



La vigencia de la cesión ilegal durante la tramitación de las acciones tendentes a su reconocimiento

Luis Sánchez Quiñones

Abogado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo, en sus recientes Sentencias de fecha 31 de mayo de 2017 y 28 de febrero de 2018, modifica el momento en el que se estima vigente la cesión ilegal, a los efectos de reclamar su reconocimiento jurisdiccional. Dicha decisión, de indudable relevancia jurídica y práctica, cambia el criterio sostenido anteriormente por el Alto Tribunal y abre la puerta a nuevos escenarios vinculados este requisito procesal, que exigirán un análisis pormenorizado.

Sumario

- I. Introducción
- II. Primeros pronunciamientos
- III. Actualización de la cuestión
- IV. Los pronunciamientos más recientes
- V. Recepción por los Tribunales Superiores de Justicia
- VI. Problemática futura
- VII. Breve valoración del razonamiento del Alto Tribunal

I. INTRODUCCIÓN

Los requisitos para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento de la existencia de una cesión ilegal en los términos del artículo 43 ET son ampliamente conocidos.

A las cuestiones eminentemente fácticas que se requieren para poder atender a la viabilidad sobre el fondo de la cuestión y que se resumen, en términos generales, en la mera puesta a disposición de una mercantil a favor de otra, sin que la entidad cedente tenga la condición de Empresa de Trabajo Temporal ni una infraestructura propia, siendo una mera puesta a disposición de mano de obra en favor de tercero¹, se une la exigencia de que la acción se ejercite cuando la cesión se halle todavía vigente.

La presente cuestión ha suscitado no poca conflictividad, debido a la necesidad de precisar el momento en que puede entenderse que ha cesado la situación de cesión ilegal, lo que dificultaría instar el reconocimiento de tal anómala situación.

Este artículo tiene por objeto analizar brevemente la evolución seguida en la materia por el Tribunal Supremo, así como determinar el estado actual de la cuestión, planteando en su caso las posibles controversias que puedan plantearse en un futuro.

II. PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS

La problemática de esta cuestión ha sido ampliamente debatida por nuestros tribunales, considerándose que se presupone requisito esencial para poder accionar que la relación ilícita se encontrara viva, ya que, si la misma había decaído por hallarse extinta al momento de accionar, no podría prosperar la cuestión planteada.

Esta solución, adoptada de forma reiterada y casi inmemorial², se justificaba en que, cesada la situación irregular, carecía de sentido determinar quién era y actuaba como auténtico empleador por encima

¹ Una relación más pormenorizada de supuestos en los que concurre cesión ilegal puede hallarse en Ortiz Font. E, *La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Número 128. 128. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Págs. 141- 161.

² Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de septiembre de 1986 (Roj STS 4614/1986), 13 de diciembre de 1990 (núm. rec. 262/1990) y 19 de enero de 1994 (RCUD 3400/1992).

de las formalidades que se hubieran podido otorgar al suscribir el contrato de trabajo, por cuanto nada aportaba al extinto vínculo laboral.

La anterior doctrina implicaba, sin embargo, diversas cuestiones prácticas que la postrera práctica jurisdiccional ha ido resolviendo, siendo la primera de ellas y la más relevante si era posible acumular a la acción despido la hipotética discusión sobre si había mediado cesión ilegal en la prestación de servicios del trabajador.

Se oponían así dos aspectos básicos, y aparentemente contradictorios entre sí: i) la exigencia de que se formulase la acción, vigente la situación de cesión ilegal, lo que evidentemente y acontecido el despido, resultaba cuando menos dudoso; ii) la incorporación a la discusión en el marco del proceso por despido de una cuestión que aparentemente quedaría fuera de su objeto principal.

Dicha discusión fue zanjada por el Tribunal Supremo³ señalando que la designación del auténtico empleador era necesaria para poder determinar quién debía asumir las consecuencias del despido, considerándose como una suerte de cuestión prejudicial «interna» o «previa» esencial para poder fijar adecuadamente las consecuencias previstas en los artículos 43 y 56 ET y por la evidente conexión entre ambas acciones que requería la antigua redacción del artículo 27.2 LPL.

Tal criterio ha sido replicado por nuestra jurisprudencia menor⁴ sustentando el Alto Tribunal idénticos pareceres, admitiendo con largueza ese análisis previo y necesario⁵.

III. ACTUALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN

Ese análisis previo, sostenido por el Tribunal Supremo, ha sufrido recientemente una evidente evolución, debido a la propia complejidad de las cuestiones suscitadas.

Así, la postrera discusión que se ha planteado ha sido hasta qué momento debe estimarse vigente la cesión ilegal para poder reputar pertinente la acción planteada, sin incurrir en una posible falta de acción por haber decaído la propia cesión.

³ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 1997 (RCUD 3211/1996), 27 de diciembre de 2002 (RCUD 1259/2002) y 8 de julio de 2003 (RCUD 2885/2002).

⁴ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra de fecha 17 de abril de 2018 (rec. 85/2018), Murcia de fecha 8 de junio de 2015 (rec. 955/2014) y Galicia de fecha 21 de diciembre de 2011 (rec. 4138/2011).

⁵ Baste por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de febrero de 2011 (RCUD 1817/2010).

Recordemos que no nos hallamos ante una cuestión menor, ya que un planteamiento exógeno conlleva directamente la desestimación íntegra de la demanda⁶.

Esta pregunta se ha ocasionado con razón de la práctica forense –ciertamente usual- de que, formulada la acción de reconocimiento y concurrencia sobre cesión ilegal, se produce de manera más o menos justificada la extinción de la situación de cesión ilegal.

La anterior cuestión ha suscitado no pocos debates sobre el momento procesal oportuno para entender planteada la reclamación y los efectos preclusivos que dicha reclamación, ya iniciada, pero no culminada, despliega a futuro, cuando el presupuesto sustantivo previo es inexistente, debido al transcurso de los acontecimientos.

En este sentido, los primeros pronunciamientos referían la necesidad de que la demanda hubiera sido ya formulada ante el Juzgado de lo Social⁷, sin que pudiera exigirse que la situación de tráfico ilegal estuviera pendiente al momento en que se celebrase el Acto de Juicio Oral.

Se justificaba dicha decisión en la redacción del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que disponía que el presupuesto de actuación de los tribunales se determinan con la presentación de la demanda, siendo en consecuencia las modificaciones posteriores irrelevantes, sin perjuicio de la decisión que pudiera dictarse respecto del fondo del procedimiento.

Tal criterio se ha venido manteniendo hasta fechas ciertamente recientes⁸, no obstante de analizarse algunos supuestos ciertamente más específicos⁹, en los que se valoraba la extinción producida una vez dictada sentencia y pendiente su trámite de ejecución.

En términos generales, el criterio sostenido por el Alto Tribunal suponía de forma implícita considerar que el momento de presentación de la demanda era el momento en que los efectos preclusivos de la jurisdicción desplegaban todos sus efectos, excluyendo de esa esfera atractiva al acto previo de conciliación.

Puede entenderse ese razonamiento como una suerte de consideración de la naturaleza extrajudicial que se ha venido otorgando tradicionalmente al acto de conciliación previo y que, en su condición de medio autónomo de solución de conflictos, venía siendo entendido como una solución compatible a la tutela judicial efectiva, beneficiosa para las partes, pero previo y anterior de la misma¹⁰.

⁶ Existe un cuerpo jurisprudencial abundante al respecto. Cfr. [Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de mayo de 2010 \(RCUD 3347/2009\)](#).

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 2012 (RCUD 4005/2011) y 21 de junio de 2016 (RCUD 2231/2014).

⁹ [Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2012 \(RCUD 4286/2011\)](#).

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional 140/1999, de 22 de julio (rec. 2789/1995) y 7/1993, de 18 de enero (rec. 857/1989).

IV. LOS PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES

Las anteriores consideraciones se han visto recientemente modificadas por sendas Sentencias del Tribunal Supremo¹¹, en las que se ha aceptado que la fecha determinante ya no sería la de la demanda, sino la de la fecha de interposición de la papeleta de conciliación.

El supuesto de hecho -despido por causas objetivas de trabajador derivado de la extinción de la relación mercantil entre la empleadora formal y la teórica cesionaria- se produjo con posterioridad a que el trabajador presentase papeleta de conciliación en materia de reclamación de cesión ilegal (menos de un mes), y planteaba la duda de si la reclamación formulada y el posterior despido permitían discutir la existencia de esa cesión ilegal o, si por el contrario, debe mantenerse el criterio de que, habida cuenta de que la demanda no fue formulada a tiempo de que la cesión estuviera viva, ha de ser desestimada.

La Sala señala que, conocida la trascendencia que tiene la declaración de cesión ilegal sobre los extremos del despido, no puede estimarse relevante el hecho de que la relación laboral se haya extinguido pocos días después de que el trabajador denunciara la hipotética situación de cesión ilegal, curiosamente coincidiendo con la extinción del vínculo mercantil entre ambas mercantiles.

Tal criterio, sentado en la primera de las dos sentencias indicadas, la dictada en mayo de 2017, fue reiterado nuevamente en la Sentencia de fecha 28 de febrero de 2018, en la que, incorporando la decisión ya recogida en Sentencia del Pleno de la Sala de fecha 17 de diciembre de 2017, se faculta al trabajador para reclamar la posible existencia de una cesión ilegal, sin que dicha opción pueda quedar cercenada por la existencia de un requisito previo de procedibilidad que la convierta en insostenible, más aún cuando de los actos previos y posteriores se advierte esa clara intención.

Prosigue el Alto Tribunal señalando que asumir con un criterio excesivamente rigorista la exigencia de que la demanda se hallare ya formulada, implicaría impedir *de facto* el acceso a la jurisdicción, lesionando gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, más aún cuando se trata de un plazo ciertamente escaso y mediando la posible sospecha de que la reacción empresarial puede tener además vinculación con ese legítimo ejercicio por parte del trabajador.

La doctrina sentada por el Alto Tribunal evidencia el establecimiento de un criterio eminentemente cronológico, que busca en todo caso garantizar el acceso a la jurisdicción, evitando que el trámite y exigencia previa de conciliación recogida en el artículo 63 LJS, se pueda convertir en insoslayable si, entre la fecha de la misma y la postrera presentación de la demanda, se produce la extinción del contrato.

De hecho, esa apertura en el análisis de la posible vigencia de la cesión se ha extendido a otros supuestos¹² en los que, no discutiéndose estrictamente los efectos previstos en el artículo 43 ET, inheren-

¹¹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2017 (RCUD 3599/2015) y 28 de febrero de 2018 (RCUD 3885/2015).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 2018 (RCUD 4153/2016).

tes a la cesión, si se ha reputado necesaria, para poder determinar la concesión o no de otros derechos que pudieran corresponder al trabajador (v. gr. antigüedad), lo que se traduce en un evidente interés del Alto Tribunal por proteger –en un marco razonable– las expectativas derivadas de una situación eminentemente irregular, como es la propia cesión ilegal.

V. RECEPCIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

La acogida por parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia del nuevo criterio ha sido inmediata, incluso para negar la existencia de acción por extemporánea.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹³ desestimó la demanda formulada por no existir relación laboral entre las partes, al haberse extinguido en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación.

En sentido contrario, la propia Sala de Sevilla¹⁴ sí ha estimado la demanda formulada por una trabajadora incluida en un despido colectivo de forma fraudulenta¹⁵ para justificar la extinción de su contrato de trabajo, tras haber instado diversas reclamaciones en materia de cesión ilegal de trabajadores.

Ambas decisiones, más allá del evidente interés que conllevan por la aplicación de la doctrina del Supremo, permiten además comprobar que su aplicabilidad –ya extendida a procesos de despido colectivo– hace replantearse la opción de un posible examen en materia de conflicto colectivo, sin necesidad de que se haya producido la extinción del contrato de trabajo¹⁶.

VI. PROBLEMÁTICA FUTURA

No obstante lo anterior, la adopción de un criterio estrictamente cronológico puede plantear la duda en torno a si la fecha de referencia ha de ser necesariamente la fecha de interposición de la papeleta de conciliación o si, por el contrario, se puede tomar en consideración la fecha de inicio de acciones, aun cuando fueran extrajudiciales.

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla de fecha 16 de noviembre de 2017 (rec. 725/2017).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla de fecha 11 de enero de 2018 (rec. 809/2017).

¹⁵ La discusión sobre cesión ilegal en despido colectivo se encuentra ampliamente aceptada. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio (RCUD 278/2016) y 28 de junio de 2017 (RCUD 45/2017).

¹⁶ Esta solución se ha aceptado de forma excepcional por la doctrina y el Alto Tribunal. Cfr. Sempere Navarro, A. V. *¿Un pleito colectivo sobre posible cesión ilegal de trabajadores?* Repertorio de Jurisprudencia número 29/2007. Editorial Aranzadi, S.A.U. 2007. Adicionalmente, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 4 de octubre de 2016 (RCUD 232/2015) ha negado dicha posibilidad.

Lógicamente, parece razonable estimar que la manifestación por parte del trabajador de una intención de reclamar la regularización de una situación irregular podría ocasionar que, desde ese momento, se extendieran los efectos preclusivos previstos en el artículo 411 LEC y que, en un primer momento, fueron la base para determinar la fecha exigible para entender temporánea la acción.

Sin embargo, puede resultar dudoso si esa ampliación –congruente con el principio *pro actione* consagrado en el artículo 24 de la Constitución– lo es tanto con la propia letra del artículo 411 LEC, e incluso con la propia lógica procesal del ordenamiento laboral, que ya prevé, como señala el propio Tribunal Supremo¹⁷, un trámite previo de conciliación, cuya finalidad es coadyuvar una solución a las partes.

Si ni tan siquiera se ha interesado ese trámite previo, la aceptación de una reclamación extrajudicial, fijando el carácter preclusivo a la fecha de su formulación, sería aceptar una cierta automaticidad en el ejercicio de las reclamaciones, que en un hipotético caso debiera, en coherencia con lo proclamado por el Alto Tribunal, evidenciar una conexión temporal inmediata.

Sin embargo, esta opción genera dudas desde un punto de vista procesal, ya que la cesión ilegal solo adquiere carácter constitutivo en virtud de sentencia judicial, sin perjuicio de que los efectos se retrotraigan al inicio de la cesión¹⁸, por lo que su mera alegación sin iniciar las acciones tendentes a su reconocimiento impediría apreciar esa lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva del reclamante, advertido en los supuestos en los que las acciones judiciales ya se encuentran iniciadas.

Por otro lado, e igualmente, puede plantearse que el trabajador formule una solicitud de actos preparatorios en los términos del artículo 76 LJS, cuyo fin estuviera ligado a fijar los hechos concretos en los que sustentar la propia reclamación.

Dada cuenta que los actos preparatorios tienen una evidente finalidad preprocesal tendente a argumentar y fundamentar la pretensión que se sustentará en el litigio, aceptándose incluso su carácter interruptivo de la prescripción¹⁹, pero que no constituyen en sí mismas una reclamación formal tendente a exigir responsabilidades derivadas de la existencia del prestamismo laboral, puesto que su carácter es inquisitivo y no declarativo, cabe preguntarse si su interposición sería relevante o no a los efectos señalados por los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Aceptando la tesis sustentada por el Tribunal Supremo –sustentada en ese elemento de conexión temporal inmediata–, parece que debieran extenderse los efectos propugnados a dicha solicitud, ya que, independientemente de los extremos obtenidos merced a la información obtenida en el marco de las diligencias preliminares instadas, lo cierto es que la intención de reclamar por la existencia de la cesión ilegal quedaría acreditada.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1999 (RCUD 1457/1998).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2003 (RCUD 1783/2002).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 1985 (RJ 1985/611).

VII. BREVE VALORACIÓN DEL RAZONAMIENTO DEL ALTO TRIBUNAL

Más allá de las posibles consideraciones a que deba hacer frente el Alto Tribunal, el criterio emanado en las Sentencias expuestas parece lógico por varias razones:

1. Establece un criterio procesal, extendiendo los efectos preclusivos de la fecha de interposición de la demanda a la papeleta de conciliación, siendo dicha extensión coherente con lo dispuesto en el artículo 411 LEC.
2. Tal criterio se conjuga con un criterio temporal evidente, ya que se produce en el marco de la misma acción y como presupuesto previo para su ejercicio por exigencia del artículo 63 LJS.

Cuestión distinta sería en el caso de que, ejercitada la papeleta de conciliación, no se diera curso a la misma y se dejara transcurrir el plazo previsto para la acción, o incluso se mutase la misma en una acción completamente diferente.

3. Resulta compatible con el principio *pro actione*, larga y habitualmente sostenido por el propio Tribunal.

Pese a todo ello, todo parece indicar que la reciente doctrina del Tribunal Supremo abre una nueva vía en una materia ya de por sí problemática, siendo previsible que se planteen nuevos supuestos que obliguen a un pronunciamiento preciso del Alto Tribunal.