



Roj: **STS 927/2018 - ECLI:ES:TS:2018:927**

Id Cendoj: **28079140012018100222**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2018**

Nº de Recurso: **3885/2015**

Nº de Resolución: **226/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3885/2015

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 226/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Camilo , representado y asistido por el letrado D. Pedro Martí García, contra la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 219/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de los de Madrid , en autos núm. 9/2014, seguidos a instancias del ahora recurrente contra Indra Sistemas SA y Nova Notio SL, y en el que han sido parte FOGASA y el Ministerio Fiscal.

Han comparecido como partes recurridas Novanotio S.A. representada y asistida por el letrado D. Delfín Ignacio Acín, e Indra Sistemas S.A., representada y asistida por la letrada D.^a. María Cristina Muñozerro del Olmo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 22 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

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

Antigüedad: 9-2-2009.

Categoría profesional: Delineante Projectista.



Salario mensual: 2.250 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 E.T., 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 (sic), 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 (sic), 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 en el que (sic) 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 (sic) 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 (sic). 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 (sic) de servicio, prorrateo por meses de los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades, cuyo importe asciende a 7.124,98 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 964,29€ 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 11-10-2013. Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas de 17 y 18 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 Corneta" 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 Miriam , del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Hermenegildo , 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. Hermenegildo acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Onesimo , 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. El actor era la persona de apoyo del departamento para contactar con proveedores y conseguir las piezas al mejor precio. Sus tareas eran de apoyo logístico.

La actividad desarrollada era confidencial, restringida 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.

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 (sic) interpuesta por D. Camilo 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. Camilo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Camilo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de Madrid con fecha 9 de octubre de 2014 en autos 9/2014, 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. Camilo 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 9 de septiembre de 2010, (rollo 1604/10 -5ª).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 7 de noviembre 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 improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El trabajador se alza en casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirma la dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de esta Capital desestimatoria de la demanda de despido que dirigía contra las dos mercantiles codemandadas alegando la existencia de cesión ilegal.

2. La sentencia de instancia entendió que no cabía pretender la declaración de cesión ilegal porque no existía prestación de servicios para la pretendida cesionaria en el momento del despido (6 de noviembre de 2013) - el trabajador había prestado servicios en las instalaciones de la cesionaria hasta el 22 de octubre de 2013- y, en todo caso, no quedaba acreditada la existencia de cesión ilegal; por otra parte, analizando el despido, declaraba probada la concurrencia de la causa económica invocada como justificación del despido objetivo llevado a cabo por la empleadora.

3. La sentencia recurrida confirma el criterio del Magistrado *a quo* sobre la consideración de que el actor carecía de acción para reclamar la declaración de cesión ilegal porque el cese se produjo después de que hubiera concluido la misma, sin haber formulado demanda con anterioridad. En suma, para la Sala de suplicación no cabía ya la posibilidad de pronunciarse sobre la existencia o no de dicha cesión ilegal.

Es ésta la única cuestión que se suscita en el recurso el cual, con un esquema procesal correcto, suplica que se case y anule la sentencia recurrida con la consecuencia de que se haya de analizar el despido tras haberse pronunciado dicha Sala en favor de la apreciación de tal cesión.

4. Conviene poner de relieve que, según resulta del relato de hechos probados, el 11 de octubre de 2013 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC (Hecho probado cuarto); el 23 de octubre siguiente la empresa le comunicó que la empresa cliente (Indra) finalizaba la relación y los servicios para ésta acabarían en dicha fecha, concediéndole un permiso hasta el 25 de octubre -viernes- (hecho probado segundo); y, finalmente, el 6 de noviembre inmediato la empresa entregó al actor carta de despido objetivo con efectos de ese mismo día (hecho probado tercero). Cabe añadir que el actor presentó papeleta de conciliación por despido frente a las dos codemandadas el 26 de noviembre, celebrándose el acto sin avenencia el 13 de diciembre.

5. El recurrente invoca, como sentencia de contradicción, la dictada por la misma Sala de Madrid el 9 de septiembre de 2010 (rollo 1604/10 -5ª). Se trataba allí del proceso por despido planteado frente a la misma empresa cesionaria, en que se apreció la existencia de cesión. Para aceptar la existencia de cesión, la Sala razona previamente que es admisible plantear la acción de declaración de cesión ilegal junto con el despido a pesar de que la empresa cliente había comunicado el 9 de febrero que la rescisión de la contrata se producía el día 17 siguiente y el despido de la trabajadora se produjo, después, el día 23 de dicho mes.

6. Se da entre ambas sentencias la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS para que esta Sala lleve a cabo la función de unificación doctrinal que, a través de este medio de impugnación, le viene legalmente atribuida.

Existe en los dos supuestos comparados una clara analogía al tratarse de situaciones en que el despido tiene lugar de modo inmediato tras la rescisión de la contrata por parte de la empresa cliente respecto de la cual los trabajadores alegan la existencia de cesión ilegal, y, por tanto, en ambos, lógicamente, no se mantiene la situación de prestación de servicios para esta última en el momento mismo del cese, lo que suscita el debate sobre la exigencia de que la relación esté viva para poder efectuar el análisis de la concurrencia de cesión. Y, pese a tales similitudes, las sentencias llegan a soluciones contrapuestas.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción del art. 43 del Estatuto de los trabajadores (ET), invocando asimismo el art. 24 de la Constitución (CE).

2. La doctrina jurisprudencial de esta Sala IV del Tribunal Supremo -a la que se refieren ambas sentencias comparadas- 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 -.

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. Y también hemos señalado una excepción a aquella regla interpretativa precisamente 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. Lo recordábamos en la STS/4ª/Pleno de 14 diciembre 2017 (rcud. 312/2017).

En tales supuestos, «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-).

Por ello, se ha admitido que a las demandas por despido pueda acumularse la que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última estaba viva en el momento de la decisión extintiva empresarial (STS/4ª de 7 mayo 2010 -rcud. 3347/2009 -).

4. Y precisando un poco más la cuestión de la exigencia de la pervivencia del vínculo en los casos de despido, en nuestra STS/4ª de 31 mayo 2017 (rcud. 3599/2009) hemos señalado que es admisible llevar a cabo el examen de la acción de cesión ilegal cuando «la extinción del contrato se 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». Se da la circunstancia que dicha sentencia daba respuesta al despido de otro trabajador de la misma empresa, que prestaba servicios en el mismo proyecto y fue objeto de un despido de características y fecha idénticas. Por ello cobra particular relieve lo que allí añadíamos al señalar que «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».

5. Estos criterios nos han de conducir aquí también a entender que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina ajustada a Derecho.

La inmediatez existente entre la ruptura del vínculo mercantil de la supuesta cesionaria y la empleadora y el cese acordado por ésta última obligaba a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de cesión ilegal del trabajador demandante, 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.



6. A lo dicho hay que añadir que, tal y como ha quedado expuesto al referirnos a los hechos probados, 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.

Tanto su naturaleza obligatoria como la finalidad de la conciliación previa 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. Tal acción, de no estar sometida a tal requisito previo de procedibilidad, hubiera quedado expresada directamente mediante la demanda. 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. «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» (STS/4ª/Pleno de 14 diciembre 2017 -rcud. 312/2016 -, antes citada).

TERCERO.- 1. De lo expuesto se colige la estimación del recurso y que casemos y anulemos la sentencia recurrida, 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.

2. A tenor de 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. Camilo y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 219/2015, con devolución de los autos a dicha Sala para que resuelva el recurso de suplicación formulado por la parte actora y resuelva sobre la pretensión relativa a la cesión ilegal sobre el resto de cuestiones que en el mismo se plantearon. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.