

As condicións de exercicio da acción de  
cesión ilegal. A propósito dunha sentenza da  
Sala do Social do Tribunal Supremo de  
7 de maio de 2010

*Conditions for carrying out illegal redundancy actions.  
Regarding a ruling by the Social Chamber of the Supreme  
Court May 7, 2010*



LARA M. MUNÍN SÁNCHEZ  
Xuíza substituta

**Resumo**

A sentenza do Tribunal Supremo analizada supón un xiro na concepción dunha das accións constitutivas máis habitual (cesión ilegal de traballadores), ao considerar que abonda a vixencia de tal cesión no momento de presentar a demanda para o seu éxito, fronte á postura tradicional, a cal esixía a súa pervivencia ao ter lugar a vista.

**Palabras chave:** cesión ilegal, acción constitutiva, xurisprudencia.

***Abstract***

The Supreme Court ruling analysed here represents a change in the concept of one of the most common constitutive actions (the illegal dismissal of workers), which considers it sufficient for the dismissal to be legal at the time of its implementation, as against the traditional position, which demanded that such legality to be applicable at the time of the hearing.

***Keywords:*** *Illegal dismissal, Constitutive action, Jurisprudence.*

**§1.** Este comentario ten a súa razón de ser nunha sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo con data de 7 de maio de 2010 (recurso de casación para unificación da doutrina 3347/2009), que afecta a un asunto de gran repercusión na zona de Ferrol, non só pola empresa a que se refire (Navantia<sup>1</sup>), senón tamén polas consecuencias que vai ter noutros preitos similares relativos a aquela. O suposto de feito é bastante sinxelo e pode resumirse nos seguintes puntos:

- a) Desde distintas datas, os traballadores demandantes prestaban servizos como especialistas para unha empresa chamada Eymosa no almacén da empresa Navantia, en Ferrol, onde levaban a cabo tarefas de almacenaxe e distribución, o que comportaba a recepción, distribución, repartición, carga e descarga de mercadorías que chegaban ás dependencias de Navantia na citada localidade.
- b) Nun momento determinado, eses traballadores consideraron que nas súas relacións de traballo se estaba a producir unha cesión ilegal desde Eymosa a Navantia e iniciaron a súa formulación xudicial mediante a presentación das correspondentes papeletas de conciliación, para despois facelo cunha serie de demandas acumuladas de fixeza, ao abeiro do previsto no artigo 43 do Estatuto dos traballadores.
- c) As papeletas interpuxéronse nuns casos en novembro, e noutros en decembro, de 2005, mentres que as demandas se formularon en xaneiro de 2006.
- d) No mes de maio de 2006 Eymosa cesa na contrata e faise cargo de actividade de almacenaxe no centro de Navantia unha nova empresa (Unigel SL).
- e) Unigel SL comunica o 5 de maio de 2006 a todos os traballadores, incluídos os demandantes, e a Eymosa, que se subrogaba nas relacións de traballo para a prestación de servizos en Navantia.
- f) Esa subrogación materializouse o día 7 de maio coa sinatura conforme dos traballadores nos documentos individuais expedidos para o efecto. Desde esa data os traballadores deixaron de prestar servizos para Eymosa.

<sup>1</sup> Antes denominada Izar e, moito antes, Bazán (producción militar) ou Aesa (producción civil). O seu periplo histórico pode consultarse nos enderezos web <<http://www.navantia.es/irj/portal/anonymouse?NavigationTarget=navurl://4c69f36a8992fc001a8283482b706d16&windowId=WID1285531414758>> e <<http://astilleroscadiz.buques.org/Izar/IZAR.htm>>.

g) A consecuencia daquelas demandas tivo lugar un xuízo oral o 29 de maio de 2006 e o Xulgado do Social n.º 2 de Ferrol ditou unha sentenza o 20 de xuño dese mesmo ano, que foi anulada pola Sala de Galicia na Sentenza de 23 de maio de 2008, por constitución defectuosa da relación xurídico-procesual, ao non ser chamada ao proceso a empresa Unigel SL.

h) O Xulgado ditou nova sentenza, estimatoria das demandas, o 21 de novembro de 2008. Esta foi revogada pola Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 20 de xullo de 2009, que foi recorrida en casación para a unificación da doutrina e deu lugar á sentenza comentada.

**§2.** O problema xurídico discutido nesta resolución é o relativo ao exercicio dunha acción constitutiva de cesión ilegal<sup>2</sup>, en condicións un tanto especiais, mais frecuentes na práctica: no momento de presentación da papeleta de conciliación a presunta cesión ilegal existía, mais no momento do xuízo oral os traballadores demandantes xa pasaran a depender da empresa cedente orixinaria a outra que se fixo cargo da actividade e dos traballadores mediante unha nova contrata, de tal forma que nese punto procesual a cesión xa non existía<sup>3</sup>. Até agora a solución ao problema era clara<sup>4</sup>: a acción carecía entón de contido; conforme a ela esixíase –para o éxito desa acción– que os traballadores ilegalmente cedidos o seguisen sendo no momento do xuízo oral, «posto que a cesión ilegal só podería pretendese mentres subsista a cesión», que era o criterio asentado pola xurisprudencia tradicional<sup>5</sup>, de modo que «concluída a cesión, non cabe o exercicio desa acción de fixeza, aínda que aquela fose ilegal<sup>6</sup>».

No entanto, e de acordo coa sentenza que se analiza, o que Tribunal Supremo modifica é doutrina previa, e agora declara que xa non é preciso que esa situación siga vixente no momento de ter lugar o acto, senón que abundará con que o estivese no

<sup>2</sup> Sobre a definición desta acción, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2006) *Derecho del trabajo*. A Coruña, Netbiblo, 128.

<sup>3</sup> Máxime neste asunto, porque os actores consentiran a sucesión e novación dos contratos.

<sup>4</sup> Con maior extensión, véxase DE CASTRO MEJUTO, L. F. (2009) *La acción constitutiva en los procesos laborales*. A Coruña, Netbiblo, 139-141.

<sup>5</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 22 de setembro de 1977; de 21 de decembro de 1977; e de 11 de setembro de 1986.

<sup>6</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 8 de xullo de 2003, recurso de casación para a unificación da doutrina 2885/02; de 12 de febreiro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 61/07; e de 14 de setembro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 4232/08.

momento de se presentar a demanda, de ser admitida<sup>7</sup>. Este cambio de criterio responde a unha argumentación baseada en que «os presupostos de actuación dos tribunais deben determinarse no momento de presentación da demanda, sendo ineficaces as modificacións que se produciren con posterioridade tanto a respecto dos feitos como da norma xurídica». En definitiva, estase a fundamentar a decisión na denominada *perpetuatio iurisdictionis*, que anoa os efectos da litispendencia (artigo 411 da Lei de axuízamento civil), no xeito en que é aplicada por unha sentenza da Sala Primeira con data de 2 de decembro de 2009 (recurso 2117/05). Daquela, se no momento en que procesualmente se exercita de forma hábil a pretensión a través da demanda se produce a litispendencia, non poden tomarse en consideración as alteracións posteriores; ou dito doutra forma, «fixados os termos da *litis* no momento da demanda, cómpre analizar se nese momento concorren os elementos de feito que conducirían á declaración da existencia de tal cesión ilegal».

§3. Esta sentenza comporta un cambio moi importante sobre unha acción cuxa natureza constitutiva non ofrece dúbida ningunha<sup>8</sup> e que é de recente aparición no dereito español<sup>9</sup>, dado que a súa orixe non pode remontarse para alén do Estatuto dos traballadores de 1980<sup>10</sup>. Non obstante, a súa relevancia práctica non pode negarse, porque a acción de fixeza é habitual nas contratadas e subcontratadas, posto que a diferenza entre estas e unha cesión ilegal se esvaece en moitas ocasións, até o punto que se chegou a afirmar que a liña divisoria entre os supostos de subcontratación lícita e de pseudocontrata ou cesión ilegal de traballadores baixo falsa aparencia de contrata de obras ou servizos

<sup>7</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 8 de xuño de 2006; de 20 de abril de 2007; de 30 de maio de 2007; e de 21 de maio de 2008.

<sup>8</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 3 de febreiro de 2000, recurso de casación para a unificación da doutrina 1430/99; e de 21 de marzo de 1997, recurso de casación para a unificación da doutrina 3211/96. Tamén as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 17 de setembro de 2007, recurso 3003/07; de 26 de xuño de 2007, recurso 950/07; e de 8 de xuño de 2007, recurso 1988/07. A definición da expresión, con toda clareza, pode atoparse en MARTÍN VALVERDE, A. e GARCÍA MURCIA, J. (1998) *Glosario de empleo y relaciones laborales*. Madrid, Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas-Mundi-Prensa Libros SA, 58.

<sup>9</sup> Sobre a súa regulación e o seu estudo dentro do dereito comparado, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. (2007) «El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* XI, 485 e ss.

<sup>10</sup> En cuxo artigo 43.3 se recollía por primeira vez a acción de cesión ilegal nuns termos que pasaron literalmente ao artigo 43, parágrafo terceiro, do estatuto vixente, que se converteu no parágrafo cuarto ao se introducir un novo parágrafo segundo a través do artigo 12.10 da Lei 43/2006, de 29 de decembro.

ha de ser trazada de acordo coa doutrina do empresario efectivo<sup>11</sup>. O recurso ás contratas e subcontratas en grandes empresas, algunhas de presenza destacada en Ferrol (por exemplo, Navantia), é cotián e provoca preitos reiterados en que se debate deslindar o que son verdadeiras contratas das simples pseudocontratas.

Finalmente, o xiro producido no tocante a esta acción constitutiva formula como último interrogante a posible extensión de efectos a outras accións da mesma natureza; en concreto, que acontecerá coas accións de resolución de contrato, entre outras, que até este momento, esixen que a relación siga vixente. Repetiuse que o éxito da acción baseada no artigo 50 do Estatuto dos traballadores esixe que o contrato estea vivo no momento de se ditar a sentenza, porque a sentenza ten nestes supostos carácter constitutivo e –de prosperar a acción– declara extinguido o contrato na mesma data en que se dita<sup>12</sup>. Porque, malia ser certo que a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo non se pronuncia de xeito xeral sobre as accións constitutivas, a súa fundamentación xurídica ten unha indiscutible aplicación xeral, polo que é dubidoso que poida oporse a doutrina tradicional de subsistencia da prestación de servizos no exercicio da acción derivada do artigo 50 do Estatuto dos traballadores, cando no momento de presentar a demanda o actor segue prestándoos e despois abandona o traballo; a *perpetuatio iurisdictionis* proxectaría todos os seus efectos. Quizais algunha outra resolución xurisprudencial posterior aclare este punto ou volva ao criterio tradicional de que a cesión ilegal só pode exercitarse «mentres subsista a cesión».

<sup>11</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo de 30 de maio de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 1945/01.

<sup>12</sup> Véxase as sentenzas do Tribunal Supremo de 29 de decembro de 1989, recurso de casación por infracción da lei (*Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 9100); de 11 de abril de 1990, recurso de casación por infracción da lei (*Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 3463); e de 22 de maio de 2000, recurso de casación para a unificación da doutrina 2180/99.