



Roj: **STS 4293/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4293**

Id Cendoj: **28079140012019100805**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2019**

Nº de Recurso: **104/2018**

Nº de Resolución: **829/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 1851/2018,**  
**STS 4293/2019**

CASACION núm.: 104/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 829/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

En Madrid, a 4 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación interpuesto por la letrada de la Generalitat de Catalunya, en nombre y representación de LA GENERALITAT DE CATALUNYA - DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 1 de febrero de 2018, numero de procedimiento 57/2016, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la emosera ABENTEL TELECOMUNICACIONES, S.A., contra la DIRECCIIO GENERAL DE RELACIONS LABORALS i QUALITAT EN EL TREBALL DEL DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS i FAMILIES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, sobre impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales.

Han comparecido en concepto de recurridos la entidad EXCELLENCE FIELD FACTORY, S.L.U representada por el letrado D. José Miguel Mestre Vázquez y la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES, S.A., representada por el letrado D. Antonio Polo Guerrero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la representación de la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES, S.A., se presentó demanda de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que: "Se revoque la resolución impugnada, anulando no haber existido la cesión ilegal denunciada, anulando consecuentemente la sanción impuesta, todo ello con las consecuencias legales inherentes a tal declaración."

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 1 de febrero de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la empresa ABENTEL COMUNICACIONES SA contra LA DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS I QUALITAT DEL TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y en consecuencia revocamos la resolución impugnada al no haber existido la cesión ilegal denunciada, anulando consecuentemente la sanción impuesta y con las demás consecuencias legales que se deriven de tal declaración y condenamos a la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat del Treball de la Generalitat de Catalunya a estar y pasar por tal declaración y desestimando la demanda frente a la empresa Excellence Field Factory SLU a la que absolvemos de las pretensiones formuladas en su contra".

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **PRIMERO.-** Que en su día se dicto Acuerdo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya por el que se da por reproducido y que resolvió expediente sancionador contra la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, seguido en virtud de acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona de fecha 5-5-16 (que igualmente se da por reproducida), declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores de varias empresas distintas de la actora como son ACTIVATEL SCP, TELEFONÍA Y DERIVADOS 2000 SL, C&D TELECOMUNICACIÓN SCP, PROCOM BAIX SCP, JJ INSTALACIONES 2012 SCP, ROCATEL SCP, SILENTEL SL, PLANIFICACIÓN DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE REDES TELEMATICAS Y DE FIBRA OPTICA SL, AVECE 96 SCP, Valeriano , FTTH TELECOMUNICACIONES SCP y DIMITRI FIBRA SL. (hecho conforme, Acuerdo de Gobierno y Acta de Inspección en expediente administrativo, folios 103 y 50 respectivamente).

**SEGUNDO.-** Que por los mismos hechos se ha levantado contra la empresa demandante acta de liquidación de cuotas respecto de tres de las empresas Rocatel, Activatel y Redes , sin que se haya realizado de forma conjunta con el acta de infracción, ni en la misma fecha, (hecho conforme). Que la parte actora solicitó en el escrito de alegaciones la apertura de periodo de prueba sin que se procediera a ello.

**TERCERO.-** Que la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contrató con la demandante ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, la prestación del servicio de bucle de cliente, siendo los trabajos que la primera encomienda a la segunda, corresponden a la instalación y mantenimiento, de forma integrada de equipos de Infraestructura y redes de telecomunicaciones en las instalaciones de Telefónica o del cliente, ya sea en la especialidad de obra civil (trabajo de excavación, demolición, construcción y mantenimiento de las infraestructuras de soporte para la red de cables de telefonía enterrada o canalizada), líneas y cables (trabajos a realizar sobre la red e infraestructuras y actividades complementarias, como el diseño de proyectos y obras, gestión y tramitación de permisos etc) y atención al cliente (trabajos de instalación, mantenimiento, atención técnica de los diferentes servicios o equipos solicitados por el cliente (folios 393 y ss)

Que la prestación de esos servicios se realiza o bien con personal propio o bien con ajeno, debiendo señalarse que en el período al que se refiere la actuación inspectora, la empresa demandante realizaba parte del cometido de la contrata salvo fundamentalmente lo relativo a la atención al cliente en su vertiente de instalación, mantenimiento y atención técnica, así como la instalación de fibra óptica que la subcontractaba con las empresas señalada en el hecho primero, dado que carecía de técnicos o personal formado en tal actividad, eminentemente técnica y de informática. Que la contratación entre Abentel y las otras empresas se realizaba mediante contratos de prestación de servicios y en cuanto a la fijación de la cuantía económica se realizaba en base a unos haremos en que se atendían varias circunstancias, tales como la zona a desarrollar el cometido, si eran dentro de una misma ciudad o era en zonas rurales o aisladas, etc. (folios 494 y ss)

**CUARTO.-** Que la mecánica que se utilizaba era la siguiente:

Los clientes particulares o empresas procedían a contactar con Telefónica y manifestarle su necesidad, ya fuera de instalación o bien de avería. Seguidamente Telefónica lo colgaba en una página web conocida como Odisea (operación que realizaba tres veces al día) y a la que mediante una clave tenía acceso la empresa demandante. Una vez enterada procedía a encargarlo través de su página web a alguna de las empresas subcontractistas en atención a la zona geográfica en que cada trabajo debía desarrollarse. La



empresa subcontratista podía aceptar o no el trabajo, si no lo aceptaba Abentel lo ofrecía a otra empresa que pudiera interesarle, aunque no fuera de la zona. Si aceptaban el trabajo, los trabajadores de las empresas subcontratadas por la actora, procedían a ponerse en contacto telefónicamente con la persona que había solicitado la actuación, quedando en el día y la hora para acudir a su domicilio, identificándose por llevar un uniforme, siendo obligatorio que contuviera el logo de Telefónica y el de la empresa con la que había contratado, en este caso Abentel, siendo optativo adicionar el de la empresa subcontratista, debiendo señalarse que dicho uniforme era habitualmente adquirido y abonado a la empresa demandante, aunque alguna empresa lo adquirió a un proveedor ajeno. También se identificaban con una tarjeta acreditativa que emitía Telefónica y solicitaba Abentel como contratista, en la que constaba su fotografía, nombre y apellidos, DNI y la explicitación "propio" o "ajeno" según fuera personal de Telefónica o no. (folios 406 a 415 y testifical).

Los vehículos que se utilizaban por las subcontratistas debía ir rotulados con el logo de la empresa Telefónica, sin perjuicio de adicionar el propio de cada empresa. (412 y 413 y testifical).

En cuanto a los vehículos, podía darse varias situaciones, algunas empresas los tenían de su propiedad, como C&D Telecomunicación, Procom o Planificación y Diseño, otras como Telefonía y Derivado los tenían en renting con la empresa Bancsabadell renting; otras los tenían en leasing con la empresa demandante, como acontece con J.J Instalaciones y Valeriano y por último había otras empresas como Rokatel y Avece que tenían varios vehículos en propiedad y uno en renting con Abentel. (folios 50 y ss)

Una vez llegado el día de la cita, el trabajador de la subcontratista procedía a realizar la actuación requerida, debiendo utilizar para ello herramientas que eran de su propiedad, salvo al principio de la puesta en marcha de la fibra óptica que ante la carencia y carestía de elementos técnicos para su instalación tales como la fusionadora o el lápiz óptico, se alquilaba por las empresas subcontratistas que carecían de ellas a Abentel y reflejándolo mensualmente en las facturas emitidas.

Un vez realizada la instalación o la avería, el técnico procedía a darla como realizada y lo comunicaba a Telefónica, pudiendo la empresa demandante comprobarlo a través de una página de Telefónica, pudiendo llamar al cliente final para comprobar el grado de satisfacción con la tarea realizada y comunicarle a la empresa principal que se había realizado.

Es de señalar que si la reparación no se había realizado correctamente, existía un plazo de 30 días para que el cliente reclamara y ello conducía a que el trabajador que había realizado la tarea u otro de la empresa acudiera a solucionarla tantas veces como fuere necesario, siendo a cuenta de la empresa actora si se había realizado con personal propio y a cuenta de la subcontratista si se había realizado a través de su personal.

**QUINTO.-** Que el material que se instalaba en casa del cliente, ruters, teléfonos etc, era todo él propiedad de Telefónica; Abentel procedía a ir a buscarlo al almacén de aquella y tenía un almacén propio en el que lo depositaba, allí acudían los trabajadores de las subcontratas para recoger lo que necesitaban y guardarlo en su propio almacén o en la furgoneta en la que prestaban sus servicios y que era propiedad de la empresa subcontratista, siendo de su cuenta su mantenimiento y suya la posible pérdida o robo del material.

Que como ya se ha señalado la empresa subcontratista podía aceptar o no el encargo y era ella la que procedía a ponerse en contacto con el abonado o cliente de Telefónica, llamándolo para quedar, organizando sus rutas, determinando cuales clientes debían ser primeramente atendidos.

Que la empresa Abentel se rige por el convenio colectivo del metal y la jornada de trabajo se acomoda a él, trabajando de lunes a sábado hasta las 14 horas y en el caso del sábado era trabajado de forma alterna por los trabajadores, sin que se prestara servicios los festivos ni domingos.

Que a diferencia de ello, los subcontratistas sí debían acudir a realizar las reparaciones en dichos días, dándose el caso de que algunas empresas como Aktivatel sus trabajadores no tenían horario fijo, otras como Procom su horario no era fijo, aunque en el registro de jornada constaba de 9 a 14 y de 14 a 18, o JJ Instalaciones cuyo horario era de 8 a 17 horas de lunes a viernes; otras empresas tenían contratos a tiempo parcial.

Que la actora ante un incumplimiento tenía capacidad para sancionar a sus propios trabajadores pero en cambio la sanción respecto de incumplimientos de los trabajadores de las subcontratas no era de su incumbencia.

Que no todas las empresas trabajaban únicamente en los encargos derivados de Abentel sino que también prestaban o habían prestado servicios para otras empresas, como Cobra o Elecnor

**SEXTO.-** Que la empresa EXCELENCE FIELD FACTORY SLU, asumió la totalidad de la actividad que para Telefónica realizaba la empresa actora".



**QUINTO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de LA GENERALITAT DE CATALUNYA -DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES, siendo admitido a trámite por esta Sala.

**SEXTO.-** Impugnado el recurso por las partes personadas, entidad EXCELLENCE FIELD FACTORY, S.L.U y empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES, S.A., y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de proponer que se declare la falta de litisconsorcio pasivo necesario y la subsiguiente nulidad de la sentencia, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de diciembre de 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El 30 de diciembre de 2016 se presentó demanda de IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS por el Letrado D. Antonio Polo Guerrero, en representación de ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya frente a la DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS I QUALITAT EN EL TREBALL DEL DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA , interesando se dicte sentencia por la que se tenga por interpuesta en tiempo y forma "demanda impugnatoria de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales a tenor de lo dispuesto en el art. 151 LRJS frente al Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya por el cual se resuelve el expediente sancionador en el orden social SCE-01/2016 seguido en virtud del acta de infracción i82016000134217 levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona con fecha 5 de mayo de 2016 a mi representada en materia de cesión ilegal de trabajadores la admita y, previo los trámites de Ley, señale día y hora para el oportuno acto de juicio, sirviéndose citar a las partes y dicte sentencia por la que revoque la resolución impugnada declarando no haber existido la cesión ilegal denunciada, anulando consecuentemente la sanción impuesta, todo ello con las consecuencias legales inherentes a tal declaración."

**SEGUNDO.-** Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 1 de febrero de 2018, en el procedimiento número 57/2018, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la empresa ABENTEL COMUNICACIONES SA contra LA DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS I QUALITAT DEL TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y en consecuencia revocamos la resolución impugnada al no haber existido la cesión ilegal denunciada, anulando consecuentemente la sanción impuesta y con las demás consecuencias legales que se deriven de tal declaración y condenamos a la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat del Treball de la Generalitat de Catalunya a estar y pasar por tal declaración y desestimando la demanda frente a la empresa Excellence Field Factory SLU a la que absolvemos de las pretensiones formuladas en su contra".

**TERCERO.-1.-** Por la Letrada de la Generalitat de Catalunya, en representación de LA GENERALITAT DE CATALUNYA- DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en tres motivos.

**2.-** Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS, denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y de los actos que rigen los actos y garantías procesales y, subsidiariamente, al amparo del apartado e) del citado artículo, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto, infracción de los artículos 151.5 y 6 de la LRJS.

Con amparo procesal en el artículo 207 d) de la LRRJS denuncia, en el segundo motivo del recurso, que la sentencia de instancia adolece de errores en la apreciación de la prueba, interesando la revisión de los hechos probados que señala. Interesa la revisión del segundo párrafo del hecho probado tercero; del segundo párrafo del hecho probado cuarto; del párrafo sexto del hecho probado cuarto; supresión del párrafo cuarto del hecho probado cuarto y supresión del segundo párrafo del hecho probado quinto; modificación del último párrafo del hecho probado quinto; adición de un nuevo párrafo en el hecho probado tercero; adición de un nuevo párrafo en el hecho probado tercero; adición de un nuevo párrafo en el hecho probado tercero y adición de un nuevo párrafo en el hecho probado tercero.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la doctrina y jurisprudencia que expone, en concreto del artículo 43 del ET y sentencia de la Sala Cuarta de 11 de mayo de 2011, CUD 2104/2010.

**3.-** El recurso ha sido impugnado por el Letrado D. José Miguel Mestre Vázquez, en representación de EXCELLENCE FIELD FACTORY, y por el Letrado D. Antonio Polo Guerrero, en representación de ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, proponiendo el Ministerio Fiscal que se declare la falta de litisconsorcio pasivo



necesario y la subsiguiente nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento de presentación de la demanda

**CUARTO.-** 1.- Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y de los actos que rigen los actos y garantías procesales y, subsidiariamente, al amparo del apartado e) del citado artículo, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto infracción de los artículos 151.5 y 6 de la LRJS.

Aduce, en esencia, que no han sido emplazados los trabajadores afectados por si era de su interés comparecer como interesados, ni comunicado a los sindicatos que fueron parte en el procedimiento administrativo de la existencia del procedimiento judicial por si era de su interés personarse como parte del mismo. Continúa razonando que, al impugnarse la sanción, por cesión ilegal de trabajadores, que se ha impuesto a la empresa demandada, estos quedan afectados por lo que se decida, debido al derecho que les reconoce el artículo 43.4 del ET.

**2.-** Es relevante para la resolución de este primer motivo del recurso tener en cuenta los hechos que a continuación se expondrán:

Primero: En fecha 18 de octubre de 2016 se dictó Acuerdo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, y las empresas AKTIVATEL SCP, TELEFONÍA Y DERIVADOS 2000 SL, C&D TELECOMUNICACIÓN SCP, PROCOM BAIX SCP, JJ INSTALACIONES 2012 SCP, ROKATEL SCP, SILENTEL SL, PLANIFICACIÓN DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE REDES TELEMÁTICAS Y DE FIBRA OPTICA SL, AVECE 96 SCP, Valeriano , FTTH TELECOMUNICACIONES SCP y DIMITRI FIBRA SL. Se acordaba la imposición de una sanción de 187.515 €.

-Segundo: La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción el 5 de mayo de 2016 en cuyas conclusiones se hacía constar que se aprecia cesión ilegal de trabajadores entre la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA y las doce empresas que enumera en la citada acta, consignando los trabajadores afectados, debidamente identificados, así como el nombre de la empresa por la que fueron contratados, entendiéndose que se ha cometido una falta muy grave tipificada en el artículo 8.2 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, proponiendo una sanción de 187.515 €.

-En el expediente administrativo intervinieron como interesados los sindicatos Plataforms de Treballadors i Treballadores En Construcció -EC- y el Sindictat Cobas.

-Mediante escrito de 10 de marzo de 2017 la Letrada de la Generalitat de Catalunya, en representación de LA GENERALITAT DE CATALUNYA-DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES, solicitó a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que acuerde el emplazamiento de los trabajadores afectados en el procedimiento que figuran citados e identificados en el acta de la Inspección de y Trabajo para que puedan comparecer como parte en el procedimiento, así como que se emplaze a los dos sindicatos que han sido admitidos como parte interesada en el procedimiento sancionador objeto de la demanda.

Mediante diligencia de constancia y ordenación de 15 de marzo de 2017 se acordó dar traslado del escrito a la parte actora a fin de que facilitar la información necesaria para, en su caso, efectuar el emplazamiento a quienes pudiera afectar el presente procedimiento.

-El 22 de marzo de 2017 el Letrado D. Antonio Polo Guerrero, en representación de ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, presentó escrito manifestando que serán interesados los trabajadores que figuran en el Acuerdo y acta recurridos, de los que se ignoran los datos necesarios para su emplazamiento.

-El 22 de marzo de 2017, día señalado para la celebración del acto de juicio, a la vista de los escritos presentados por la GENERALITAT DE CATALUNYA y por ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, se acordó la suspensión de dicho acto y requerir a la parte actora para que en plazo de cuatro días especifique los datos de los 44 trabajadores afectados.

-El 31 de marzo de 2017 se extendió diligencia de constancia y ordenación acordando requerir a todas y cada una de las empresas afectadas para que pongan en conocimiento de los trabajadores respectivos y que se relacionan en el acta de la Inspección de Trabajo la existencia del presente procedimiento de demanda, a los efectos de realizar las manifestaciones oportunas, si consideran que pudiera afectar a un interés legítimo.

-El 15 de mayo de 2017 D, Adolfo , en representación de AVECE 96 SCP, presentó escrito manifestando que había dado cumplimiento al requerimiento efectuado, comunicando la existencia del procedimiento a todos los trabajadores en alta en la empresa.



-El 17 de julio de 2017 la empresa DIMITRI FIBRA SL presento escrito manifestando que había puesto en conocimiento de los trabajadores D. Alejo y D. Alfonso la existencia del procedimiento, no habiendo podido comunicarlo al trabajador D. Artemio ya que desde el 31 de agosto de 2015 no presta servicios en la empresa.

-No consta comunicación alguna a los restantes trabajadores ni a los Sindicatos intervinientes en el procedimiento administrativo.

-En la demanda presentada por el Letrado D, Antonio Polo Guerrero, en representación de ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, impugnando el Acuerdo de la Generalitat de Catalunya por el que se resuelve el expediente sancionador NUM000, entre otros extremos se interesa que se declare que no ha existido cesión ilegal entre la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA. y las doce empresas que figuran en el acta de la Inspección.

**3.-** El defecto procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciado de oficio por el propio Tribunal, por tratarse de una cuestión que afecta al orden público procesal -"La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público ( STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte"- por lo que es irrelevante que la parte recurrente no hubiera denunciado dicho defecto con anterioridad.

**QUINTO.-1.-** Respecto al litisconsorcio pasivo esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones.

Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2017, recurso número 999/2015:

"Con respecto al litisconsorcio, esta Sala en dos sentencias de fecha 19 de junio del 2007 (recursos nº 4562/2005 y 543/2006) ha especificado que "se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso judicial seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de la excepción procesal de referencia se halla en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión que proclama el artículo 24 de la Constitución Española y, precisamente por ello, se halla establecida la posibilidad de apreciación de oficio de tal defecto procesal."

Y la sentencia de este Tribunal de 16 de julio del 2004 (rec. nº 4165/2003) declaró: a).- "El litisconsorcio pasivo necesario, figura que tiene ya hoy configuración legal ( art. 12.2 y 116.1.3º LEC) de creación jurisprudencial ( sentencias, entre otras muchas, de 26-9-84, 3-6-86, 1-12-86, 15-12-87, 17-2-00, 31-1-01 y 29-7-01 de esta Sala IV y de 3-7-01 y 1-12-01 de la Sala I) obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio"; b).- "La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público ( STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte"; c).- "El Tribunal Constitucional recuerda en sus sentencias 335/94 y 22/4/97 que "la jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto ( SSTS de 15 de diciembre de 1987; 14 de marzo, 19 de septiembre y 22 de diciembre de 1988; 24 de febrero, 17 de julio y 1 y 11 de diciembre de 1989 y 19 de mayo de 1992)". Y también que "no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial" ( SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 y 87/2003)."

**2.-** Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, procede la estimación en parte del primer motivo de recurso. En efecto, el litisconsorcio pasivo necesario obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material que da soporte al litigio, de modo que han de ser llamadas a juicio, todas las personas que puedan estar interesadas directamente en el litigio.

Ninguna duda cabe que, impugnándose una resolución de la Administración -que declara la existencia de cesión ilegal entre la empresa ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA y doce empresas más y le impone una sanción por comisión de una falta muy grave- interesando que se anule y deje sin efecto, es evidente que va a producir efectos en los 44 trabajadores afectados por la cesión ilegal. La declaración de existencia de cesión



ilegal produce determinados efectos en los trabajadores a los que afecta ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 43.4 del ET, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, siendo los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. En el supuesto de que la demanda fuera estimada los trabajadores afectados por la cesión se verían privados del derecho que les reconoce el artículo 43.4 del ET, es decir, resultarían peyorativamente afectados por la resolución que se dicte por la Sala de lo Social. Dichos trabajadores aparecen identificados en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, consignándose asimismo el nombre de la empresa a la que pertenecen, por lo que debieron ser emplazados.

A mayor abundamiento en supuestos como el ahora sometido a la consideración de la Sala, en los que se impugna una resolución administrativa, los trabajadores afectados han de ser emplazados, a tenor de lo establecido en el artículo 151.4 de la LRJS "Los empresarios y los trabajadores afectados ...así como aquellos terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación y quienes pudieran haber resultado perjudicados por los mismos, podrán comparecer como parte en el procedimiento y serán emplazados al efecto..." por su parte el apartado 3 del precepto establece; "En la demanda se identificará con precisión el acto o resolución objeto de impugnación y la Administración Pública o Entidad de derecho público contra cuya actividad se dirija el recurso y se hará indicación, en su caso, de las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante".

**3.-** No cabe estimar la alegación formulada en el recurso consistente en que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya debió comunicar a los sindicatos que fueron parte en el procedimiento administrativo la existencia del procedimiento judicial por si era de su interés personarse como parte en el mismo, ya que no está prevista la realización de dicha actuación en la LRJS. En efecto, El artículo 151.6 de la LRJS establece : "Los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, así como aquellas con implantación en el ámbito de efectos del litigio y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa podrán personarse y ser tenidos como parte en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones", norma que reconoce a los sindicatos que reúnan los requisitos en ella previstos la facultad de personarse y ser tenidos por parte pero que ninguna obligación impone a la Sala de notificarles la pendencia del procedimiento.

**SEXTO.-** No habiéndose constituido correctamente la relación jurídico procesal, ya que no se ha respetado el litisconsorcio pasivo necesario, se estima el primer motivo del recurso, lo que ha de comportar, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, la nulidad de actuaciones, retro trayéndolas al momento de presentación de la demanda a efectos de que la parte actora pueda subsanar el defecto de falta de llamamiento a juicio de los interesados en el procedimiento ampliando la demanda frente a los 44 trabajadores identificados en el acta de la Inspección de Trabajo como afectados por la cesión ilegal, haciendo así efectivo el principio de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución.

No procede la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la LRJS .

## FALLO

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

En el recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Generalitat de Catalunya, en representación de LA GENERALITAT DE CATALUNYA- DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES frente a la sentencia dictada el 1 de febrero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el procedimiento número 57/2016, seguido a instancia de ABENTEL TELECOMUNICACIONES SA, frente a la DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS I QUALITAT EN EL TREBALL DEL DEPARTAMENTO DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMILIES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, sobre IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN, estimamos el pedimento principal del recurso y apreciando falta de litisconsorcio pasivo necesario, declaramos la nulidad de la resolución impugnada, retro trayendo las actuaciones al momento de citación a juicio a fin de que se emplace a los 44 trabajadores interesados para que puedan comparecer como parte en el procedimiento.

Sin costas.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ