

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 807/2016, de 5 de octubre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 276/2015

**SUMARIO:**

**Cesión ilegal y posterior despido que se produce antes de que recaiga sentencia sobre dicha cesión. Determinación de la fecha en que deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria.**

El momento que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores (artículo 43.2 del ET), no es el del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social (debiendo estar viva en esa fecha la relación laboral), pues es en ese instante cuando se producen los efectos de la litispendencia.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 43.2 y 3.

**PONENTE:**

*Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.*

Magistrados:

Don JORDI AGUSTI JULIA

Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

**SENTENCIA**

En Madrid, a 5 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Elena Trastoy González, en nombre y representación de D. Aurelio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 18 de noviembre, recaída en el recurso de suplicación núm. 4549/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de los de Barcelona, dictada el 13 de diciembre de 2012, en los autos de juicio núm. 1160/2009, iniciados en virtud de demanda presentada por Elvira contra AGENCAIXA S.A. y CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) en materia de reconocimiento de derecho; a los que fueron acumulados: 1) los autos núm. 1180/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D. Aurelio contra las mismas demandadas y en la misma materia; 2) los autos núm. 1246/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> Gloria contra las mismas demandadas y en la misma materia; 3) los autos núm. 1247/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> Leticia contra las mismas demandadas y en la misma materia; 4) los autos núm. 1277/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> Milagrosa contra las mismas demandadas y en la misma materia; 5) los autos núm. 1278/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> Rafaela contra las mismas demandadas y en la misma materia; 6) los autos núm. 1281/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> Sonsoles contra las mismas demandadas y en la misma materia; 7) los autos núm. 1312/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por D.<sup>a</sup> María Milagros contra las mismas demandadas y en la misma materia; 8) los autos núm. 1178/09 seguidos ante este mismo Juzgado, promovidos por el D.a Ángela y otros 32 trabajadores más, entre ellos D.<sup>a</sup> Carina y D. Justino, contra las mismas demandadas y además contra SEGURCAIXA HOLDING S.A., VIDACAIXA S.A. DE

SEGUROS Y REASEGUROS y SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, en la misma materia. Desistiendo posteriormente de la demanda frente a SEGURCAIXA HOLDING S.A., VIDACAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS. En fechas posteriores a las de interposición de las distintas demandas todos los demandantes desistieron de ellas, a excepción de D. Aurelio Y D. Justino . Han sido partes recurridas AGENCAIXA, S.A. representada por la Letrada D.ª Vanesa Sánchez Balboa y la entidad CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) representada por el letrado D. Jordi Puigbó Oromí.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Con fecha 13 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Social n.º 12 de los de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las demandas formuladas por D. Aurelio y D. Justino contra AGENCAIXA S.A. Y CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), absuelvo a estas de las pretensiones formuladas en su contra.»

#### Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:« 1º) El demandante D. Aurelio acredita en la empresa AGENCAIXA S.A. las siguientes circunstancias profesionales: antigüedad desde el 13-10-08, categoría de Subgrupo V C-2 Nivel 6 y salario bruto promedio mensual de los últimos 12 meses inmediatamente anteriores a octubre-2010 de 1.619'34 €, con inclusión de pagas extras. Fue despedido por motivos disciplinarios el 7-10-10 y el despido fue declarado procedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de los de Barcelona de 16-5-11, autos 1061/2010, confirmada por la del TSJ de Catalunya de 20-1-12, rec. 5815, que devenido firme. (Resulta todo ello de la valoración conjunta de su demanda, folio 61 en lo preciso, del hecho de no haber sido negada ni contradicha en estos extremos por las demandadas, y de los documentos obrantes a los folios 1699 a 1712, 3008- 3009, 3098 a 3109, 4634-4648, 4649-4655 y 4656-4657). 2º) El demandante D. Justino acredita en la empresa AGENCAIXA S.A. las siguientes circunstancias profesionales: antigüedad desde el 19-1-98, categoría de Subgrupo V C-1 Nivel 5 y salario bruto mensual de 1.927'41 €, con inclusión de pagas extras. (Resulta de la valoración conjunta de su demanda, folios 364-365 en lo preciso, del hecho de no haber sido negada ni contradicha en este extremo por las demandadas y de los documentos obrantes a los folios 1424 a 1445, 3012, 3122 a 3135). 3º- SEGURCAIXA HOLDING, S.A. se estructura a través de tres entidades: SEGURCAIXA S.A., VIDACAIXA S.A. y AGENCAIXA S.A., asociadas en una Agrupación de Interés Económico bajo la denominación de Grupo Asegurador A.I.E, del Grupo LA CAIXA. AGENCAIXA S.A. y SEGURCAIXA S.A. suscribieron el 1-8-1991 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. A su vez LA CAIXA y VIDACAIXA S.A. suscribieron el 3-5-1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. Y AGENCAIXA S.A. y VIDACAIXA S.A. suscribieron el 1-8-1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. (Resulta todo ello de los hechos probados 2º a 5º de la sentencia, firme, dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Barcelona de 25-5-10, autos 858/09, obrante a los folios 216-221, entre otros). 4º- LA CAIXA y SEGURCAIXA S.A. suscribieron también en fecha 3-5-1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. (Resulta del documento obrante a los folios 2171-2176 y del hecho probado 6º de la citada sentencia del JS 16). 5º- En fecha 4-3-2008 LA CAIXA, como arrendadora, y AGENCAIXA S.A., como arrendataria, suscribieron el contrato de arrendamiento de espacios y uso de determinados bienes muebles, por un periodo de vigencia inicial de 1-1-08 a 31-12- 08, prorrogable por años si ninguna de las partes comunicaba a la otra por escrito con una antelación de 3 meses antes de su vencimiento o de cualquiera de las prórrogas su voluntad de darlo por extinguido, y renta anual de 1.090.480,00 €, que obra a los folios 903-951, 2157-2165 y 2603-2652, cuyo contenido se da aquí por reproducido. La renta fue efectivamente abonada. (Resulta todo ello de la valoración conjunta del referido documento, de los obrantes a los folios 2653 a 2658, y del hecho probado 7º de la referida sentencia del JS 16). 6º. - En la Normativa 021.33 de AGENCAIXA de 9-4-2001 se definen las funciones de los empleados de la misma con

categoría profesional de Delegados Comerciales y de Agentes Comerciales. Entre las de los primeros se encuentran: comunicar y consensuar con los Asesores Comerciales los objetivos individuales, realizar el seguimiento de los objetivos pactados, dar soporte técnico y comercial a los Asesores, realizar con los mismos reuniones formativas e informativas y canalizar a Servicios Centrales las necesidades, sugerencias o incidencias que les comuniquen los Asesores. Entre las funciones de los Asesores Comerciales están: cumplimentar las instrucciones relativas al control de su gestión, según las pautas de la Delegación Comercial informando al Delegado Comercial de cualquier propuesta, información, petición, etc. que sobrepase las 'normas de actuación definidas en el documento y que pueda generarse por parte del personal de "la Caixa", promocionar y comercializar los productos de seguros de VIDACAIXA y SEGURCAIXA en las oficinas de "la Caixa" dirigiéndose al cliente e identificándose claramente como Asesor Comercial de AGENCAIXA, tanto verbalmente como a partir de un elemento identificador. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 8º de la ya referida sentencia del JS 16 y del documento obrante al folio 3075). 7.º - - En fecha 11-1-2007 AGENCAIXA y la representación legal de sus empleados suscribieron un acuerdo sobre el Sistema de Retribución Variable de los Asesores Comerciales en los términos que constan en el documento obrante a los folios 3076-3082, cuyo contenido se da aquí por reproducido íntegramente. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 9º de la citada sentencia del JS 16 y del citado documento). 8º- En fecha 27-9-2005 AGENCAIXA comunicó a la representación legal de sus empleados una propuesta sobre reglamentación de jornada y horario laboral, rotación de oficinas adscritas y abono de kilometraje en los términos que constan en el documento obrante a los folios 3152-3153, cuyo contenido se da aquí por reproducido. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 10º de la sentencia del JS 16 y del referido documento). 9º- AGENCAIXA tiene una red de veinte Delegados Comerciales por toda España cuyo coste asciende a 2.139.280,00 €. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 11º de la sentencia del JS 16 y del documento obrante al folio 3849). 10.º- En fecha 6-2-2009 AGENCAIXA comunicó a sus Asesores Comerciales la Normativa de Actuación en Oficinas, como recordatorio de lo previsto en la Normativa 021.33. (Resulta del hecho probado 12º de la sentencia del JS 16). 11º- Los trabajadores de AGENCAIXA disponen de la Normativa implantada por la empresa en materia de liquidación de gastos de viaje, de la Normativa en materia de solicitud a cuenta de incentivos, así como del procedimiento a seguir en materia de comunicación y justificación de bajas médicas. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 13º de la citada sentencia del JS 16 y de los documentos obrantes a los folios 3851 a 3860, 3864, 3866, 3867). 12º- AGENCAIXA ha puesto y mantiene a disposición de sus empleados la aplicación informática "Portal del Asesor", en la que consta información sobre el convenio colectivo, formularios, adhesión al plan de pensiones, solicitud de cambio de oficina e información en materia de prevención de riesgos laborales. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 14º de la sentencia del JS 16 y de los documentos obrantes a los folios 3861-3862 y 3868-3870). 13º- Igualmente ha puesto a disposición de los mismos la aplicación denominada "PEOPLE e-service" o "e-people" para gestionar sus vacaciones, permisos, ausencias y otras incidencias similares. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 15º de citada sentencia del JS 16 y del documento obrante a los folios 3897-3920 y 3921 a 3928). 14º- Los trabajadores de AGENCAIXA disponen desde el año 2007 de un ordenador portátil facilitado por la empresa desde el cual únicamente pueden realizar seguros. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 16º de la sentencia del JS 16 y de los documentos obrantes a los folios 3929 a 3933). 15º- AGENCAIXA es titular de una aplicación comercial denominada "Agenda Comercial de AgenCaixa" que pone a disposición de los Asesores Comerciales para el desempeño de su trabajo. (Resulta del documento obrante al folio 3935). 16.º-- Los Asesores Comerciales de AGENCAIXA, tienen restringido el acceso a las aplicaciones alojadas en el terminal financiero de "la Caixa" que no están relacionados con la gestión de seguros. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 17º de la sentencia del JS 16 y del documento obrante a los folios 4381-4400). 17.º-- Los empleados de "la Caixa" realizan todo tipo de operaciones financieras así como seguros, mientras que los de AGENCAIXA únicamente se dedican a comercializar seguros, incluidos planes de pensiones. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 18º de la sentencia del JS 16). 18.º-- Los Asesores Comerciales de AGENCAIXA comunican habitualmente con los Delegados Comerciales de la misma las incidencias o cuestiones que surgen en el desempeño de sus funciones y reciben de estos la información o asesoramiento preciso para su adecuado desarrollo. Igualmente ambos colectivos profesionales mantienen contactos verbales o por e-mail y reuniones periódicas semanales o mensuales a los mismos fines y para evaluar y controlar el rendimiento de los primeros. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 19º de la ya varias veces citada sentencia del JS 16 y de los documentos obrantes a los folios 3156 a 3845). 19.º- Los Asesores Comerciales de AGENCAIXA solicitan las vacaciones, permisos y ausencias a su Delegado Comercial -empleado de la propia empresa- y le Informan semanalmente sobre el desempeño de su actividad y sobre cualquier incidencia relacionada

con el trabajo. (Resulta del hecho probado 20º de la citada sentencia). 20.º-- Los Delegados Comerciales de AGENCAIXA acuden regularmente a las oficinas de "la Caixa" donde prestan servicio los Asesores Comerciales para mantener reuniones con ellos y con el Director de la oficina. (Resulta del hecho probado 21º de la misma sentencia). 21.º-- Los Asesores Comerciales de AGENCAIXA, tienen una parte del salario variable en forma de comisiones que dependen de su rendimiento. (Resulta del hecho probado 22º de la citada sentencia). 22.º- Estos mismos trabajadores reciben formación profesional que les imparte tanto SEGURCAIXA como la propia AGENCAIXA. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 23º de la misma sentencia y de los documentos obrantes a los folios 4401, 4402-4405, 4406 y 4415-4422). 23.º- Los Asesores Comerciales de AGENCAIXA, mantienen reuniones con los Directores de las oficinas de "la Caixa" cuando deben tratar sobre asuntos de seguros. (Resulta del hecho probado 24º de la citada sentencia). 24.º- AGENCAIXA tiene un Departamento de Recursos Humanos compuesto por siete trabajadores donde se tramitan las cuestiones laborales de sus empleados, realizando también los procesos de selección para la contratación de nuevos trabajadores. (Resulta del hecho probado 25º de la citada sentencia). 25º- De forma periódica los Delegados Comerciales de AGENCAIXA realizan evaluaciones del desempeño profesional de los Asesores Comerciales que tienen bajo su responsabilidad. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 26º de la misma sentencia y de los documentos obrantes a los folios 4457 a 4485). 26º- Son numerosas las reuniones que se vienen manteniendo entre directivos de AGENCAIXA y los representantes legales de los trabajadores para cuestiones relativas a las condiciones de trabajo. (Resulta de la valoración conjunta del hecho probado 27º de la citada sentencia y de los documentos obrantes a los folios 4486 a 4549). 27º- Sobre la misma cuestión objeto de este procedimiento se han tramitado ya otros anteriormente en los que se dictaron las siguientes sentencias: por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Barcelona de 25-5-10, autos 858/09 ( folios 216-221, entre otros), confirmada por la del TSJ de Catalunya de 30-4-12, rec. 498/2011 (folios 2225-2245, entre otros); por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Gerona de 11-6-10, autos 984/09 ( folios 223-229, entre otros), ratificada por la del TSJ de Catalunya de 14-4-11, rec. 5431/2010 (folios 2273-2283, entre otros); por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Barcelona de 3-2-11, autos 9/10 (folios 231-237, entre otros); por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid de 22-2-11, autos 1297/09 (folios 239-246, entre otros ); y por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Vigo de 2-4-12, autos 1108/09 (folios 2452-2459, también entre otros). Como se dice, en todos los referidos procedimientos se planteaba por los trabajadores allí demandantes la misma cuestión que es objeto del presente, siendo idénticas en todos ellos las funciones y el contexto en que se desarrollaban; tanto en aquellos como en éste las empresas demandadas son las mismas. El pronunciamiento de todas ellas fue desestimatorio de las pretensiones que se formulaban, que eran idénticas a las que se formulan en éste. (Resulta de la valoración conjunta de las demandas formuladas por los dos actores que han mantenido su acción en este procedimiento, de las manifestaciones de las partes expuestas en el juicio y de las referidas sentencias). 28º) Los dos demandantes agotaron sin éxito el -preceptivo trámite de conciliación administrativa. (Es un hecho no controvertido entre las partes).»

### Tercero.

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Aurelio y D. Justino formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2014, recurso 4549/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Que, de oficio, por inexistencia sobrevenida de la acción declarativa ejercitada por el actor inicial don Aurelio debemos inadmitir e inadmitimos el recurso de suplicación interpuesto por el mismo contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Barcelona, dimanante de autos 1160/2009, 1178/2009, 1180/2009, 1246/2009, 1247/2009, 1277/2009, 1278/2009, 1281/2009, 1312/2009 acumulados, seguidos a instancia de los actores iniciales y el hoy aquí recurrente contra las empresas AGENCAIXA SA, CAIXA DE PENSIONS I ESTALVIS DE BARCELONA (LA CAIXA), SEGURCAIXA HOLDING S.A., VIDACAIXA S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y en consecuencia debemos reformar dicha resolución en el sentido en el que dio respuesta de fondo a la acción ejercitada por este actor.

Y que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, acumulado interpuesto por don Justino contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Barcelona, dimanante de autos 1160/2009, 1178/2009, 1180/2009, 1246/2009, 1247/2009, 1277/2009, 1278/2009, 1281/2009, 1312/2009 acumulados, seguidos a instancia de los actores iniciales y el hoy aquí recurrente contra las empresas AGENCAIXA SA, CAIXA DE PENSIONS I ESTALVIS DE BARCELONA (LA CAIXA), SEGURCAIXA

HOLDING S.A., VIDACAIXA S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS Y SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en la parte en que desestimó la acción ejercitada por este recurrente. Sin costas.»

#### **Cuarto.**

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la representación letrada de D. Aurelio interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 20 de septiembre de 2011, recurso número 1874/2011 .

#### **Quinto.**

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas AGENCAIXA SA y la entidad CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso ha de ser declarado improcedente.

#### **Sexto.**

Se señaló para la votación y fallo el día 5 de octubre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1- El Juzgado de lo Social número 12 de los de Barcelona dictó sentencia el 13 de diciembre de 2012, autos número 1160/2009, desestimando la demanda formulada por D. Aurelio y D. Justino contra AGENCAIXA SA y CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), sobre CESIÓN ILEGAL.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor D. Aurelio, único recurrente en casación para la unificación de doctrina, acredita en AGENCAIXA SA una antigüedad desde el 13 de octubre de 2008, habiendo sido despedido por motivos disciplinarios el 7 de octubre de 2010, despido declarado procedente por sentencia del Juzgado de lo Social número 29 de los de Barcelona el 16 de mayo de 2011, autos 1061/2010, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 20 de enero de 2012, recurso 5815, que devino firme. SEGURCAIXA HOLDING, S.A. se estructura a través de tres entidades: SEGURCAIXA S.A., VIDACAIXA S.A. y AGENCAIXA S.A., asociadas en una Agrupación de Interés Económico bajo la denominación de Grupo Asegurador A.I.E., del Grupo LA CAIXA. AGENCAIXA S.A. y SEGURCAIXA S.A. suscribieron el 1-8-1991 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. A su vez LA CAIXA y VIDACAIXA S.A. suscribieron el 3-5-1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. Y AGENCAIXA S.A. y VIDACAIXA S.A. suscribieron el 1-8-1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. La CAIXA y SEGURCAIXA S.A. suscribieron también en fecha 3.5.1992 un contrato de agencia que faculta a la primera a comercializar productos de seguro de la segunda. En fecha 4-3-2008 LA CAIXA, como arrendadora, y AGENCAIXA S.A., como arrendataria, suscribieron el contrato de arrendamiento de espacios y uso de determinados bienes muebles, por un periodo de vigencia inicial de 1-1-08 a 31-12-08, prorrogable por años si ninguna de las partes comunicaba a la otra por escrito con una antelación de 3 meses antes de su vencimiento o de cualquiera de las prorrogas su voluntad de darlo por extinguido. El 27 de septiembre de 2005 Agencaixa SA comunicó a la representación legal de sus empleados una propuesta sobre reglamentación de jornada y horario laboral, rotación de oficinas y abono de kilometraje. Agencaixa tiene una red de veinte Delegados Comerciales por toda España. Dicha empresa comunicó a sus asesores comerciales la normativa de actuación en oficinas, disponiendo asimismo de la normativa de liquidación de gastos de viaje, de la referente a la solicitud a cuenta de incentivos y de la justificación de bajas médicas. Ibercaixa ha puesto a disposición de sus empleados la aplicación informática "People e-services" para gestionar las vacaciones, permisos... y la aplicación comercial "Agenda comercial de Agencaixa", puesta a disposición de los comerciales para el desarrollo

de su trabajo. Los trabajadores de dicha empresa disponen de un ordenador portátil, facilitado por la misma, desde el que únicamente pueden realizar seguros. Los asesores comerciales de Ibercaixa tienen restringido el acceso a las aplicaciones alojadas en el terminal financiero de La Caixa que no están relacionados con la gestión de seguros. Los empleados de La Caixa realizan todo tipo de operaciones financieras así como seguros, mientras que los de Agencaixa únicamente se dedican a comercializar seguros, incluidos planes de pensiones. Los asesores comerciales de Agencaixa comunican a los delegados comerciales las incidencias que surgen en el desempeño de sus funciones y reciben de éstos la información o asesoramiento adecuados, manteniendo contactos verbales o por e-mail y reuniones periódicas semanales o mensuales para la evaluación y control del rendimiento, solicitando a los mencionados delegados las vacaciones, permisos, informándole semanalmente del desarrollo de su actividad y cualquier incidencia relacionada con el trabajo. Dichos delegados acuden regularmente a las oficinas de La Caixa, donde prestan servicios los asesores comerciales para mantener reuniones con ellos y con el Director de la Oficina, quien, a su vez, mantiene reuniones con los asesores comerciales cuando deben tratar asuntos de seguros. Los asesores reciben formación profesional que les imparte tanto Segurcaixa como Agencaixa. Esta última tiene un departamento de recursos humanos donde se tramitan las cuestiones laborales de sus empleados, realizando asimismo los procesos de selección para la contratación de nuevos empleados. Se vienen manteniendo numerosas reuniones entre los representantes de los trabajadores y los directivos de Agencaixa. La demanda se interpuso el 23 de enero de 2009.

2- Recurrída en suplicación por D. Aurelio y D. Justino, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 18 de noviembre de 2014, recurso 4549/2014, apreciando de oficio, por inexistencia sobrevenida de la acción declarativa ejercitada por D. Aurelio, inadmitiendo el recurso de suplicación interpuesto por el citado recurrente contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de los de Barcelona, autos 1160/2009 y acumulados, seguidos a instancia del hoy recurrente y otro contra AGENCAIXA SA, CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), SEGURCAIXA HOLDING SA, VIDACAIXA SA DE SEGUROS Y REASEGUROS y SEGURCAIXA SA DE SEGUROS Y REASEGUROS, desestimando el recurso formulado por D. Justino .

La sentencia entendió que es requisito imprescindible para accionar por cesión ilegal la pervivencia de la relación laboral ya que la propia literalidad del artículo 43 del ET evidencia la necesidad de pervivencia del vínculo, en la medida en que la consecuencia de la declaración de cesión ilegal es permitir al trabajador la adquisición de la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, posibilidad esta que no cabe frente a una relación laboral extinguida y sin que esa extinción conste impugnada en tiempo y forma, de manera que no cabe la incorporación a la plantilla de una ni otra en el momento de interposición de la demanda. Con ello, de oficio, ha de declararse inexistente, por circunstancia sobrevenida, la acción ejercitada por el ahora recurrente, D. Aurelio y, en su deriva, dejar imprejuizado el recurso de suplicación formulado por este.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de D. Aurelio recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 20 de septiembre de 2011, recurso número 1874/2011 .

La parte recurrida AGENCAIXA SA, CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente, por falta de contradicción de la sentencia recurrida con la invocada como término de comparación y, en el supuesto de que se entrase a conocer del fondo del asunto, interesa asimismo que se declare improcedente.

## Segundo.

1- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 20 de septiembre de 2011, recurso número 1874/2011, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña Concepción contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Bilbao el 2 de mayo de

2011, en autos seguidos a instancia de la citada recurrente contra la Federación Alavesa de Pesca y la Diputación Foral de Álava, sobre cesión ilegal.

Consta en dicha sentencia que la actora ha venido prestando servicios contratada por la Federación Alavesa de Pesca, desde el 8 de junio de 2005, con la categoría de administrativa. La Federación Alavesa de Pesca y la Diputación Foral de Álava han venido suscribiendo sucesivos Convenios de colaboración, habiéndose suscrito el último Convenio el 10 de mayo de 2010, entre la Federación Alavesa de Pesca y el Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Álava para establecer un marco de colaboración entre ambas entidades. Desde el 8 de junio de 2005 la prestación de servicios de la actora como administrativa se ha llevado a cabo en los locales de la sede de la Federación territorial de Pesca de Álava sitos en la C/ Cercas Bajas n.º 5 bajo de Vitoria. La actora además de las labores administrativas relativas a la venta de permisos para los cotos de Diputación ha venido realizando también funciones administrativas relativas a la tramitación de las licencias federativas que también se tramitaban en la Federación Alavesa de pesca. El horario de Trabajo de la actora era de prestación de servicios por la mañana y por la tarde sin que existieran fichajes o control horario por parte de Diputación, siendo los trabajadores de la Federación los que se ponían de acuerdo entre si a la hora de coger las vacaciones. El 18 de enero de 2011 se dictó resolución por el Delegado Territorial en Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales concediendo autorización a la Federación de Pesca de Álava para rescindir los contratos de los siete trabajadores que componen la totalidad de su plantilla por causas económicas. Dicha resolución fue recurrida en alzada por D. Florian . El 17 de diciembre de 2010 se presentó reclamación administrativa previa ante la Diputación Foral de Álava, desestimada el 13 de febrero de 2011 y se ha intentado la conciliación, respecto a la Federación Alavesa de Pesca, ante la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco el 10 de enero de 2011. La demanda se presentó el 13 de enero de 2011.

La sentencia entendió que la fase determinante del proceso para establecer la viabilidad de la acción es la presentación de la demanda y esta ha acontecido el 13 de enero de 2011 por lo que si la extinción resolutoria fue el 18 de enero de 2011, la demandante tiene acción para reclamar por cesión ilegal.

**3-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que reclaman que se declare la existencia de cesión ilegal entre la empresa que les contrató y la que entienden que es el empresario real pues para dicha empresa prestan sus servicios, habiéndose producido la extinción de sus respectivos contratos con posterioridad a la presentación de la demanda reclamando la declaración de cesión ilegal -en la sentencia recurrida la demanda fue presentada el 23 de noviembre de 2009 y el contrato se extinguió por despido el 7 de octubre de 2010 y en la de contraste la demanda se presentó el 13 de enero de 2011 y el contrato se extinguió el 18 de enero de 2011- habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto, en tanto la sentencia recurrida entiende que en esta circunstancia, al sobrevenir el despido antes de que recaiga sentencia sobre cesión ilegal, el demandante carece de acción, la de contraste razona que el actor tiene acción al haber presentado la demanda antes de que se extinguiera la relación laboral. Es irrelevante que en el supuesto de la sentencia recurrida la acción se extinguiera por despido y en la de contraste en virtud de un ERE, en el que la Autoridad Laboral autorizó a la empresa a extinguir el contrato del actor, ya que el dato relevante, sobre el que pivota la cuestión planteada, es si la relación laboral ha de estar viva en el momento de la presentación de la demanda para que exista acción o ha de estar vigente en el momento en el que se dicta sentencia resolviendo acerca de la cesión ilegal.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

### Tercero.

**1-** La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido resuelta por esta Sala manteniendo al respecto una jurisprudencia uniforme, pudiendo citarse, entre otras, la sentencia de 21 de junio de 2016, recurso 2231/2014, que contiene el siguiente razonamiento:

«4- Entrado en el fondo del asunto, debe concluirse, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la doctrina jurídicamente correcta es la aplicada en la sentencia de contraste, pues a los exclusivos fines de la responsabilidad solidaria ex art. 43 ET por cesión ilegal exigible en un proceso de despido, -- como regla y salvo

excepcionales supuestos de fraude --, la situación de cesión debe estar vigente en el momento de presentación de la demanda. Así, -- entre otras, SSTs/IV 8-julio-2003 (rcud 2885/2002 ), 14-septiembre-2009 (rcud 4232/2008 ), 7-mayo-2010 (rcud 3347/2009 ), 29-octubre-2012 (rcud 4005/2011 ) y las anteriores que en ellas se citan --, se ha declarado que:

a) << La buena doctrina ... es ... la sustentada por la de contraste, que invoca la doctrina unificada de esta Sala plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2003 (rec 2885/02 ), que resume así: "Es cierto que el tenor del art. 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"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986 ). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal >>; que << Pero ello no es obstáculo para 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 como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986, la aplicación del art. 43 "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 (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982 )" >>; que << La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL . Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir >> y, finalmente, que << Esta Sala lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad alguna recursos de casación unificadora en procesos de despido ( sentencias de 16-2-1989, 13-12-1990, 19-1-94 -rec. 3400/92 y 21- 3-97 -rec. 3211/96, entre otras), en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quien era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que 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 LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET >> ( STS/IV 14-septiembre-2009 -rcud 4232/2008 );

b) <<... ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma 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"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986 ). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". ( STS de 8 de julio de 2.003 -rcud. 2885/02 -, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2.008 -rcud. 61/07 - o 14 de septiembre de 2.009 -rcud. 4232/08 - entre otras) >> y que << En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y 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 del Estatuto de los Trabajadores 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 >> ( STS/IV 7-mayo-2010 -rcud 3347/2009 -); y

c) << La cuestión que se plantea es la de determinar en qué fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda, a favor de éste último, siendo exponente

de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (rcud 3347/2009) .. .>> ( STS/IV 29-octubre-2012 -rcud 4005/2011 -).

5- Excepcionalmente, para evitar el fraude, por esta Sala se ha declarado fraudulenta la actuación empresarial que pretendía evitar la ejecución de sentencias firmes declarando la existencia de cesión ilegal y en los que durante su tramitación la empresa formal efectuaba el despido del trabajador demandante antes de que recayera sentencia firme en el proceso sobre declaración 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; así, entre otras, SSTS/IV 3-octubre-2012 (rcud 4286/2011 ) y 11-diciembre-2012 (rcud 271/2012 ), en esta última se concluye que << En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala si bien existe una sentencia -declarando la procedencia del despido de los actores- que adquirió firmeza con anterioridad a la sentencia -declarando cesión ilegal- cuya ejecución se solicita, no es menos cierto que tal despido se efectuó por el empresario formal fundamentándolo en la finalización de la contrata suscrita con la empresa formal, habiendo razonado la sentencia sobre cesión ilegal que es en la realización de la contrata desde donde se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. La no ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal la dejaría sin contenido, posibilitando supuestos de fraude procesal >>. Supuesto excepcional de fraude que no acontece en el presente caso».

2- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, procede la estimación del recurso formulado.

En efecto, tal y como resulta de la sentencia recurrida, la demanda solicitando que se declarase la existencia de cesión ilegal entre Agencaixa SA y Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) se presentó el 23 de noviembre de 2009 y el despido del demandante D Aurelio se produjo el 7 de octubre de 2010, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda, por lo que el citado demandante tiene acción para demandar por cesión ilegal y, al entender la sentencia recurrida que carece de acción, procede casar y anular dicha sentencia y reponer las actuaciones al momento de dictarse la misma para que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dicte una nueva sentencia en la que, partiendo de que el hoy recurrente tiene acción, resuelva sobre el fondo del recurso de suplicación planteado.

## FALLO

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

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Aurelio frente a la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 4549/2014, interpuesto por D. Aurelio y D. Justino, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de los de Barcelona el 13 de diciembre de 2012, en los autos número 1160/2009 y acumulados, seguidos a instancia de D. Aurelio y D. Justino y otros contra AGENCAIXA SA y CAIXA DÉSTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) y contra SEGURCAIXA HOLDING S.A., VIDACAIXA,S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, desistiendo todos los actores excepto los dos mencionados anteriormente de sus respectivas demandas, y desistiendo asimismo de la demanda frente a SEGURCAIXA HOLDING S.A., VIDACAIXA,S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y SEGURCAIXA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS sobre CESIÓN ILEGAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por D. Aurelio, acordando la reposición de las actuaciones al momento de dictarse sentencia para que por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se dicte una nueva sentencia en la que, partiendo de que el recurrente. Aurelio tiene acción para reclamar por cesión ilegal, se resuelva el recurso de suplicación formulado. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.