



Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:  
Ramón Gimeno Lahoz



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Síguenos en:



# BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 21. FEBRERO 2018

01

Cesión ilegal de trabajadores:  
necesidad de que subsista la situación  
en el momento de accionar: papeleta,  
reclamación, demanda.

*Comentario a la STS, Sala 4ª, de 14  
de diciembre de 2017*

Felipe Soler Ferrer  
Magistrado

02

La unidad esencial del vínculo en la  
contratación temporal.

*Comentario a la STS, Sala 4ª, de 21  
de septiembre de 2017.*

Estefanía López Muñoz  
Magistrado

**CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: NECESIDAD DE QUE SUBSISTA LA SITUACIÓN PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN DECLARATIVA. FIJACIÓN DEL MOMENTO PARA DETERMINAR TAL SUBSISTENCIA: PRESENTACIÓN DE LA PAPELETA DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA Y/O DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.**

***Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4782/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4782) que rectifica la STS, Sala de lo Social, de 29 de octubre de 2012 ROJ: STS 7925/2012 - ECLI: ES:TS:2012:7925***

Felipe Soler Ferrer

Magistrado

TSJ Cataluña (Sala de lo Social)

**RESUMEN:** El TS rectifica en esta reciente sentencia su doctrina anterior en la materia, que se desprendía de su sentencia de 29-10-2012. Ante la necesidad de discernir si el momento al que se ha de atender para fijar si la acción se ejercita vigente el vínculo contractual debe ser el de la presentación de la papeleta de conciliación o, por el contrario, se ciñe a la fecha de presentación de la demanda ante el Juzgado, el TS concluye ahora que la posibilidad de accionar para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal de trabajadores 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 produce 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.

**VOCES:** acción, cesión ilegal de trabajadores, demanda, papeleta de conciliación, reclamación administrativa, Art. 43 ET, Art. 63 LRJS, Art. 64 LRJS

## COMENTARIO

La doctrina jurisprudencial venía considerando que el tenor del artículo 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". De modo que, concluida la cesión, no cabía el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.

La excepción a este criterio se admitía en aquellos casos en que la cuestión de la cesión ilegal surgía con motivo de la impugnación del despido, cuando este se produce vigente la cesión, en cuyo caso es obvio que con el despido también se pone fin a la situación y, por ello, el trabajador puede accionar tanto contra la empresa cedente como contra la cesionaria para que se analice en ese mismo litigio la responsabilidad derivada de dicha cesión (STS 31-5-2017 -rcud. 3599/2015-, entre otras).

Dando un paso más en esa doctrina se afirmó por el TS 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 ET 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 es en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia (SSTS 7-5-2010 -rcud 3347/2009-).

Esa doctrina fue perfilada en la STS de 29-10-2012 -rcud. 4005/2011- en un supuesto en que se suscitaba la disyuntiva entre la fecha de la demanda y la de la previa papeleta de conciliación administrativa, para decantarse por considerar que el criterio sentado por la citada STS de 7-5-2010 abocaba a señalar que era la demanda la que marcaba ese requisito, dado que en esa sentencia se desestima la acción declarativa porque si bien la situación susceptible de ser calificada de cesión ilegal persistía en el momento de la presentación de la papeleta de conciliación, había terminado en la fecha de interposición de la demanda (ese mismo criterio subyace en la STS de 28 junio 2016 -rcud. 160/2015-, si bien para apreciar la inadmisibilidad de la casación unificadora por falta del requisito de la contradicción).

Sin embargo, la Sala revisa esta doctrina en la sentencia comentada, pues conforme al art. 63 LRJS la tramitación de un proceso como el presente, en que se ejercita la acción declarativa de cesión ilegal, 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. Pues bien, si la finalidad de la conciliación previa es la evitación del proceso, permitiendo a las partes la solución extrajudicial de su discrepancia, 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. Dada la obligatoriedad del trámite 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. Además, 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.

Se rectifica por tanto la conclusión de la STS 29-10-2012, en el sentido de 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.

AJFV

## LA UNIDAD ESENCIAL DEL VÍNCULO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL.

***Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2017. (4ª) 703/2017, de 21 de septiembre (ROJ: STS 3583/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3583)***

ESTEFANÍA LÓPEZ MUÑOZ

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 1 Avilés

**RESUMEN:** *Cuando un empleador acude a los servicios del mismo trabajador mediante la suscripción de sucesivos contratos de trabajo temporales se suelen plantear problemas sobre la idoneidad de la fórmula de contratación, su posible fraude de ley y la consecuencia de indefinición de la relación laboral pero también se suscitan controversias en relación con la antigüedad del trabajador no sólo a efectos del cálculo de la posible indemnización por despido o extinción contractual, sino en lo concerniente al devengo del plus de antigüedad correspondiente.*

*En la resolución analizada el Tribunal Supremo reitera y actualiza la teoría sobre la unidad esencial del vínculo contractual dando pautas sobre la manera en que puede y debe interpretarse el hilo conductor de la prestación de servicios.*

**VOCES:** Contrato temporal, antigüedad, unidad esencial del vínculo, Art. 15 del ET, Directiva 99/70/CE.

### COMENTARIO

#### I. Antecedentes procesales.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia en fecha 12-6-2015 (rec. 963/2014) estimando los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña de 28-6-2013. Consideró rota la unidad del vínculo en un momento de la sucesión de contratos temporales en el que habían transcurrido tres meses y medio entre la finalización de uno y la formalización del siguiente, todo ello previa invocación de la STS de 12-7-2010.

Formulado recurso de casación para unificación de doctrina, se alegó como sentencia contradictoria la dictada por la Sala Social del mismo Tribunal Superior de Justicia de fecha 14-10-2014 (rec. 4165/2013), que concluyó que

no se había roto la unidad del vínculo en un caso en el que la interrupción había sido de tres meses en un periodo de más de once años.

Se apreció por el Tribunal Supremo contradicción entre las sentencias puesto que se había resuelto de manera distinta en dos supuestos esencialmente idénticos.

## **II. Doctrina de la Sala**

En resoluciones como las de 8-3-2007, 17-12-2007, 18-2-2009 o 17-3-2011 el Tribunal Supremo perfeccionó la teoría del vínculo elaborada a fin de poder tener en cuenta a efectos de antigüedad todos los contratos temporales celebrados al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores con la misma empresa aún cuando hubiera habido interrupciones superiores a 20 o 30 días, entendiéndose que era factible romper esa barrera temporal y que la subsistencia del vínculo debía valorarse con criterio realista, analizando toda la serie contractual sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos.

Para la STS de 12-7-2010, invocada en la sentencia objeto de recurso, la unidad esencial del vínculo contractual se entiende rota si existen periodos interruptivos de más de tres meses o percepción por el trabajador de prestaciones de desempleo puesto que, en caso contrario, se impondría una carga injustificada al empleador por utilizar reiteradas veces los servicios de un mismo trabajador.

No obstante, la STS de 20-11-2014 señala que, a efectos de antigüedad, deben computarse los servicios efectivamente prestados mediante los contratos temporales aún cuando entre ellos se hayan producido interrupciones significativas en la prestación de servicios.

La STS de 21-9-2017 analizada parte de que en los últimos tiempos se ha ampliado la frontera de la interrupción significativa que lleva a excluir la unidad esencial del vínculo en supuestos en los que entre las contrataciones han transcurrido 20 o 30 días y hasta tres meses.

Igualmente pone en relación el criterio rupturista con la Directiva 99/70/CE y la doctrina comunitaria que la entiende contraria a la normativa nacional que considera que sólo pueden calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales (STJCE 4/Julio/2006, asunto “Adeneler”).

Concluye el Tribunal Supremo rechazando que pueda fijarse un tope exacto o barrera universal en los días de interrupción entre contrataciones que excluya la unidad del vínculo puesto que debe atenderse a criterios tales como el tiempo total transcurrido desde el momento en que se pretende fijar el inicio del cómputo, el volumen de actividad desarrollado dentro del mismo, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, el tenor del convenio colectivo y, en general, cualquier otra circunstancia que se considere relevante a estos efectos.

Aplicando esta interpretación, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y anula la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2016 dictada en el recurso de suplicación nº 963/2014.

### **III. Conclusiones**

La conclusión que se extrae de la lectura de la sentencia aquí comentada en materia de unidad del vínculo laboral sobre el criterio a adoptar es que no hay criterio. Al menos no de manera tajante.

Como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo, la flexibilidad y el casuismo deben inspirar la resolución del caso concreto. No pueden fijarse límites temporales estrictos a las interrupciones entre los contratos ni establecerse de manera rígida la frontera que separa una cadena de sucesivos contratos temporales de un único vínculo contractual sometido a diversas fórmulas de contratación.

Habrà que analizar cada caso, su contexto, el tiempo de duración global de la prestación de servicios, en ritmo en la sucesión de contratos, la duración de las interrupciones, la suscripción o no de contratos de trabajo con terceros, los periodos de percepción de la prestación por desempleo, si estos fueron precedidos o sucedidos por contratos temporales con el mismo empleador, la identidad de éste y de los trabajos desarrollados, entre otros.

El Tribunal Supremo ofrece unas pautas generales orientadoras para poder alcanzar una conclusión sobre la naturaleza y extensión de la relación laboral habida entre las partes que llegan a juicio pero nos compete a los juzgadores añadir a estas líneas maestras la visión concreta del asunto huyendo, como tantas veces ocurre en el Orden Social, de una aplicación excesivamente literal e inflexible de la norma.

