



Roj: **STS 2343/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2343**

Id Cendoj: **28079140012017100413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2017**

Nº de Recurso: **3599/2015**

Nº de Resolución: **463/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13403/2010,**
STS 2343/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Erasmo , representado y asistido por el letrado D. Pedro Martí García, contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 107/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2014 , recaída en autos núm. 7/2014, seguidos a instancia de D. Erasmo , contra Nova Notio SL; Indra Sistemas SA; FOGASA y el Ministerio Fiscal, sobre Despido. Ha sido parte recurrida Indra Sistemas, SA, representado y asistido por el letrado D^a. María Cristina Muñoyerro del Olmo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor D. Erasmo ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada "Nova Notio SL" con las siguientes circunstancias personales:

Antigüedad: 9-12-2004.

Categoría profesional: Programador de Aplicaciones Informáticas.

Salario mensual: 1.911,06 euros con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

Centro de trabajo: Indra Sistemas en Torrejón de Ardoz (Madrid).

SEGUNDO.- El actor prestó servicios en las instalaciones de Indra Sistemas SA hasta el 22-10-2013.

En fecha 23 de octubre de 2013, la empresa "Nova Notio SL" entrega al trabajador carta de la misma fecha, del siguiente tenor:

"Nuestro cliente nos ha comunicado la finalización de los servicios que venía prestando por finalización de las tareas asignadas. Por tanto a partir de hoy 23 de octubre de 2013, pasa a estar pendiente de un nuevo proyecto al que podamos asignarle. Su nuevo centro de trabajo es el domicilio de la empresa, c/ Ramírez de Arellano, 17 4ª planta de Madrid.

Dado que actualmente no tenemos ningún proyecto al que asignarle ni tarea para que desempeñe, la empresa le ofrece la posibilidad de disfrutar de permiso con sueldo hasta el viernes 25 de octubre de 2013."



Dicho permiso retribuido fue prorrogado hasta la fecha de la comunicación de despido.

TERCERO.- Mediante burofax de fecha 6-11-2013 se comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo, por causas objetivas, al amparo del art. 52 c) del ET , siendo el contenido de la carta remitida el siguiente:

" Muy Sr. Nuestro:

Por la presente le comunicamos que esta Empresa, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 52 letra c) del RO Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , en su nueva redacción dada por el RO 3/2012 de 10 de Febrero, se ve en la necesidad de amortizar objetivamente el puesto de trabajo que usted tiene asignado. En consecuencia, el contrato que le une a esta empresa, quedará totalmente extinguido con fecha de efectos del día 6 de noviembre de 2013.

La desaparición de su puesto de trabajo obedece a causas de producción y económicas que obligan a la amortización de su puesto de trabajo como consecuencia de la reestructuración que la Dirección de esta Empresa se ha visto obligada a llevar a cabo en su plantilla, por causas ajenas a la misma

Las causas de producción tienen su origen en la situación actual de nuestros clientes, que abandonan o paralizan los proyectos para los que estamos trabajando. Como usted conoce nuestra empresa tiene como actividad principal, el desarrollo de proyectos informáticos de nuestras empresas clientes, desarrollo que realizamos en las propias instalaciones de los clientes, para una mayor efectividad de nuestro trabajo, que, en ocasiones, puede ser parte de un todo, es decir, parte del proyecto, que necesita de su ensamblaje. Pues bien nuestro cliente Indra, nos comunica con fecha 22 de octubre que el servicio para el que a usted teníamos asignado no necesita de nuestro concurso y, consecuentemente, usted se queda sin proyecto en el que trabajar.

Nuestra empresa ha invertido en formar un grupo de desarrollo y seguridad informática para ejecutar proyectos para nuevos clientes en el sector PYME a los que se pudiera asignar el personal excedente de nuestros clientes, invirtiendo en el alió pasado y en curso en torno a los 395.000 Euros. ; La verdad es que no hemos tenido éxito en los proyectos, nos pusimos en contacto con más de 200 empresas y conseguimos una facturación durante el periodo de 51,541 C. Durante el año 2013 no conseguimos ni un solo proyecto teniendo que prescindir del personal destinado a los mismos.

Durante las últimas semanas hemos repasado las solicitudes de personal para los servicios en curso, y no vemos ninguna a la que usted pudiera adaptarse en base a sus conocimientos. Es decir, no tenemos ningún trabajo en el que colocarle, poniéndolo en una disposición de total inactividad, por lo que le hemos ofrecido pasar a la situación de permiso con sueldo que actualmente disfruta.

Como consecuencia de lo anterior que se ha dado de forma repetitiva, la empresa le significa que las causas económicas se concretan en el descenso, que se viene produciendo de forma insistente, de las ventas cuyo importe en los primeros diez meses del presente año respecto al año pasado son:

Año 2012 Año 2013

- Ventas: 4.454.908 € 3.836.357 €

- Resultado antes de impuestos: -51.280 € -199.851€

Todo lo anterior ha conllevado a que los resultados económicos de la empresa en el año pasado hayan sido negativos siendo las pérdidas antes de impuestos de 107.454,43 euros. Y en este año las pérdidas acumuladas al mes de octubre son, de -199.851 euros, advirtiendo que esta última cifra puede sufrir leves modificaciones.

Adicionalmente a lo anterior, esperamos que las pérdidas se intensifiquen a partir del mes de octubre del presente año. Esto es debido a un proceso de rebaja de costes que ha emprendido nuestro cliente Indra y que ha llamado COST-DOWN. En este proceso, nos ha impuesto como condición para la continuación de los servicios unos descuentos entre el 3% y el 4%. En nuestro caso el descuento acordado ha sido de un 3,44% que se está aplicando a partir de este 1 de octubre. Dado que la facturación anual con este cliente es de aproximadamente 3.400.000 € el impacto económico será de unos 115.000 € anuales que estarán en igual medida nuestros resultados.

La presente medida se entiende pues, adecuada para la superación o al menos, para la paliación de la situación indicada, contribuyendo a adaptar la plantilla a través de una mejor reorganización de los recursos, equilibrando de este modo los costes de los recursos humanos de la empresa a los ingresos. Por otro lado, tampoco hay previsión a corto o medio plazo de una mayor actividad o aumento de la facturación que pudiera hacer viable su puesto de trabajo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , procedemos a:



1. Hacerle entrega de esta comunicación escrita cuyos efectos extintivos serán con fecha del día de hoy, 6 de noviembre de 2013.
2. Poner a su disposición, mediante transferencia urgente vía Banco de España a la cuenta en que recibe habitualmente sus haberes, la cantidad correspondiente a la indemnización legal prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el supuesto de extinción contractual por causas objetivas, es decir por el equivalente de veinte días de salario por año de servicio, prorratee por meses de los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades, cuyo importe asciende a 11.364,08 euros.
3. En cuanto a la fecha de efectos de la extinción de su contrato de trabajo y considerando que la misma lo es desde la fecha de recepción de la presente comunicación, de acuerdo con lo prevenido en el Artículo 53.1.c) del RD Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Empresa pone a su disposición la cantidad total de € 819,00 € brutos en concepto de sustitución en metálico de los quince días de preaviso previsto legalmente, así como de su correspondiente liquidación, saldo y finiquito de haberes y partes proporcionales devengadas hasta la fecha de la efectividad de la medida extintiva.

Sin otro particular y agradeciéndole los servicios prestados para esta compañía."

CUARTO.- Constan acreditados documentalmente los siguientes extremos:

A.- Que el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha de 9-10-2013. Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas de 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente.

B.- En fecha de 31-10-2013 se remite burofax por el sindicato CNT a la empresa demandada Nova Notio SL comunicando la constitución de la sección sindical de CNT en dicha empresa y nombrando al actor como Delegado Sindical.

QUINTO.- Nova Notio SL es una empresa que cuenta con estructura propia constituida por un Director General de Operaciones, una Directora de Recursos Humanos, una Directora Financiera, una Directora de selección, dos Coordinadores, dos trabajadores en selección de personal y alrededor de 80 trabajadores que desarrollan los proyectos que esta contrata con sus clientes, entre los que se cuenta Telefónica I+D, Hewlet Packar, GMV, Wincor Nixdorf y Software AG.

Existe un contrato marco entre Indra Sistemas SA y Nova Notio SL de 1 de enero de 2006, cuyo objeto es "Proveer servicios de consultoría, asesoramiento y/o soporte informático tanto técnico como administrativo que Indra pueda solicitarle a través de las correspondientes Peticiones de servicios". En desarrollo de éste contrato, Nova Notio SL tiene en el momento actual 10 trabajadores de su plantilla realizando trabajos en el centro de Indra Sistemas SA de Torrejón de Ardoz, adscritos a 7 servicios que la empresa identifica como:

- 1.- Servicio NN 575 con objeto: "Control del tráfico aéreo a través del sistema ICAS, pruebas funcionales de coordinación interna".
- 2.- Servicio NN576 con objeto "Integración de módulos de software para control de tráfico aéreo, parte de métricas.
- 3.- Servicio NN550 con objeto: desarrollo de módulos concretos del sistema FIDS (pantallas para información de vuelos en aeropuertos).
- 4.- Servicio TGP-RG 4.1 con objeto: "Redacción de especificaciones"
- 5.- Servicio TGP-RG 902 con objeto: "Estadísticas del sistema Cometa" como parte del sistema de comunicación por voz.
- 6.- Servicio SSL MAR con objeto: "Interfaz gráfico de EWE 8.000 (sistema que emite señales radioeléctricas para simulaciones de guerra electrónica) y cableado del EWE 8.000.
- 7.- Servicio TGP-RG37.3 con objeto: "Pruebas de Certificación de los sistemas de comunicación por voz FAT (pruebas en fábrica) y SAT (pruebas en el centro de control aéreo) y "Optimización de radares en emplazamiento".

SEXTO.- El actor prestaba servicios en base a la petición de Servicios SSL-MAR-12 que se incorpora como anexo al acuerdo marco.

SÉPTIMO.- Mediante la prueba testifical practicada en el acto de juicio oral queda acreditado:



1.- Que en fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Compras de Indra Sistemas, decidió que la petición de servicios SSL-MAR-12 de Novanotio, quedase finalizada a lo largo del mes de octubre de 2013. La prórroga de tal petición de servicios *sólo alcanzaba hasta el 31 de octubre de 2013* .

2.- Que en fecha 1 de octubre de 2013, Doña Clemencia , del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Torcuato , responsable de Novanotio, que en el día anterior, 30 de septiembre, el departamento de compras le había indicado que a lo largo de octubre se iba a finalizar esta petición de servicios y que seguramente, aunque aún no se sabía la fecha, la finalización se produjese en la segunda quincena del mes.

3.- Que ese mismo día 1 de octubre, el Sr. Torcuato acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Alfonso , en la cual estuvieron hablando de la extinción de la petición de servicios, se marchó a hablar con el actor para informarle que se terminaba el contrato con Indra donde prestaba servicios.

OCTAVO.- El actor estaba asignado a tareas auxiliares del departamento, tales como encargarse de la remisión y recepción de las piezas objeto del servicio. Realizaba los envíos hacia bases aéreas o del Ministerio de Defensa o incluso a bases en el extranjero. Dichos envíos eran confidenciales, restringidos y de alta seguridad por lo que el responsable de Indra comunicaba al actor lo que debía de hacer y este lo llevaba a efecto. Lo mismo ocurría con las recepciones en las que el actor seguía el método específico que le era conocido.

El actor utilizaba un ordenador de Indra, con aplicaciones informáticas específicas de dicha empresa.

NOVENO.- De la prueba documental obrante en autos se acredita:

1.- Que el actor en sus correos simplemente informa de sus vacaciones a Indra. Igualmente de los permisos que disfrutaba.

2.- Que el actor, efectivamente, tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones de Indra, pero consta acreditado que existen dos tipos de tarjetas a tal fin, la del propio personal de Indra y la de personal externo (de color blanco y verde respectivamente).

3.- El actor no tiene el mismo acceso a internet, ni el mismo correo electrónico, ni el mismo acceso a la Indraweb y las aplicaciones que el personal de plantilla de Indra.

DÉCIMO.- Consta en autos informe pericial técnico, ratificado en el acto de juicio oral, junto con las cuentas presentadas en el Registro Mercantil, que acreditan que la empresa "Nova Notio SL" obtuvo pérdidas en los años 2012 y 2013.

En los gastos de la compañía se refleja en la partida de gastos de personal un porcentaje cercano al 100 % de lo facturado, y un descenso de facturación (40% en el año 2010).

UNDÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- En fecha de 13-12-2013 se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de Sin Avenencia».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO la demandada interpuesta por D. Erasmo contra NOVA NOTIO SL, INDRA SISTEMAS SA y FOGASA, siendo parte el Ministerio Fiscal, en materia de despido y cesión ilegal debo absolver y absuelvo a las empresas demandadas de las pretensiones en su contra ejercitadas por el actor en su escrito de demanda, declarándose PROCEDENTE la decisión extintiva empresarial por encontrarse ajustada a derecho».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Erasmo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20 de julio de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Erasmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de Madrid con fecha 6 de octubre de 2014 en autos 7/2014, sobre despido, seguidos a instancia de la recurrente contra las empresas NOVA NOTIO SL e INDRA SISTEMAS SA y en su consecuencia confirmamos la citada resolución. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D. Erasmo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de octubre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 9 de septiembre de 2010 (R. 1604/2010).

CUARTO.- Con fecha 9 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice 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 improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si existe acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interposición de la demanda, el actor ya no estaba prestando servicios en la empresa presuntamente cesionaria, ni tampoco en la presuntamente cedente, por haber sido extinguido su contrato de trabajo y, también la contrata de prestación de servicios que vinculaba a las dos empresas, pero si estaban vigentes ambas relaciones -la laboral y la mercantil- cuando el actor presentó papeleta de conciliación reclamando la reseñada cesión ilegal. En definitiva, se plantea el problema de determinar en qué momento debe estar vigente la situación de cesión ilegal para poder efectuar la oportuna declaración judicial en supuestos en los que se produce el despido del trabajador presuntamente sometido a tráfico ilegal.

2.- La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, desestimó la demanda y declaró la procedencia del despido del actor al no haberse combatido las causas alegadas en su despido objetivo y al haber desestimado la existencia de cesión ilegal. Recurrida en suplicación, tal recurso fue desestimado por la sentencia ahora recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 2015, recaída en el recurso 107/2015. El fundamento de la desestimación lo resume la sala madrileña señalando expresamente que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que cita "debemos entender que efectivamente el actor carece de acción y consecuentemente desestimamos este motivo y con ello el recurso de suplicación".

Las circunstancias relevantes a efectos de efectuar el oportuno juicio de contradicción y que dieron lugar al debate jurídico y a la sentencia recurrida fueron, en síntesis, las siguientes: 1) El actor prestó servicios para la entidad NOVA NOTIO, SL desde el año 2004 en el centro de trabajo de INDRA SISTEMAS, S.A. (en adelante INDRA) sito en Torrejón de Ardoz. 2) Con fecha 9 de octubre de 2013, el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC en materia de cesión ilegal de trabajadores contra las dos referidas empresas que tuvieron conocimiento de la misma los días 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente. 3) El actor prestó servicios en las instalaciones de INDRA hasta el 22 de octubre de 2013. 4) Al día siguiente, el 23 de octubre, NOVA NOTIO le entregó un escrito al actor en el que le decía que INDRA había rescindido la contrata por finalización de las tareas asignadas, por lo que pasaba a estar pendiente de la asignación de un nuevo proyecto y, como de momento no tenían proyecto al que asignarle, le ofrecían la posibilidad de disfrutar permiso sin sueldo hasta el 25 de octubre, permiso que después fue prorrogado hasta el 6 de noviembre. 5) Mediante burofax de 6 de noviembre de 2013, NOVA NOTIO comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del artículo 52.c ET.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la existencia de la imprescindible contradicción doctrinal, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de septiembre de 2010, recaída en el recurso 1604/2010. En ella se aprecian como circunstancias relevantes a efectos del examen de la referida contradicción, las siguientes circunstancias: 1) La actora fue contratada por una Empresa de Trabajo Temporal mediante un contrato para obra o servicio determinado y fue, por tal motivo, puesta a disposición de la empresa INDRA; habiéndose prorrogado el mencionado contrato hasta el 22 de noviembre de 2008. Dos días más tarde fue suscrito nuevo contrato entre la misma ETT y la actora para obra o servicio determinado y puesta a disposición de INDRA nuevamente. 2) La actora, que estaba embarazada, inició un proceso de incapacidad temporal el 9 de febrero de 2009. 3) Ese mismo día INDRA comunicó a la ETT que los servicios que venía prestando la actora finalizarían por terminación de las tareas asignadas con efectos del día 17 de febrero de 2009. 4) El 23 de febrero la ETT comunicó a la actora la extinción de su relación laboral por finalización del contrato al haberse terminado la obra a la que estaba adscrita la trabajadora en la empresa usuaria INDRA. 5) la actora formalizó demanda por despido y cesión ilegal.

La sentencia de instancia estimó la demanda de la trabajadora declarando al nulidad del despido y condenando a ambas empresas solidariamente tras acreditar la existencia de cesión ilegal. Dicha sentencia fue íntegramente confirmada por la referencial que examinó específicamente el problema de la falta de acción que la codemandada INDRA sostenía argumentando que no podía declararse la existencia de cesión ilegal dado que la misma debería existir en el momento de plantearse y, en el caso, INDRA había comunicado a la ETT que los servicios en los que prestaba servicio la actora finalizaban el 17 de febrero, habiéndose comunicado la extinción a la actora por parte de la ETT el 23 de febrero. La sentencia referencial no estimó tal planteamiento



y sostuvo que sí se podía ejercitar la acción de cesión ilegal, pues la previsión jurisprudencial según la que tal acción solo puede ejercitarse si la cesión está viva, en el supuesto contemplado no podía constituir obstáculo para ello el que la empresa INDRA comunicara a ETT el 9 de febrero de 2009 que los servicios que prestaba la actora finalizarían por terminación de la obra el 17 de febrero de 2009 y sin embargo la empresa de trabajo temporal comunicara a la actora la extinción del contrato con efectos de 23 de febrero de 2009, pues en la carta en la que se comunicaba la extinción del contrato se decía expresamente que el motivo era la extinción de la obra para la que se le había contratado en la empresa INDRA, no habiendo prestado la actora una vez realizada la comunicación por esta última empresa servicios para ninguna otra empresa usuaria.

2.- La comparación entre ambas sentencias pone de relieve que entre la sentencia referencial y la recurrida concurren las siguientes identidades: a) En las dos resoluciones comparadas se examinan sendas reclamaciones por despido de trabajadores que estaban formalmente contratados por sus respectivas empresas y que prestaban servicios para la empresa INDRA en virtud de contratos mercantiles suscritos entre ésta última y las respectivas empleadoras. b) Las dos reclamaciones por despido se dirigían contra cada empresa formalmente empleadora y contra INDRA bajo la común alegación de que en ambos casos los actores habían sido sometidos a cesión ilegal. c) También en los dos supuestos comparados, el despido se llevó a cabo días después de que INDRA hubiera rescindido los respectivos contratos mercantiles con cada una de las empresas codemandadas en cada supuesto bajo la alegación de que habían finalizado las obras o servicios objeto de dichas contrataciones. d) Cuando los respectivos trabajadores formulan sus demandas, la cesión ya no existía porque, en ambos casos, días antes del despido, ya no se prestaron servicios laborales porque INDRA había rescindido los respectivos contratos mercantiles por finalización de su objeto.

Con estas coincidencias en los hechos, las pretensiones y los respectivos fundamentos, las sentencias comparadas llegan a conclusiones diferentes en relación a un aspecto clave de las respectivas reclamaciones: la existencia o no de acción para reclamar por cesión ilegal. En efecto, en la sentencia referencial, se admite expresamente la concurrencia de acción para reclamar por la indebida cesión a la que el trabajador alegaba haber estado sometido, a pesar de que ya había dejado de prestar servicios para la empresa presuntamente cesionaria con anterioridad a su despido y a la presentación de la demanda judicial. Por el contrario, en la sentencia recurrida, en idénticas circunstancias, se niega expresamente la existencia de acción porque en ningún caso la cesión podía estar vigente en el momento de la presentación de la demanda. Por ello la Sala, oído el Ministerio Fiscal, entiende que la contradicción resulta evidente pues se cumplen las exigencias contenidas en el artículo 219 LRJS tal como han sido interpretadas por nuestra jurisprudencia, puesto que, respecto de unos hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias objeto de comparación han llegado a soluciones totalmente contrarias.

3.- No resulta obstáculo para la contradicción que en un caso -el de la sentencia recurrida- la contratación mercantil entre ambas empresas sea una contrata de prestación de servicios; y, en la referencial, se contemplase un supuesto de contrato a disposición a través de una ETT; ya que, con fundamento en las distintas relaciones interempresariales, las partes en cada supuesto suscribieron un contrato laboral para obra o servicio determinado cuyas ejecuciones se llevaron a cabo en las instalaciones de INDRA. Tales diferentes circunstancias que se refieren, como se ha visto exclusivamente a las relaciones entre las mercantiles codemandadas, en nada influyen sobre la posible existencia de cesión y, lo que a los presentes efectos resulta más decisivo, sobre la acción de los trabajadores para efectuar la reclamación sobre la hipotética existencia de tráfico ilícito de trabajadores.

Tampoco resulta obstáculo para la apreciación de la contradicción el que, en el caso de la sentencia recurrida, conste expresamente que, con anterioridad a las extinciones de las relaciones mercantil y laboral, la actora hubiera planteado la oportuna papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, mientras que tal dato no consta en la referencial. Esta diferencia refuerza la existencia de contradicción dado que el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que ese hecho estuviera presente en la de contraste. Existe, respecto de este dato concreto contradicción *a fortiori* dado que la sentencia recurrida niega la existencia de acción a pesar de haberse iniciado el itinerario preprocesal de la reclamación, mientras que la referencial la niega aún sin ese dato.

TERCERO.- 1.- La exigencia combinada de que la cesión ilegal esté viva en el momento en el que la acción se ejercita ha sido una constante en nuestra jurisprudencia. En efecto, desde antiguo hemos venido señalando que el tenor del artículo 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión", de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (SSTS de 8 de julio de 2003, Rec. 2885/2002 y de 12 de febrero de 2008, rec. 61/2007 , entre otras). Sin embargo, también ha sido una constante jurisprudencial que hayamos afirmado que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al



accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues la aplicación del art. 43 ET requiere, como requisito 'sine qua non', que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (además de las citadas, SSTs de 14 de octubre de 2009, rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012, rec. 4409/2011, entre otras).

2.- Admitida, por tanto, que a las demandas por despido puede acumularse la que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última situación estaba viva en el momento de producirse la unilateral rescisión de la relación laboral, nuestra STS de 7 de mayo de 2010 (rec. 3347/2009) se enfrentó -ante una reclamación por cesión ilegal aisladamente considerada- con el problema derivado del hecho de que la cesión estaba vigente en el momento de producirse la demanda, pero ya no en el acto de la celebración del juicio. Ante esa realidad fáctica, con apoyo en diversas sentencias de la Sala Primera establecimos la siguiente doctrina:

a) reiterar la doctrina tradicional de la Sala en el sentido de reafirmar que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".

b) matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 ET 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.

Y al respecto razonaba la citada sentencia que «si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia».

3.- Aplicando la anterior doctrina, nuestra sentencia de 29 de octubre de 2012, rec. 4005/2011, respecto de la cuestión relativa a la determinación de la fecha en que deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración de cesión de cesión ilegal, planteándose la disyuntiva entre el momento de presentación de la demanda o el de la papeleta de conciliación, entendió que la cuestión había sido resuelta por la sentencia anteriormente citada de 7 de mayo de 2010 y aplicando su doctrina -que transcribe- acabó determinando que el momento en el que la cesión debía estar viva era el de la presentación de la demanda. Obsérvese que, al igual que ocurría en la sentencia de 7 de mayo de 2010, la que ahora se examina contemplaba un supuesto de reclamación de fijeza por cesión ilegal sin que estuviera el despido de la reclamante. En la STS de 28 de junio de 2016 (Rcud. 160/2015) se analizó la misma problemática pero no se pudo entrar por ausencia de necesaria contradicción.

CUARTO.- 1.- De lo expuesto hasta el momento se desprende que la exigencia de que la cesión ilegal esté presente en el momento de la presentación de la demanda es una exigencia jurisprudencial que se proyecta sobre los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la reclamación de su situación de fijeza, tal como prevé el artículo 43.2 ET. Sin embargo, tal doctrina no puede proyectarse, directamente, sobre los supuestos en los que, constante la cesión, se produce el despido del trabajador lo que provoca una demanda judicial en la que se acumula la relación contra el despido y la declaración de existencia de cesión ilegal para que ésta última tenga las consecuencias pertinentes sobre las consecuencias de la unilateral decisión extintiva adoptada por el empresario. En estos casos, dada la efectividad inmediata que tiene el despido sobre la existencia de la relación laboral que queda rota por efecto de aquella decisión extintiva, resultaría materialmente imposible exigir que la cesión estuviese viva en el momento de la presentación de la demanda,



pues la cesión habría finalizado con el despido. Por ello hemos mantenido de manera constante -como se anticipó- que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido (SSTS de 8 de julio de 2003 , Rec. 2885/2002, de 12 de febrero de 2008 , rec. 61/2007, de 14 de octubre de 2009 , rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012 , rec. 4409/2011 , entre muchas otras).

2.- La aplicación de cuanto se lleva señalado al supuesto que examinamos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que admitió el examen de la acción de cesión ilegal en el supuesto -coincidente en ambas sentencias comparadas, en el que la extinción del contrato de produce como consecuencia de la extinción de la relación mercantil que la empresa presuntamente cesionaria comunica a la presuntamente cedente y en el que la reclamación por despido se produce, obviamente, cuando ya aquella relación mercantil ha cesado y el trabajador ha dejado de estar sometido al presunto tráfico ilegal que denuncia. Para ello, resulta irrelevante que la extinción del contrato laboral se haya producido en ambos casos días después de la extinción del contrato mercantil que daba soporte a la presunta situación de cesión, pues en el escaso tiempo transcurrido ninguno de los trabajadores estuvo prestando servicios para ninguna otra empresa.

Cabe concluir entonces que la sentencia recurrida infringió los preceptos denunciados en el recurso (artículo 43 ET) al no llevar a cabo un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de cesión ilegal del trabajador demandante desde la empresa NOVA NOTIO a la codemandada INDRA como elemento integrador de la propia decisión de fondo y de las consecuencias que derivarían al respecto de la declaración correspondiente a la calificación del despido. Y ello con independencia de las conclusiones a las que se llegasen tanto sobre la existencia de tal fenómeno de interposición de empleadores, como sobre la calificación que debiera otorgarse a la decisión extintiva; lo decisivo y determinante, en este caso, el actor había interpuesto, con anterioridad a la extinción de su contrato y de la relación mercantil entre las empresas codemandadas la oportuna papeleta de conciliación, previa a la vía judicial, para que se declarase la existencia de cesión ilegal; acto preprocesal que, como es sabido, constituye exigencia insoslayable para la admisión de la demanda judicial.

3.- Procede, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso con los efectos que en el mismo se piden de devolución de los autos a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva el recurso de suplicación formulado por la parte actora resolviendo sobre la pretensión relativa a la cesión ilegal sobre el resto de cuestiones que en el mismo se plantearon. Sin que proceda la imposición de costas.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Erasmo , representado y asistido por el letrado D. Pedro Martí García. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 107/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2014 , recaída en autos núm. 7/2014, seguidos a instancia de D. Erasmo , contra Nova Notio SL; Indra Sistemas SA; FOGASA y el Ministerio Fiscal, sobre Despido. 3.- Devolver las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva todas las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, teniendo en cuenta que deberá pronunciarse sobre la cesión ilegal invocada por la recurrente. 4.- No efectuar declaración alguna sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.

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