



Roj: **STS 279/2020 - ECLI:ES:TS:2020:279**

Id Cendoj: **28079140012020100026**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2020**

Nº de Recurso: **2501/2017**

Nº de Resolución: **20/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2793/2017,**
STS 279/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2501/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 20/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 14 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Penélope , representada por el Procurador Sr. Blanco Sánchez de Cueto y defendida por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de marzo de 2017, en el recurso de suplicación nº 54/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en los autos nº 302/2014, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A., el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, sobre derechos.

Han comparecido en concepto de recurridos la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Martín Jiménez, el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, representado y defendido por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que con desestimación de la demanda presentada por D^a Penélope , contra INGENIERIA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA e INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL por estimación de la excepción de falta de acción debo absolver y absuelvo en la instancia a los codemandados".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto de los HP 2º, 3º y añadir nuevos HP 9º y 10º. El resultado de ello es el siguiente:

1º.- La actora celebró contrato con INSA SA. el 01/10/2006. En la nómina figura antigüedad de 14/02/2005. El salario asciende a 2.562,47 € con prorrata de paga extras mensuales, cantidad bruta, en dicho salario está incluido el seguro de vida y el seguro salud en cuantía de 294 y 32 € respectivamente, y categoría de L42 oficial administrativo-5.

2º.- ISDEFE SA absorbió a INSA (Ingeniería y Servicios Aeroespaciales) INDEFE SA es Sociedad Mercantil Pública, medio propio de la Administración del Estado, 100% capital del INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS (INTA).

3º.- La fusión por absorción de INSA por ISDEFE, S.A. tuvo lugar en fecha 10/10/2012, con extinción por liquidación de la absorbida INSA.

4º.- La actora que venía prestando los servicios en las Instalaciones del INTA, S.A. dejó de hacerlo a partir del 12/03/2014. En esta fecha se reincorporó de forma provisional al centro de trabajo que ISDEFE SA tiene en la calle Beatriz e Bobadilla no 3 de Madrid y quedó adscrita al mismo desde el 14/04/14.

5º.- La presentación de la demanda origen de las presentes actuaciones en el Registro General tuvo lugar el 14/03/14.

6º.- La demandante presentó demanda por despido y se desistió.

7º.- La demanda de despido fue presentada el 10/04/14 y asimismo presentó demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo el 26/03/14 que está pendiente de celebración del juicio ante el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid.

8º.- Existieron acuerdos .de encomienda de gestión del INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS a la Sociedad Estatal INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA el 14/02/2013 y el 10/02/2014.

9º.- La actora que venía prestando servicios en las Instalaciones del INTA, S.A., el día 12/03/2014 recibió burofax de fecha 10/03/2014, por el que ISDEFE le comunicaba que los servicios administrativos proporcionados al INTA, dentro de la encomienda que sostiene los servicios para la Secretaría General de dicho Instituto Público, han dejado de estar contemplados en dicha encomienda, y que se la trasladaba al centro de trabajo de Madrid, con sede en la c/ Beatriz de Bobadilla, nº 3, con efectos del día 14/04/14. Tal traslado de centro de trabajo afectó además de a la demandante a otros doce trabajadores. Todo ello resulta de la documental obrante en los folios 1038 a 1094.

10º.- La actora presentó papeleta de conciliación previa en materia de reconocimiento de derechos contra la empresa ISDEFE, S.A., el día 19/02/2014, resultando el mismo intentado sin efecto en fecha 10/03/2014. Igualmente, el día 19/02/2014, la actora presentó reclamación previa a la vía jurisdiccional frente al INTA, sin que conste resolución alguna sobre la misma".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Penélope contra la sentencia de fecha seis de abril de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 32 de MADRID, en sus autos número 302/14, seguidos a instancia de la recurrente frente a INGENIERÍA DE SISTEMAS PARA LA DEFENSA DE ESPAÑA SA e INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL, en reclamación de, derechos y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Procurador Sr. Blanco Sánchez de Cueto, en representación de D^a Penélope , mediante escrito de 5 de junio de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de diciembre de 2011 (rec. 1842/2011). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 43.3 ET..



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 25 de enero de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, casando y anulando la sentencia del TSJ de Madrid.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se discute si existe acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interponerse la demanda ya no existe esa situación, pero sí concurre cuando la persona demandante presentó la papeleta de conciliación reclamando por tal motivo. 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 tal situación desaparece.

1. Antecedentes y hechos relevantes.

Al abordarse ahora una cuestión de corte procesal son escasos los datos relevantes que debemos retener para su planteamiento

1 de octubre de 2006: la actora celebra contrato de trabajo con Ingeniería y Servicios Aeroespaciales S.A. (INSA) y desarrolla sus funciones en las instalaciones del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas (INTA).

10 octubre de 2012: el INTA es absorbido por la sociedad mercantil pública ISDEFE SA., la totalidad de cuyo capital social pertenece al INTA.

19 de febrero de 2014: la trabajadora presenta reclamación previa frente a INTA y papeleta de conciliación frente a ISDEFE en materia de reclamación de derechos.

12 de marzo de 2014: la trabajadora recibe burofax (al igual que otras doce personas) comunicándole que va a dejar de prestar sus servicios en las dependencias del INTA a partir del día 14 del mismo mes; se le comunica que provisionalmente queda adscrita al centro de trabajo que ISDEFE SA posee en la calle Beatriz de Bobadilla de Madrid.

14 de marzo de 2014: la trabajadora presenta la demanda que origina los presentes autos. Reclama que se declare la existencia de una cesión ilegal, con derecho a adquirir fijeza en la empresa INTA y con respeto a su antigüedad.

26 de marzo de 2014: presenta demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

10 de abril de 2014: presenta demanda por despido (de la que luego desiste).

14 abril 2014: la trabajadora es adscrita de forma definitiva el centro de trabajo últimamente citado.

2. Sentencia de instancia.

Mediante su sentencia 117/2015 de 6 de abril (proc. 302/2014), el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid desestima la demanda.

Considera que concurre falta de acción en el momento de presentarse la demanda y aplicación la doctrina contenida en la STS de 7 de mayo de 2010, conforme a la cual han de subsistir las condiciones de la cesión ilegal pretendida en ese momento.

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

Disconforme con el fallo de instancia, la trabajadora formaliza recurso de suplicación que, pese a aceptar diversas modificaciones fácticas en él propuestas, es asimismo desestimado por la Sección primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid mediante su sentencia 283/2017 de 24 de marzo (rec. 54/2017).

Interesa recalcar que esta sentencia da como cierto que el 19 de febrero de 2014 la trabajadora inicia los trámites para reclamar por cesión ilegal. Al efecto presenta reclamación previa frente a INTA y papeleta de conciliación frente a ISDEFE.



Argumenta que no puede confundirse el momento en que la actora deja de prestar servicios en INTA, que es la fecha relevante, con el momento de la adscripción definitiva a un centro determinado de ISDEFE. Consta que la actora, dejó de prestar servicios para INTA el día 12/3/2014, dos días antes de presentarse la demanda, siendo asignada provisionalmente en esa fecha al centro de trabajo de ISDEFESA en c/ Beatriz de Bobadilla nº 3 de Madrid, adscripción que es definitiva el día 14-04-2014, fecha que no es por tanto relevante.

En suma, citando la doctrina de la STS 29 octubre 2012 (rec. 4005/2011) recalca que la única fecha relevante es la de la presentación de la demanda y que la misma es dos días posterior a que dejase de prestar servicios en las dependencias del ISTA.

4. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 5 de junio de 2017 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza su recurso de casación unificadora.

Analiza la contradicción con la sentencia referencial elegida, pone de manifiesto que tanto la reclamación previa cuanto la papeleta de conciliación se presentan con antelación a que la trabajadora reciba el burofax comunicándole el cambio de destino, y denuncia la infracción del artículo 43.3 ET por parte de la sentencia recurrida.

Solicita que dictemos sentencia retrotrayendo las actuaciones al momento de dictarse sentencia por parte del TSJ de Madrid para que, desestimándola excepción de falta de acción. Se pronuncie sobre el resto de motivos del recurso de suplicación.

5. Impugnación al recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 9 de febrero de 2018 el Abogado del Estado, en la representación que ostenta en el procedimiento, formula escrito de impugnación al recurso.

Considera que no debía haberse admitido puesto que la sentencia recurrida alberga doctrina concordante con la sentada en diversas sentencias de esta Sala Cuarta que cita, como las de 10 mayo 2010 (rec. 3347/2009) y 29 octubre 2012 (rec. 4005/2011). Desarrolla los argumentos de esa jurisprudencia y sostiene su acierto y claridad, lo que debe conducir a la íntegra desestimación del recurso.

B) Con fecha 5 de abril de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS.

Se inclina por la estimación del recurso, toda vez concuerda lo en él postulado con la doctrina acuñada por la STS 14 diciembre 2017 (rec. 312/2016).

SEGUNDO.- Análisis de la contardicción.

Aunque no aparece cuestionada por el Ministerio Fiscal ni por el impugnante del recurso, la contradicción entre las sentencias comparadas en el recurso constituye un procesal de orden público, que debemos examinar de oficio puesto que afecta a nuestra propia competencia funcional.

1. Exigencia legal.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Como venimos diciendo, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. Por otra parte, la identidad de las controversias debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación, atendiendo a las pretensiones y resistencia de las partes, en tanto que la igualdad sustancial requerida ha de producirse en el debate jurídico.

2. Sentencia referencial.

El recurrente aporta como sentencia de contraste la 1004/2011, de 1 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 1842/2011). Desestima el recurso de suplicación



formulado por la Abogacía del Estado en representación de la Jefatura Central de Tráfico y desestima igualmente el recurso de Indra Sistemas S.A., confirmando la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid en demanda sobre derechos.

Uno de los motivos de recurso formulados por la Abogacía del Estado se centraba en la consideración de que siendo la acción de cesión ilegal una acción meramente declarativa, requiere para su viabilidad que la situación de interposición ilícita subsista al tiempo de presentación de la demanda y así, entendía la Abogacía del Estado recurrente, que en aquél caso concurría la excepción de falta de acción por cuanto al tiempo de interponer la demanda, la actora ya no prestaba servicios para la Dirección General de Tráfico, sino que había sido asignada a otro cometido por el empresario real Indra.

Aplicando doctrina propia de un caso precedente, la Sala analiza la denunciada infracción del artículo 43 ET, alegada por la recurrente, por carecer el demandado de acción para reclamar por cesión ilegal, manifestaba que no obstante, en el presente supuesto ocurre que la demanda judicial se presentó el 14 de julio de 2006, cuando el trabajador había dejado de prestar servicios para el ISM, tras la orden remitida por la entidad Cibernos, el día 9 de mayo de 2006. Considera que ello no constituye óbice para que el trabajador pueda ejercitar su acción de cesión ilegal, si nos atenemos al proceso histórico que se ha producido, ya que con anterioridad a la presentación de la demanda, en fecha 5 de mayo de 2006, se había presentado la papeleta de conciliación, por lo que no cabe sostener que al tiempo de entablarse la reclamación judicial, se hubiera extinguido la cesión.

3. Consideraciones específicas.

Entre las sentencias comparadas concurre la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, siendo divergente la solución acogida por ellas.

Concurren las exigencias del artículo 219 LRJS en cuanto al requisito de la contradicción, ya que en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales se han producido resoluciones contradictorias que evidencian la necesidad de unificación doctrinal. En ambos casos, concurren unos mismos hechos que pueden evidenciar la existencia de cesión ilegal y, en ambos supuestos, los trabajadores sujetos al presunto tráfico prohibido presentan papeletas de conciliación en las que denuncian tal situación reclamando su derecho a ser considerados trabajadores fijos, a su elección, de la cedente o de la cesionaria. Sin embargo, la presunta situación de cesión ilegal desaparece antes de que se celebre el acto de conciliación y pueda formular el reclamante la correspondiente demanda, de suerte que en el momento de la presentación de la demanda la cesión ya no existe.

En tales idénticas circunstancias, la respuesta de las sentencias comparadas ha sido diferente. Así, mientras la recurrida niega la existencia de acción, la referencial entiende la acción plenamente viable. Son respuestas diferentes que requieren de la oportuna unificación doctrinal.

TERCERO.- Momento procesal en que debe controlarse la persistencia de la cesión ilegal.

Digamos ya que la cuestión discutida ya ha sido resuelta por nuestras SSTs 463/2017 de 31 de mayo (rec. 3599/2015), 1006/2017 de 14 de diciembre (rec. 312/2016), 226/2018 de 28 febrero (rec. 3885/2015) y 743/2018 de 11 julio (rec. 2559/2016). La segunda de ellas, en concreto, recaída al hilo de un supuesto surgido a propósito de hechos del todo análogos a los ahora enjuiciados, apareciendo como demandadas las mismas empresas y apareciendo también como referencial la ya analizada STSJ Madrid 1004/2011.

En esas sentencias explicamos el giro doctrinal impreso, abandonando la doctrina en que se basa la sentencia recurrida y dando relieve decisivo a la presentación de la papeleta de conciliación o interposición de la reclamación previa, en cuanto actos preceptivos para la reclamación judicial. Recordemos sus argumentos básicos:

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

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

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

3. Tanto su naturaleza obligatoria como la finalidad de la misma permiten afirmar que es en el momento en que la papeleta se presenta cuando la parte actora efectúa la manifestación de voluntad expresa de poner en



marcha el ejercicio de su derecho, acción que, de no estar sometida a tal requisito previo de procedibilidad, hubiera quedado expresada directamente mediante la demanda. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, nos hallamos ante un trámite obligatorio; por ello la fecha en que el mismo se lleva a cabo no resulta irrelevante ya que implica el conocimiento de la decisión del trabajador de efectuar la reclamación del derecho que afirma. Añadamos a ello el que la parte actora está delimitando en la conciliación el objeto de su pretensión, con la necesaria congruencia que a la postre deberá tener la postura que mantenga en el proceso".

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

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

CUARTO.- Resolución.

La aplicación de la expuesta doctrina al supuesto que examinamos conduce a la conclusión de 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 de la trabajadora demandante como elemento integrador de la propia decisión de fondo y de las consecuencias que derivarían al respecto de la declaración correspondiente.

Y ello, con independencia de las conclusiones a las que se llegase sobre la existencia de tal fenómeno de interposición de empleadores, máxime si se tiene en cuenta, además, que el actor había interpuesto 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.

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

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

FALLO

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

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Penélope , representada por el Procurador Sr. Blanco Sánchez de Cueto y defendida por Letrado.
- 2) Casar y anular la sentencia 283/2017 de 24 de marzo (rec. 54/2017), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- 3) Resolviendo el recurso de suplicación nº 54/2017, interpuesto por la citada trabajadora frente a la sentencia dictada el 6 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en los autos nº 302/2014, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A., el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial, sobre derechos, estimar dicho recurso y revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.
- 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ