

Ha comparecido como parte recurrida el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas representado y asistido por el abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Que el actor viene prestando sus servicios en el centro de trabajo del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas" (en adelante INTA), sito en carretera de Ajalvir, km. 4, Torrejón de Ardoz (Madrid) por cuenta de la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España S.A. (en adelante ISDEFE), en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la Sociedad Estatal unipersonal, INGENIERIA Y SERVICIOS AEROESPACIALES S.A. (INSA), el 30 de septiembre de 2008, para la prestación de servicios a tiempo completo, como Técnico de Mantenimiento, con la categoría profesional de Técnico. Operativo-4

SEGUNDO.- Que ISDEFE es una sociedad mercantil de titularidad pública que ofrece servicios de consultoría e ingeniería para la Administración Pública española y organismos públicos internacionales, que absolvió por acuerdo de fusión, de 16 de marzo de 2012, a la empresa Ingeniería y Servicios Aeroespaciales S.A. (INSA). Está constituida como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, inserta en la estructura del Ministerio de Defensa, que actúa de Ministerio de tutela, y el tenedor de sus acciones es la codemandada, el Organismo Autónomo Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas" (INTA), que con fecha 16 de abril de 2008, había elevado a público el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas, de modificar los Estatutos Sociales, introduciendo un art-2 bis con la siguiente redacción. "La Sociedad tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado (AGE) y de los entes, entidades y organismos dependientes de ella y estará obligada a realizar los trabajos que éstos le encomienden en las materias que constituyan su objeto social".

TERCERO.- Que con fecha 14 de febrero de 2013 se suscribió entre ambas codemandadas un denominado Acuerdo para la Encomienda de Gestión del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas", a la Sociedad Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. relativo a actuaciones de apoyo a la gestión de la Secretaría General, por el cual ISDEFE se obliga a cumplir la Encomienda de Gestión de acuerdo con las instrucciones del INTA y conforme a lo establecido en el Anexo del mismo, asumiendo INTA "las siguientes obligaciones: 1) Facilitar a ISDEFE toda la colaboración y apoyo que sea preciso para la mejor realización de la encomienda de gestión objeto del presente Acuerdo. 2) Coordinar e impulsar las actuaciones objeto del presente Acuerdo. 3) Satisfacer a ISDEFE los gastos que implique la ejecución del presente Acuerdo. 4) Dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre las actuaciones materialmente encomendadas a ISDEFE", estipulando también que "el personal que participe en la ejecución del presente Acuerdo seguirá bajo la dirección y dependencia de la parte a la que pertenece, sin que exista modificación alguna de su relación de servicios".

CUARTO.- Que acuerdos similares al anterior se han suscrito entre el INTA e INSA, al menos desde 2005.

QUINTO.- Que ISDEFE cuenta para gestionar las distintas encomiendas de gestión de INTA -a las que están adscritos unos 200 trabajadores de los 1.544 que es el total de la plantilla de ISDEFE- con un coordinador general -responsable de la cuenta- del que depende una estructura de coordinadores de cada servicio o grupo, los cuales conviven o se relacionan diariamente con sus miembros directamente o a través de un teléfono móvil. En el servicio a que pertenece el actor la coordinadora del servicio era Dña. Remedios , la cual es la que ha de aprobar los permisos, licencias, bajas, ausencias y vacaciones que se comunican por los trabajadores a través de un portal en la web de ISDEFE

SEXTO.- Que en el acta de la reunión mantenida, el 5 de febrero de 2014, entre la Dirección de ISDEFE y el Comité de Empresa del centro de trabajo de Torrejón de Ardoz, consta que "El Comité de Empresa transmite la preocupación de todos los trabajadores por el estado de las Encomiendas que dan soporte a la actividad del personal de ISDEFE en Torrejón, y que cada año han de firmarse con el INTA. El Director de Ingeniería Aeroespacial (Leonardo) expone la situación en la que se encuentran las Encomiendas, habiéndose firmado ya algunas de ellas y estando en vías de firma las restantes, a excepción de la Encomienda que da soporte a los servicios de ISDEFE en Secretaría General. Respecto a ésta última INTA ha planteado la posible retirada de los servicios de 4 personas de forma inmediata y de las 9 personas restantes dentro de seis meses, es decir, en julio de este año. El planteamiento de INTA este año es distinto en este caso pues no se trata de una rebaja de dinero sino de prescindir de los servicios y, por ende, de las personas que allí están"

SÉPTIMO.- Que el 10 de marzo de 2014 ISDEFE remitió cartas por burofax a varios trabajadores, entre ellos al actor, adscritos a la Encomienda que da soporte a los servicios de ISDEFE en Secretaría General de INTA comunicándoles "que los servicios administrativos proporcionados en tu Secretaría General de dicho Instituto Público han dejado de estar contemplados en dicha Encomienda por lo que tus servicios concluyen en dicho cliente", y "no existiendo ningún otro puesto en el mismo cliente donde reubicarte", es por lo que ISDEFE ha



decidido con base en las causas organizativas indicadas proceder a su traslado, en el caso del actor, al Centro de Trabajo de Villafranca, del Castillo (Madrid) sito en la Estación de Seguimiento Espacial y Centro europeo de Astronomía Espacial ESA-ESAC, con efectos del día 14 de abril de 2014, bajo dependencia de la Dirección de Estaciones, manteniendo categoría profesional y salario.

OCTAVO.- Que asimismo la empresa comunicó el 28 de mayo de 2014 a otros trabajadores adscritos a Encomiendas de Gestión del INTA, que la misma finalizaba el 30 de junio de 2014, por lo que por motivos organizativos se procedía a su traslado al centro de trabajo de Madrid situado en la calle Beatriz de Boadilla nº 3, con efectos de 1 de julio de 2014

NOVENO.- Que en fecha 10 de marzo de 2014, tuvo lugar el acto de conciliación instado por el actor el 19 de febrero de 2014, ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia.

DECIMO.- Que asimismo interpuso reclamación previa ante el INTA, el 18 de marzo de 2014.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo la demanda promovida por D. Baltasar , frente a la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, SA, y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas, en reclamación sobre cesión ilegal de mano de obra y absuelvo a las demandadas de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Baltasar ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2015 , en la que estimando el motivo planteado a tal fin, se modificaba la redacción del Hecho Probado Primero, quedando del siguiente tenor literal: «Que el actor viene prestando sus servicios en el centro de trabajo del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas" (en adelante INTA), sito en carretera de Ajalvir, km. 4, Torrejón de Ardoz (Madrid) desde el 20 de abril de 2006, primero a través de la emisión mensual de facturas al INTA por la prestación de sus servicios y desde el 30 de septiembre de 2008, a través de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la Sociedad Ingeniería y Servicios Aeroespaciales S.A. (INSA) para la prestación de servicios a tiempo completo, como Técnico de Mantenimiento, con la categoría profesional de Técnico Operativo-4.».

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

«Que desestimamos el recurso de suplicación número 373/2015 formalizado por la letrada doña Ana Plaza de las Heras en nombre y representación de don Baltasar , contra la sentencia número 429/2014 de fecha 22 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid , en sus autos número 320/2014, seguidos a instancia del recurrente frente a Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. e Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas, en reclamación por cesión ilegal y confirmamos la resolución impugnada.».

TERCERO.- Por la representación de D. Baltasar se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de diciembre de 2011, (rollo 1842/2011).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de julio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2017, acordando los componentes de la Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LOPJ , el debate del asunto por el Pleno, realizándose nuevo señalamiento para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina que plantea el demandante inicial se refiere a la cuestión de la determinación del momento en que puede ejercitarse la acción para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal.

El trabajador presentó la demanda (14 de marzo de 2014) después de tener conocimiento (10 de marzo de 2014) de que la empresa ponía fin a la prestación de servicios (14 de abril de 2014). Con anterioridad, el 19 de febrero de 2014 había presentado la correspondiente papeleta de conciliación frente a una de las codemandadas -la sociedad mercantil ISDEFE-. Asimismo el actor presentó reclamación administrativa previa frente a la cesionaria el 18 de marzo de 2014.

2. El Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid desestima la demanda sosteniendo que el momento determinante para analizar la posible existencia de cesión ilegal es de la interposición de la demanda, criterio que es confirmado por la sentencia de suplicación, ahora recurrida.

La parte actora, ahora recurrente, sostiene que la sentencia de la Sala de Madrid resulta contradictoria con la dictada por ese mismo órgano judicial el 1 de diciembre de 2011 (rollo 1842/2011). En ella se acepta la posibilidad de ejercitar la acción declarativa de la existencia de cesión ilegal, pese a que la prestación de servicios ya había finalizado, porque la papeleta de conciliación previa se había presentado en un momento en que aún persistía tal prestación.

3. Se da la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS porque en ambos casos estamos ante la necesidad de discernir si el momento al que se ha de atender para fijar si la acción se ejercita vigente el vínculo contractual debe ser el de la presentación de la papeleta de conciliación -como sostiene la sentencia de contraste- o, por el contrario, se ciñe a la fecha de presentación de la demanda ante el Juzgado -criterio de la sentencia recurrida-.

SEGUNDO.- 1. El recurso invoca el art. 43 del Estatuto de los trabajadores (ET), sosteniendo, en definitiva, que nos hallamos ante un supuesto en que la finalización de los servicios para la supuesta empresa cesionaria se produce después de que el trabajador haya iniciado la reclamación judicial de la declaración de existencia de cesión ilegal, reclamación que arranca con la presentación de la papeleta de conciliación.

2. Ciertamente, como señala la sentencia recurrida, la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo que la relación laboral esté viva en el momento en que el trabajador ejercita la acción para la declaración de la existencia de la relación laboral, puesto que el éxito de la misma precisa de la subsistencia de la cesión ya que lo que con ella se pretende es la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa de elección -cedente o cesionaria- (apartado 4 del art. 43 ET) -por todas, STS/4ª de 21 junio 2016, rcud. 2231/2014 -.

La excepción a este criterio la hemos admitido en aquellos casos en que la cuestión de la cesión ilegal surge con motivo de la impugnación del despido, cuando este se produce vigente la cesión, en cuyo caso es obvio que con el despido también se pone fin a la situación y, por ello, el trabajador puede accionar tanto contra la empresa cedente como contra la cesionaria para que se analice en ese mismo litigio la responsabilidad derivada de dicha cesión. En tales casos, «la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -o "prejudicial interna" como la denominaron las Sentencias de 19-11-02 (Rec. 909/02) y 27-12-02 (Rec. 1259/02) - sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET » (STS/4ª de 8 julio 2003 -rcud. 2885/2002 -, 12 febrero 2008 -rcud. 61/2007-, 14 octubre 2009 -rcud. 217/2009-, 19 octubre 2012 -rcud. 4409/2011- y 31 mayo 2017 -rcud. 3599/2015-).

También excepcionalmente, esta Sala ha declarado fraudulenta la actuación empresarial que pretendía evitar la ejecución de sentencias firmes declarando la existencia de cesión ilegal cuando, durante su tramitación, la empresa formal efectuaba el despido del trabajador demandante antes de que recayera sentencia firme en el proceso sobre declaración de cesión ilegal iniciado antes del despido y en la que se reconocía el derecho del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa real (STS/4ª de 3 octubre 2012 -rcud. 4286/2011 - y 11 diciembre 2012 -rcud. 271/2012-).

3. Respecto del momento a analizar para decidir si subsiste la situación de cesión ilegal, la STS/4ª de 7 mayo 2010 -rcud. 3347/2009 - señaló que éste «no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia».

Esa doctrina fue perfilada, no obstante, en la STS/4ª de 29 octubre 2012 -rcud. 4005/2011 - en un supuesto en que se suscitaba, igual que en el presente la disyuntiva entre la fecha de la demanda y la de la previa papeleta de conciliación administrativa, para decantarse por considerar que el criterio sentado por la citada STS/4ª de 7 mayo 2010 abocaba a señalar que era la demanda la que marcaba ese requisito, dado que en esa sentencia se desestima la acción declarativa porque si bien la situación susceptible de ser calificada de cesión ilegal



persistía en el momento de la presentación de la papeleta de conciliación, había terminado en la fecha de interposición de la demanda (ese mismo criterio subyace en la STS/4ª de 28 junio 2016 -rcud. 160/2015 -, si bien para apreciar la inadmisibilidad de la casación unificadora por falta del requisito de la contradicción).

TERCERO.- 1. La Sala se ve en la necesidad de efectuar un nuevo análisis de este específico supuesto en la medida en que la diferenciación que llevábamos a cabo entre momento de la papeleta de conciliación y fecha de la demanda podría no ser la más acorde con la doctrina inicialmente expuesta, que partía de la necesidad de que la situación de cesión fuera subsistente en el momento del ejercicio de la acción.

2. A tenor del art. 63 LRJS, la tramitación de un proceso como el presente exigía el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente (por no hallarse dentro de las excepciones del art. 64 LRJS) -y, en el caso de la cesionaria, de la correspondiente reclamación previa, requisitos pre-procesales que se ha cumplido con anterioridad a la demanda-.

Como señaló la STC 119/2007, la finalidad de la conciliación previa es la evitación del proceso, permitiendo a las partes la solución extrajudicial de su discrepancia.

En el mismo sentido, el art. 69 LRJS -en su redacción aplicable al caso y vigente hasta el 2 de octubre de 2016 (Disp. Final 3ª de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)- dispone la obligatoriedad de la reclamación previa.

3. Tanto su naturaleza obligatoria como la finalidad de la misma permiten afirmar que es en el momento en que la papeleta se presenta cuando la parte actora efectúa la manifestación de voluntad expresa de poner en marcha el ejercicio de su derecho, acción que, de no estar sometida a tal requisito previo de procedibilidad, hubiera quedado expresada directamente mediante la demanda. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, nos hallamos ante un trámite obligatorio; por ello la fecha en que el mismo se lleva a cabo no resulta irrelevante ya que implica el conocimiento de la decisión del trabajador de efectuar la reclamación del derecho que afirma. Añadamos a ello el que la parte actora está delimitando en la conciliación el objeto de su pretensión, con la necesaria congruencia que a la postre deberá tener la postura que mantenga en el proceso.

De ahí que haya que entender que, cuando esta Sala IV del Tribunal Supremo sostenía -reiteradamente- que la situación de cesión debe subsistir en el momento del ejercicio de la acción del art. 43.3 ET, estábamos abarcando el marco procesal legalmente diseñado para que tal ejercicio pueda tener lugar. Ello implica que la subsistencia de la cesión se vincula a la delimitación del momento de inicio de los trámites procesales ineludibles para que la acción ponga en marcha el proceso.

4. Debemos por tanto rectificar la conclusión que se desprende de la STS/4ª de 29 de octubre de 2012; lo que nos lleva a precisar que la posibilidad de accionar para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal exige que la situación a calificar como tal esté vigente en el momento en que el trabajador ponga en marcha la reclamación judicial de su derecho, lo que se concretará en el momento de inicio de los actos de evitación del proceso legalmente exigibles como requisito para la presentación de la demanda ante el Juzgado.

5. Coincidimos así con el criterio del Ministerio Fiscal que señala que no puede entenderse decaído el derecho si se han llevado a cabo los oportunos actos preceptivos, como ocurría en este caso.

CUARTO.- 1. Por todo lo expuesto, debemos estimar el recurso del trabajador y casar y anular la sentencia recurrida, resolviendo el debate suscitado en suplicación y, en consecuencia, estimando el recurso de dicha clase en lo que atañe a la única cuestión resuelta por la sentencia de suplicación, debemos devolver las actuaciones a la Sala de origen, para que se dicte nueva sentencia en la que, tras revocar la sentencia de instancia que había negado la subsistencia de la acción, resuelva los restantes motivos del recurso de suplicación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Baltasar contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 373/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid en autos núm. 320/2014, seguidos a instancias del ahora recurrente contra Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España S.A. y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas.



En consecuencia casamos y anulamos la citada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase en lo que atañe a la única cuestión resuelta por dicha sentencia, devolviendo las actuaciones a la Sala de origen, para que se dicte nueva sentencia en la que, tras revocar la sentencia de instancia que había negado la subsistencia de la acción, resuelva los restantes motivos del recurso de suplicación. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol

D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.