



**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

**Facultad de Derecho**

Máster de Abogacía

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

(El caso HUNOSA- SADIM)

Realizado por: Manuel Fernandez Clavera

## ABREVIATURAS

CE.....	Constitución Española
CP .....	Código Penal
ERTE.....	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
ETT/ETTs.....	Empresa/as de Trabajo Temporal
HUNOSA.....	Hulleras del Norte Sociedad Anónima
LGSS.....	Ley General de la Seguridad Social
LISOS.....	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LRJS.....	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
MSCT.....	Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo
RD.....	Real Decreto
REC.....	Recurso
RRHH.....	Recursos Humanos
SADIM.....	Sociedad Anónima de Diversificación Minera
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJS.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TC.....	Tribunal Constitucional
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
UMAC.....	Unidad de Mediación Arbitraje y Conciliación
UTE.....	Unión Temporal de Empresas

# INDICE

ABREVIATURAS.....	2
1- MARCO JURÍDICO .....	4
2- DELIMITACIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES .....	5
2.1- SUPUESTOS DE CESIÓN LEGAL .....	5
2.2-INDICIOS DE CESIÓN ILEGAL .....	8
3- CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.....	9
3.1- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS EMPRESAS CEDENTES Y CESIONARIA .....	10
3.2- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR CEDIDO .....	11
4- TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES .....	15
4.1-LEGITIMACIÓN .....	15
4.2-PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.....	18
4.3-ACUMULACIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL CON OTRAS ACCIONES.....	19
4.4-MODALIDAD PROCESAL PARA LA CESIÓN ILEGAL.....	20
5- EL CASO HUNOSA-SADIM .....	21
5.1- PRESENTACIÓN.....	21
5.2-INDICIOS.....	26
5.3-PROCEDIMIENTO SEGUIDO .....	29
5.4-RECURSO .....	32
6-CONCLUSIONES .....	33
7-BIBLIOGRAFÍA .....	35

## 1- MARCO JURÍDICO

La cesión ilegal de trabajadores es una institución jurídica del ordenamiento laboral español y se encuentra recogida en el art 43 del ET<sup>1</sup>. El Estatuto no da un concepto de lo que es la cesión ilegal, por ello utilizaremos el concepto propuesto por Maria Luisa Molero Marañón, “la cesión ilícita es la perfección de un contrato entre dos empresas cuyo objeto es el tráfico de mano de obra que se distingue por la intromisión de una empresa aparente o titular ficticia entre los titulares reales de una relación jurídica”.<sup>2</sup>

El ordenamiento español permite en ciertos supuestos la cesión de trabajadores, alguno de ellos en las relaciones laborales de carácter especial:

1º Cesión de deportistas profesionales: Dentro de la relación laboral especial de deportistas profesionales está permitido la cesión entre clubs o entidades deportivas que organicen espectáculos deportivos, siempre con el consentimiento expreso de aquellos.

Este supuesto de cesión temporal de trabajadores viene recogido en el artículo 11 del RD 1006/1985<sup>3</sup>; y en él se recoge tanto la duración del contrato, como los derechos y obligaciones del cedente y cesionario, respondiendo ambas de forma solidaria de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social.

2º Trabajadores discapacitados: En relación con las personas con discapacidad se recogieron medidas especiales para favorecer su trato, a través de normas

---

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>2</sup> “La Doctrina Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (1989-2000)” (coordinador A. V. SEMPERRE NAVARRO), Las relaciones interempresariales, M<sup>a</sup> Luisa Molero Marañón, Navarra, 2001.

<sup>3</sup> Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

internacionales<sup>4</sup> o el RDLeg 1/2013<sup>5</sup>. En el RDLeg recoge que estas personas pueden ejercer su derecho al trabajo a través de un enclave laboral; este será el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora; y se encuentra regulado en Real Decreto 290/2004<sup>6</sup>.

3º Personal de alta dirección: La relación especial de los trabajadores de alta dirección viene regulada en el RD 1382/1985<sup>7</sup>, y en su artículo 9 regula la cesión de trabajadores en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar.

## **2- DELIMITACIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

### **2.1- SUPUESTOS DE CESIÓN LEGAL**

Para hablar de cesión ilegal, es necesario dejar claro cuál es la forma correcta de ser receptor directo, de forma legal, del trabajo prestado por personas contratadas por otra empresa, ya que en España se permite al empresario recurrir a la contratación externa de empresas para externalizar su actividad; “El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a

---

<sup>4</sup> Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 13-12-06).

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>6</sup> Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

<sup>7</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores<sup>8</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores establece dos formas lícitas de utilizar personal contratado por otra empresa. La primera aparece recogida en el artículo 42 ET, a través de una subcontrata de obra o servicio, tratándose de un supuesto de colaboración entre dos empresas, la empresa principal y la contratista, siendo necesario que esta última cumpla unos requisitos<sup>9</sup>:

- a) Disponer de los medios personales y materiales necesarios para desarrollar su actividad.
- b) Organización productiva previa e independiente. Esta organización se refiere al control y dirección efectiva de la actividad.
- c) La empresa contratista debe asumir los riesgos inherentes a una verdadera gestión empresarial.
- d) El objeto del contrato debe ser una actividad específica y delimitada, diferenciable de la propia actividad de la empresa principal.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha señalado que: "Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente(...), no pone realmente en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios (que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET) y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva."<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> STS, de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/1993). Y STS, de 17 de septiembre de 2001 (Rec. 244/2001).

<sup>9</sup> Criterios Técnicos 31/2000 de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>10</sup> STS, de 4 de julio del 2012 (Rec. 5261/2012).

La diferencia entre la subcontrata y de la cesión ilegal es en nuestro ordenamiento, como señala la STSJ de Cataluña, de 6 mayo de 2015 (Rec. 7165/2014), es confusa y poco clara, y señala que “Con todo, es evidente que la gran diferencia sustantiva entre las contrataciones (propias o impropias) y la cesión ilegal de trabajadores pasa por la constatación de que en el primer caso el auténtico empresario es el contratista, aunque los servicios se presten por cuenta del comitente, incluso, en su caso, en las dependencias de éste y con una cierta capacidad de intervención del mismo en el desarrollo de la prestación laboral. Sin embargo, el núcleo duro de los poderes organizativos y de control empresarial, así como el poder disciplinario, queda en manos del contratista. Por el contrario, en el art. 43 ET aquello que resulta trascendente es que el auténtico y real empresario es el cesionario, no el cedente. Es característico de la externalización que la empresa principal prescinde de realizar esa actividad por sí misma y se limita a recibir y controlar el resultado de la ejecución por la contratista, la cual a su vez es quien se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes o servicios, para lo cual aporta sus medios de orden personal y material, y organiza a sus operarios dirigiéndolos y controlándolos para que el resultado de su tarea cumpla el objeto del contrato. Ahora bien, en la medida en que esta diferenciación no sea posible o no se lleve a cabo, y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la contratista, entonces se habrá producido una desnaturalización de la figura de la contrata, que habrá quedado reducida a la mera provisión de la mano de obra para que sea la empresa principal quien directamente reciba los frutos de su trabajo, ejerciendo el poder de dirección que incumbe a la contratista, por lo que habrá de apreciarse que existe una cesión ilícita y no una contrata.”

La segunda forma, es la establecida en artículo 43.1 del ET<sup>11</sup>, regula el modo legal de ceder trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal, exigiéndoseles que estén debidamente autorizadas.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Materia desarrollada en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

<sup>12</sup> “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, es éste el único supuesto en que, por vía de excepción, el ordenamiento laboral acepta la cesión de trabajadores con la consiguiente configuración disociada de la relación de trabajo. Y, en virtud de la regla hermenéutica de interpretación de las excepciones "inclusio unius exclusio alterius", lo que sólo

No quiere decir que las ETTs no puedan incurrir en una cesión ilegal; pues sería posible si incumplen los requisitos en materia de contratación que son exigidos en su norma específica.

En este sentido, si bien una antigua doctrina del TS venía entendiendo que la aplicación de la responsabilidad solidaria del artículo 43 ET, no se podía aplicar a las ETTs; sentencias más actuales del TS estimaron, en el caso de ETT válidamente constituidas pero con incumplimientos en la utilización del contrato de puesta a disposición, la responsabilidad solidaria de las ETTs y las empresas usuarias, no solo en las obligaciones salariales y de la Seguridad Social, sino también en relación con las consecuencias indemnizatorias de un despido improcedente.<sup>13</sup>

## **2.2-INDICIOS DE CESIÓN ILEGAL**

El Estatuto de los Trabajadores contempla la figura de la cesión ilegal y las circunstancias que, en todo caso, determinan la existencia de esta (artículo 43.2 ET); y la doctrina legal y jurisprudencial ha venido analizando dicha figura y desarrollando las notas y características que han de concurrir para concluir la existencia de dicha práctica prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Existirá cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente no cuente con una estructura empresarial estable y organizada; cuando no se ponen tales medios al servicio de la obra en cuestión; o cuando se trata de una empresa ficticia o aparente que únicamente realiza labores de intermediación sin asumir ningún tipo de riesgo empresarial; pero estos elementos no se dan fácilmente en un caso concreto en términos tan absolutos, ya que la existencia de una cesión ilegal de trabajadores aparece legitimada a primera vista a través de una verdadera obra o servicio que se está ejecutando por parte de una empresa real que asume como propia su realización; por ello, y si bien la carencia de una verdadera organización empresarial es, en principio, un indicio determinante de la

---

vale para las ETT, no puede valer para las entidades que carecen de tal condición.” (STS, de 12 de diciembre del 1997 (Rec. 3153/1996)).

<sup>13</sup> STS, de 4 de julio de 2006 (Rec. 1077/2005) y 28 de septiembre de 2006 (Rec. 269/2005).



existencia de una cesión ilegal; la concurrencia de tales presupuestos no determinan necesariamente que no exista tal cesión, por lo que habrá que establecer en cada contrata específica si se dan los mismos.

Ahora bien, también se ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador a la hora de delimitar el posible prestamismo laboral, pudiendo citarse entre ellos:

- a) La justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios.<sup>14</sup>
- b) El ejercicio de los poderes empresariales.<sup>15</sup>
- c) La realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...<sup>16</sup>).

### **3- CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 43.3 y 4, desarrolla las consecuencias que se producen cuando se incurra en un prestamismo laboral. De esta manera se establecen tanto las responsabilidades de los empresarios (cedente y cesionario), como los derechos que adquieren los trabajadores sometidos al tráfico ilegal.

---

<sup>14</sup> STS, de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1863).

<sup>15</sup> STS, de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6877), 17 de enero de 1991 (RJ 1991/59) y 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352).

<sup>16</sup> STS, de 17 de enero de 1991 (RJ 134/1991).

### **3.1- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS EMPRESAS CEDENTES Y CESIONARIA**

Los efectos que encontramos en el art 43. 3 ET hacen referencia en primer lugar a las responsabilidades de los empresarios que se pueden concretar en tres grandes grupos:

**a) Responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social:** como claramente establece el Estatuto, ambas empresas, cedente y cesionaria, responden de forma solidaria de todo tipo de obligaciones laborales y de la Seguridad Social. Esto ha sido entendido por los tribunales, al establecer que, “siendo la consecuencia de la cesión ilegal, conforme al artículo 43.3 del ET, la responsabilidad solidaria de los empresarios, cedente y cesionario, de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”<sup>17</sup>

En este sentido es la propia Ley General de la Seguridad Social<sup>18</sup> la que vuelve a recalcar esa responsabilidad solidaria de ambos empresarios en sus artículos 142, en relación con las cotizaciones, y en el 168.2<sup>19</sup> en relación con las prestaciones.

**b) Responsabilidad administrativa:** la cesión ilegal de trabajadores está recogida en la LISOS<sup>20</sup>, en la sección que trata las infracciones en materia de relaciones laborales, considerando el prestamismo como infracción muy grave (artículo 8

---

<sup>17</sup> STSJ Andalucía (Málaga), de 13 de marzo de 2014 (Rec. 157/2014).

<sup>18</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>19</sup> “En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo.”

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

infracciones muy graves. “La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente.”). Estableciendo una multa para ella en una cantidad que oscila entre 6.251 y 187.515 euros; que será impuesta por la autoridad laboral.

c) **Responsabilidad penal:** esta responsabilidad, que se puede derivar en los supuestos más graves, aparte de estar recogida en el ET, está también tipificada en el artículo 312.1 CP,<sup>21</sup> “Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.”

En la mayoría de los casos, será cuando haya un gran número de trabajadores afectados y en los que se hayan prevalecto de la condición de extranjero en las personas sometidas al tráfico ilegal de mano de obra.

### **3.2- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR CEDIDO**

En el apartado 4º del art 43 del ET “Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.”, recogen los efectos o derechos a los que optan o pueden optar los trabajadores sometidos al tráfico ilegal. Este artículo se puede estructurar en tres apartados:

**A) Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.**

Este párrafo del art 43.4 del ET ofrece apodíctica claridad en su enunciado, y en coherencia el TS ha establecido que “la opción tiene el sentido de proteger el posible

---

<sup>21</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción (como lo será normalmente) por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición”<sup>22</sup>.

Pero en este sentido, hay que hacer una diferencia entre, si en la cesión ilícita aparecen implicadas una empresa privada o una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas).

En el primer caso, el trabajador sometido al prestamismo laboral tiene derecho, como literalmente reconoce el art 43.4 ET, a adquirir la condición de fijo. Pero para el caso de que la cesión se haya suscitado a raíz del despido del trabajador por parte de la empresa y una vez que el trabajador ha optado por una de las dos empresas, la empresa elegida tendrá la opción de readmitir o indemnizar al trabajador (despido improcedente);<sup>23</sup> salvo que éste ostente la condición de legal representante de los trabajadores, en cuyo caso ese derecho viene otorgado en el artículo 56.4 ET, o bien esté amparado en el Convenio Colectivo de aplicación.

En el segundo caso (Administraciones Publica), el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no como trabajador fijo; esto se debe a que el acceso al empleo en las Administraciones Públicas se rige por los principios de igualdad, publicidad y mérito; es decir, para adquirir la condición de trabajador fijo en las

---

<sup>22</sup> STS, de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 339/2009).

<sup>23</sup> “condenando a aquél de los demandados sobre quien recaiga la elección de cada trabajador, que deberá realizarse en el plazo de una audiencia mediante escrito o comparecencia ante la Sala, a optar entre la readmisión de los trabajadores o el abono a los mismos de la indemnización correspondiente a un despido improcedente en razón a la antigüedad y salario de cada uno de aquellos.” (STS, de 20 de mayo de 2015 (Rec. 179/2014)).

Administraciones Públicas, se requiere la superación de un concurso de méritos, sin ser posible adquirir esa condición de fijo a través del art 43.4 ET.<sup>24</sup>

Es importante recalcar una importante premisa que exige la doctrina del TS, acerca del momento temporal propio de la acción ejercitada a amparo del 43 ET, según la cual, es una exigencia que la cesión ilegal esté vigente en el momento de la presentación de la demanda en los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la reclamación de su situación de fijeza en la empresa cedente o en la cesionaria, afirmando en la STS de 31 de mayo de 2017 Rec. (463/2017), "... 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. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".<sup>25</sup>

#### **B) Tener las condiciones ordinarias de un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo.**

La mayor problemática que encontramos en este artículo es la referida a la diferencia salarial no prescrita entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos en la empresa cedente, la doctrina del TS en este tema ha venido evolucionando.

En un primer momento (STS de 15 de noviembre de 1993), se niega el derecho impetrado porque "las consecuencias económicas pedidas no están acogidas en tal disposición" (art 43 ET). Más tarde en la STS de 21 de marzo de 1997 concede estas diferencias salariales, pero matizando que no todas las cesiones ilegales son iguales, ya que es diferente si se trata de dos empresas reales, o una real y otra ficticia, en cuyo caso "la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal".

---

<sup>24</sup> STS, de 28 de abril de 2009 (Rec. 66/2008) y de 20 de mayo de 2015 (Rec. 179/2015).

<sup>25</sup> También en STS, de 28 de febrero de 2018 (Rec. 3885/2015) y de 21 de junio de 2016 (Rec. 2231/2014).

Es en la STS de 14 septiembre de 2001, cuando la que la jurisprudencia da un giro, y reconoce la existencia de dos tipos de cesión ilegal (empresa real o empresa aparente) y establece que “el fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”; y posteriormente la STS de 30 de noviembre de 2005, aplica esta doctrina anterior y estima que la reclamación de diferencias salariales (que no se habían planteado en el supuesto resuelto en la resolución anteriormente citada) es procedente, considerando la viabilidad de su inclusión en el silencio del art 43 ET.

La jurisprudencia también ha arrojado luz sobre la diferencia salarial para aquellos supuestos en que la retribución resulta superior en la empresa cedente, respecto a la empresa cesionaria y una vez que el trabajador ejercito su derecho de opción, eligiendo la empresa cesionaria. En este caso se ha establecido que “la previsión normativa sobre equiparación salarial tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de «espigueo» entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley; espigueo que ha sido objeto de rotundo y habitual rechazo por parte de la jurisprudencia”.<sup>26</sup>

### **C) si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.**

El mayor problema que se puede plantear en relación con la antigüedad en la cesión ilegal está relacionada con el computo de la misma en el caso de un trabajador con sucesión de contratos; y para resolverlo el TS ha unificado la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo que en definitiva establece “en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se les haya quitado valor con carácter general a las interrupciones superiores a treinta días,

---

<sup>26</sup> STS, de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 339/2009).

cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente”<sup>27</sup>

## **4- TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

### **4.1-LEGITIMACIÓN**

**a) Legitimación activa:** sujetos con titularidad para promover la acción de cesión ilegal.

1- Trabajador: Los trabajadores están legitimados para ejercitar la acción de cesión ilegal; y se puede hacer de forma individual o plural.<sup>28</sup>

2- Sindicatos: Los segundos legitimados en un procedimiento de cesión ilegal serían los sindicatos; y aunque el artículo 20<sup>29</sup> de la LRJS<sup>30</sup>, establece que es necesario que el trabajador este afiliado al sindicato que va a actuar en un proceso, en STC de 29 de octubre de 2001, Recurso de amparo 1990/1999<sup>31</sup>, ha establecido que “es posible

---

<sup>27</sup> SSTs de 8 de marzo de 2007, (Rec. 175/2004), de 17 de diciembre de 2007, (Rec. 199/2004) y de 18 de febrero de 2009, (Rec. 3256/2007).

<sup>28</sup> Artículo 19.1 de la LRJS: “La demanda podrá presentarse bien individualmente, bien de modo conjunto, en un solo escrito o en varios y, en este caso, su admisión a trámite equivaldrá a la decisión de su acumulación, que no podrá denegarse salvo que las acciones no sean acumulables según esta Ley.”

<sup>29</sup> Art 20.1 de la LRJS: “Los sindicatos podrán actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen, para la defensa de sus derechos individuales, recayendo en dichos afiliados los efectos de aquella actuación.”

<sup>30</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>31</sup> “los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8, o art. 5, parte II Carta Social Europea), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los

considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores. Queda pues clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores.”

3- De oficio: En la LRJS se permite a la autoridad laboral, previa acta de infracción ante la misma, promover las acciones necesarias cuando aprecie perjuicios económicos para los trabajadores.<sup>32</sup>

En estos procedimientos según la jurisprudencia del TS, se establece que, a raíz de lo previsto en el artículo 148 LRJS, en todos los procedimientos tramitados de oficio, la Administración del Estado tiene la condición de parte a todos los efectos, esta doctrina se establece al amparo del derecho fundamental de defensa del artículo 24 CE.<sup>33</sup>

#### **b) legitimación pasiva:**

1- Los empresarios: Tendrán legitimación pasiva tanto la empresa cedente como la cesionaria.

2- Los grupos de empresas: Estarán legitimadas pasivamente las empresas integradas en un grupo empresarial, siempre que la resolución que se dicte en el proceso pueda afectarles.

Cabe mencionar en estos apartados, la cuestión relativa al litisconsorcio pasivo necesario que, inicialmente, está previsto para los supuestos en los que, por razón de lo

---

trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos desde la perspectiva constitucional “no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado”, pues “cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo”.

<sup>32</sup> STSJ de Cataluña (Barcelona) de 15 de diciembre de 2001 (Rec. 1138/2011), y de 12 de noviembre (Rec. 3941/2013).

<sup>33</sup> STS, de 14 de marzo de 2006 (Rec. 133/2005).



que sea objeto del proceso, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados.

Existen criterios divergentes en relación con los supuestos de responsabilidad solidaria, dado que mientras hay autores que sostienen que, en todo supuesto de responsabilidad solidaria, cabe accionar frente a cualquiera de los supuestos responsables, otros autores añaden que, desde el punto de vista de la práctica procesal, las obligaciones solidarias han de ser tratadas como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Consiguientemente, según este criterio se debiera exigir la concurrencia al proceso de todos los obligados solidarios en aras a garantizar el principio de contradicción; respecto a este criterio de solidaridad se ha establecido que “El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y con ello, evitar la indefensión de la empresa no demandada en juicio en el supuesto de resultar condenada. Según este criterio, se trataría de traer al proceso a todos los posibles implicados para debatir y determinar la existencia o no de dicha responsabilidad; y ello, tanto en los supuestos en que el litisconsorcio venga impuesto por una norma positiva como también cuando tal exigencia se desprenda de la propia naturaleza de la relación jurídico material controvertida. Se entiende que, aunque en el orden social rija el principio dispositivo y de aportación de parte, el juez de la instancia tiene encomendada la tarea de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de litisconsorcio pasivo, pudiendo, o incluso, estando obligado éste a denunciar de oficio la ausencia de alguno de los obligados, dada la naturaleza de orden público procesal de esta figura”<sup>34</sup>

En este sentido cabe citar la STSJ de Castilla la Mancha (Albacete), de 25 de septiembre de 2012, (Rec. 866/2012) “el acreedor puede dirigirse indistintamente como hemos dicho contra todos o alguno de los deudores, es claro que no está obligado a demandar más que a aquellos frente a los que quiere hacer efectivo el crédito, sin que pueda ser compelido a dirigir su acción frente a otros deudores distintos. La regla general descrita no se aplica para el caso particular de que la solidaridad no se encuentre constituida porque los deudores no se han obligado expresamente con tal carácter, o no reconocen la concurrencia del presupuesto de hecho al que la ley vincula el efecto. Por

---

<sup>34</sup> DULCE SORIANO CORTES, “Aspectos procesales de las contratas”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 90, 2007, págs. 107-130.

ejemplo, porque se niegue la existencia de cesión ilegal o sucesión empresarial. En tal supuesto sí nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, porque todavía no existe solidaridad, que es precisamente el tipo de responsabilidad que el acreedor quiere hacer valer con su acción, siendo en tal caso la resolución que la declara de contenido constitutivo en relación a dicha responsabilidad solidaria, y palmario que la consecuencia no puede producirse sin llamar a juicio a todas las partes interesadas.”

3- La Administración del Estado: Se dará cuando la administración actúa como empresario; Y corresponderá normalmente al abogado del estado, según lo establecido en el artículo 22.1 LRJS y 1.1 de la ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado y las Instituciones Públicas.

## **4.2-PRESCRIPCION Y CADUCIDAD**

Del art 43.2 ET, se entiende que para ejercitar la acción de cesión ilegal por parte del trabajador es necesario que la cesión subsista, de modo que si la cesión concluye no cabe el ejercicio de esa acción.<sup>35</sup> No obstante, es posible accionar frente a las empresas, la ilegalidad de una cesión cuando se produce un despido y la cesión siguió subsistiendo, ello se permite para conseguir la condena solidaria de ambas empresas cedente y cesionaria. De todo esto se desprende que el plazo de caducidad para la cesión ilegal en procedimientos de despido será el genérico de 20 días (art 59.3 ET).

En cuanto a la prescripción en la reclamación de las diferencias salariales que existen entre lo percibido por la empresa cedente y lo que realmente se debió percibir por la empresa cesionaria, una vez declarada la cesión ilegal, el TS ha establecido que “la prescripción se computa desde la fecha en que se pudieron reclamar las citadas diferencias [su devengo], sin que la interrumpa la reclamación presentada por cesión ilegal, porque

---

<sup>35</sup> "Es cierto 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"; (STS, de 8 de julio de 2003 (Rec. 2885/2002)).

la tramitación de un procedimiento declarativo no afecta a la obligación de reaccionar en evitación de la prescripción”<sup>36</sup>

### **4.3-ACUMULACIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL CON OTRAS ACCIONES**

La acumulación de acciones en el ámbito laboral viene regulada en la LRJS, en los artículos 25-41. El sentido de la posibilidad de acumular acciones se establece como garante de la coherencia, la eficacia y la agilidad en las resoluciones judiciales.

La acumulación de la cesión ilegal tiene como regla general la establecida en el art 26.1 LRJS “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 5 de este artículo, en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 33, no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...”<sup>37</sup>.

De esta regla general desprende que la acción de despido no se puede acumular con otras acciones; pero por parte del alto tribunal se ha permitido “que, en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de 'cuestión previa' o 'cuestión prejudicial interna', necesarias para establecer las consecuencias del despido.”<sup>38</sup>

Por parte de la jurisprudencia se ha razonado que, “para el caso de una eventual cesión ilegal de trabajadores a que se refiere el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores; si el trabajador es despedido, puede perfectamente accionar por despido frente a todas las empresas implicadas en dicha cesión ilegal ya que, de conformidad con el apartado 3 de dicho artículo, el trabajador puede optar por integrarse en la empresa cedente o en la cesionaria. La acción de despido ejercitada frente a todas las empresas implicadas en una

---

<sup>36</sup> STS 11 de febrero de 2014 (Rec. 544/2013).

<sup>37</sup> STS, de 12 de febrero de 2008 (Rec.61/2007).

<sup>38</sup> STS, de 14 octubre de 2009 (Rec. 7823/2009).

eventual cesión ilegal de trabajadores no constituye por ello acumulación indebida de acciones ya que, producido el cese del trabajador, éste dispone de la única acción posible y viable que es la acción de despido.”<sup>39</sup>

#### **4.4-MODALIDAD PROCESAL PARA LA CESIÓN ILEGAL**

Las modalidades procesales procedente para entablar una reclamación sobre cesión ilegal de trabajadores, pueden ser:

A) Mediante procedimiento ordinario formulado exclusivamente en relación con la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores.

B) A través de un proceso por despido en el que se cuestiona quien es el verdadero empleador. La cesión ilegal se tratará como cuestión previa o cuestión prejudicial interna, al permitirse la acumulación de acciones por la jurisprudencia.<sup>40</sup>

C) A través de un proceso de conflicto colectivo: No obstante, esta modalidad ha propiciado pronunciamientos diversos en relación con la idoneidad de este proceso matizando que, tras la entrada en vigor de la LRJS, y concretamente al amparo del artículo 153.1 LRJS, se ha ampliado el ámbito de los conflictos colectivos. En este sentido cabe citar la STS de 4 de octubre de 2016, (Rec. 232/2015), en la que, el Alto Tribunal ha señalado que cuando “concurren intereses colectivos susceptibles de individualización, la clave que finalmente resulta decisiva y determinante para constatar la adecuación de una u otra modalidad procesal consiste en atender al tipo de valoraciones, más o menos concretas, que el examen y resolución de la cuestión planteada requieren: si la pretensión formulada puede resolverse de forma abstracta, sin atender a situaciones particulares de cada trabajador, habrá que considerar adecuada la vía del proceso de conflicto colectivo, sin perjuicio de que, con posterioridad y tras la nueva regulación dada por la LRJS, sí pueda ser necesaria la atención a las circunstancias individuales a efectos de ejecución de sentencia; por el contrario,

---

<sup>39</sup> STSJ de Castilla la Mancha, de 14 de noviembre de 2001 (Rec. 1401/2001).

<sup>40</sup> Tal y como se ha recogido en el párrafo segundo del punto 4.3.

cuando estemos ante demandas cuya solución exija tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los sujetos afectados, entonces la tramitación habrá de realizarse por la vía del proceso ordinario.<sup>41</sup>

## **5- EL CASO HUNOSA-SADIM**

### **5.1- PRESENTACIÓN**

El supuesto que analizaremos a continuación se refiere a las condiciones de contratación de servicios realizada entre dos entidades pertenecientes a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, HUNOSA y SADIM, y al examen de las condiciones laborales de los trabajadores de SADIM que prestan el servicio contratado por HUNOSA.

Como preámbulo a la exposición del supuesto de hecho, hemos de adelantar la validez jurídica de las contrataciones llevadas a cabo entre empresas del mismo grupo, y la perfecta legalidad de ocupar a trabajadores de una para llevar a cabo el servicio contratado por la otra.

Ahora bien, el intercambio de servicios y la realización de los mismos por trabajadores pertenecientes a una y otra empresa, es legítimo siempre que dicha cesión no encubra un fraude en los derechos de los trabajadores, como podría suceder en el supuesto que analizaremos, en el que, se discute la existencia del incumplimiento de las normas elementales que expondremos, y un perjuicio para los trabajadores que, frente a

---

<sup>41</sup> En esta línea se ha pronunciado nuevamente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su Auto de 2 de febrero de 2017 (recurso 1854/2016), al inadmitir un recurso de casación para la unificación de doctrina que examinaba la aptitud del procedimiento de conflicto colectivo para tramitar este tipo de reclamaciones, concluyendo que “En cuanto a la pretensión de cesión ilegal de trabajadores, la Sala considera que la redacción dada al art. 153.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha ampliado el campo de los conflictos colectivos, debiendo admitirse ahora la idoneidad de la modalidad procesal del conflicto colectivo, cuando concurren todos los elementos para la misma”.

las retribuciones reconocidas en el Convenio Colectivo de Hunosa<sup>42</sup>, vienen siendo retribuidos por el Convenio de Oficinas de despachos.<sup>43</sup>

Como antecedentes relatamos los siguientes datos:

-Mediante escritura de 13 de abril de 1999, es constituida la sociedad anónima unipersonal, Sociedad Asturiana de Diversificación Minera (SADIM) siendo su socio único la entidad Hulleras del Norte Sociedad Anónima (HUNOSA).

-Su domicilio social quedó fijado en la Avenida de Galicia número 44 de Oviedo, coincidente con el domicilio social de Hunosa.

-Su objeto social está constituido por: la realización de trabajos de consultoría, asistencia técnica y ejecución directa para personas física o jurídicas, públicas o privadas, en el ámbito de la ingeniería minera, ingeniería y gestión industrial, ingeniería ambiental, geología, topografía, cartografía, informática, gestión de recursos humanos, formación de personal, análisis y prevención de riesgos laborales, así como cualquier otra actividad que, anteriormente vincula a las labores de extracción de mineral que constituye el objeto de la sociedad fundadora HUNOSA, pueda desarrollarse fuera de este concreto ámbito. Asociarse con otra u otras personas físicas o jurídica, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, directamente o mediante la constitución de nuevas sociedades, y bajo la fórmula jurídica de Agrupaciones de Interés Económico, Agrupaciones Europeas de Interés Económico, “Joint Venture”, sociedades de capital, o cualquier otro tipo asociativo, para la realización de las actividades relativas a su objeto social. Promover inversiones en el ámbito de su objeto social relativo a las labores de reindustrialización y potenciación de la inversión empresarial en los municipios situados en su área de influencia, mediante la participación en el capital social de otras sociedades a constituir

---

<sup>42</sup> Resolución de 20 de noviembre de 2014, de la Consejería de economía y empleo, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo de empresa nacional Hulleras del norte, S.A (Hunosa) en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo.

<sup>43</sup> Resolución de 2 de febrero de 2018, de la Consejería de empleo, industria y Turismo, por la que se ordena la inscripción de la tabla salarial para el año 2018 del Convenio Colectivo del sector oficinas y Despachos en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de la Dirección General de Trabajo.

o preexistentes. Promover la captación de recursos ajenos para las sociedades en las que participe. Realizar actividades que puedan contribuir al desarrollo económico y saneamiento medioambiental de la zona de influencia de HUNOSA.

-Las actividades designadas como objeto social en la escritura de SADIM ya venían siendo ejecutadas por HUNOSA al menos desde octubre de 1996 y la constitución de dicha sociedad tenía como finalidad crear un instrumento que otorgase agilidad al desarrollo de estas actividades para la selección de personal, facturación, contratación.

-Todo el personal con vinculación temporal que trabajaba en el departamento de estudios de HUNOSA, al tiempo de la constitución de SADIM, pasó a convertirse de modo automático en personal adscrito a esta última, continuando el desarrollo de la misma labor y en las mismas dependencias de HUNOSA en las que había trabajado anteriormente, y en colaboración y bajo la dirección de aquél personal de HUNOSA que, por poseer relación laboral indefinida con la misma, continuó adscrito a su plantilla.

-SADIM no contaba con trabajadores de otra procedencia que los que hasta entonces habían prestado servicios en HUNOSA.

-Todas las decisiones relativas a la vida social y actividad de SADIM son adoptadas por su socio único HUNOSA.

-La entidad HUNOSA realiza concurso público para la adjudicación del servicio soporte integral del departamento de informática de HUNOSA por primera vez el 1 de marzo 2010, sucediéndose nuevos contratos entre HUNOSA Y SADIM, formalizándose el último de los cuales el 1 de marzo de 2017; estas funciones venían siendo ejecutadas por HUNOSA, a través de trabajadores temporales, que al tiempo de la constitución de SADIM, pasaron a formar parte de esta, desarrollando las mismas labores y en las mismas dependencias que en HUNOSA. Mas tarde el socio único de SADIM (HUNOSA), traslada el domicilio social de SADIM de Avenida de Galicia (Oviedo) a Ciaño.

El pliego de condiciones del contrato suscrito entre las empresas demandadas contiene varias condiciones resaltables:

A) Los medios materiales: “el personal de la contrata deberá trabajar en el edificio social de HUNOSA, no obstante, dicho personal ocupara espacios de trabajo

diferenciados del que ocupan empleados de HUNOSA y a tal efecto se les cederá en régimen de alquiler y por el que debe abonar la cantidad de 900 euros mensuales.”

En cuanto a los medios de trabajo serían aportados por la empresa contratada: “la UTE expone a continuación los principales medios que pone a disposición de HUNOSA para la prestación del servicio: PC de sobremesa o portátil, puesto de trabajo con mesa, silla, armario y teléfono fijo individual, teléfono móvil, para el responsable del proyecto...”

B) Recursos materiales del equipo de trabajo: “HUNOSA solo proporcionara un puesto de trabajo para cada recurso, compuesto por mobiliario y conexión a la red corporativa.”

C) Los medios humanos: “para cubrir todos los servicios de forma eficiente en base a la experiencia en contratos anteriores se exige un mínimo de 14 personas en jornada completa.”

D) Responsable del proyecto (responsable de área): “durante la vigencia del contrato deberá haber un responsable del proyecto. Se encargará de presentar los informes de seguimiento de los distintos servicios, realizando entre otras funciones:

- Recibir y transmitir cualquier comunicación que el personal de la empresa contratista deba realizar a HUNOSA en relación con la ejecución del contrato a través del coordinador, técnico o interlocutor designado.
- Controlar el cumplimiento de las normas laborales de la empresa, en particular en materia de asistencia del personal al lugar de trabajo y disfrute de vacaciones, de manera que no se perturbe la prestación del servicio contratado.
- Informar a HUNOSA de los empleados de la contratista que dejen de estar adscritos a la ejecución del contrato, en especial a los efectos de poder gestionar adecuadamente los medios de trabajo de que aquellos hubieran supuesto.

E) Responsable de área (in-situ): “deberá haber un responsable para cada área. Se encargará de coordinar, organizar reuniones de seguimiento, trabajar con los interlocutores de HUNOSA e impartir ordenes e instrucciones a su personal sobre la forma de ejecutar el trabajo, así como supervisarlos.



Los trabajadores contratados formalmente por SADIM, que vienen desarrollando dichas funciones para HUNOSA, y que previamente estuvieron contratados a través otras empresas (ej.: NETINEX SA) o por ETTs formalizan en marzo de 2010, contrato de trabajo con SADIM para prestar los servicios de programadores informáticos, aplicándoseles el convenio de oficinas y despachos; desde entonces presta servicios en el centro de trabajo que es el departamento de informática de HUNOSA, en Avenida de Galicia de Oviedo.

En diciembre de 2017, SADIM inicia un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores para el establecimiento de un ERTE de reducción de jornada y de una Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo consistente en una importante reducción salarial, concluyendo el ERTE con acuerdo suscrito por los representantes de los trabajadores y la empresa, y sin acuerdo respecto a la reducción salarial.

Los trabajadores deciden formular demandas en una doble vertiente, por un lado interesando la declaración de cesión ilegal de trabajadores por entender que su verdadera empleadora es HUNOSA, y por otro lado, frente a los acuerdos adoptados por SADIM, tanto en cuanto al acuerdo de reducción de jornada, como en cuanto a la reducción salarial, adoptada sin acuerdo, dado que, sin perjuicio de otras razones de forma, consideran que los datos aportados para tratar de fundar dichas medidas, se refieren únicamente a la situación económica de SADIM aun cuando su verdadera empleadora es HUNOSA, de la que nada se menciona.

Al estar íntimamente relacionados los motivos de impugnación de la reducción de jornada y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo con el prestamismo laboral y la averiguación de la verdadera empleadora, los demandantes se cuestiona la conveniencia de revisar el artículo 26 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que hace referencia a la acumulación de acciones, cuestión ésta a la que posteriormente nos referiremos.

En cuanto al examen de las circunstancias concurrentes en la relación laboral de los trabajadores, precisaremos los aspectos que pueden determinar la prosperabilidad de las acciones judiciales llevadas a cabo, y en concreto la relativa a la cesión ilegal de trabajadores.

## 5.2-INDICIOS

En este caso, según los primeros hechos conocidos sobre las condiciones laborales de los trabajadores, se apreciaron indicios de una cesión ilegal:

a) Prestación de servicios en la oficina de HUNOSA de Oviedo:

Los trabajadores han tenido su centro de trabajo en Avenida Galicia, en las dependencias de HUNOSA a pesar de que, en diciembre del año 2014, tras diversos pronunciamientos de prestamismo laboral entre ambas entidades, SADIM trasladó su domicilio social a Ciaño.

Desarrollan su actividad en la misma dependencia en la que prestan servicios la jefa de servicio de proyectos económicos de HUNOSA; junto al jefe de servicios de proyectos, RRHH y prevención de HUNOSA y el jefe del departamento de informática de HUNOSA; en una estancia abierta y conjunta para todos ellos. Y ello aun cuando en el pliego de contratación se establecía que los trabajadores de SADIM tendrían puesto diferenciados de los que ocupan los trabajadores de HUNOSA.

Además del Jefe de Departamento de Informática, y los jefes de los Servicios integrados en dicho Departamento (todos ellos personal de HUNOSA), junto a los demandantes, y realizando funciones idénticas a las desarrolladas por éstos, prestaban servicio igualmente otros trabajadores pertenecientes a la plantilla de HUNOSA.

b) Utilización de los medios materiales aportados por HUNOSA:

Todos los medios materiales empleados, necesarios para el desempeño de las funciones de su puesto de trabajo (ej. equipos informáticos, mobiliario, material de oficina, etc.); han sido siempre suministrados y son propiedad exclusiva de HUNOSA, en contra de lo establecido en el art 43.2 ET<sup>44</sup> y del pliego de las condiciones establecidas al respecto en el pliego de contratación.

---

<sup>44</sup> Art 43.2 ET: “no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad”.

c) Formación recibida por una empresa externa, pagada por HUNOSA y formación recibida directamente de HUNOSA:

En pliego de condiciones, relativo a los medios materiales y humanos se establece que, “la formación de los trabajadores de la contrata correrá a cargo de la empresa contratista, que se realizaran fuera de la jornada laboral y a su costa”.

Sin embargo, los cursos que recibían los demandantes eran impartidos bien por HUNOSA directamente, o bien por empresas externas contratadas por HUNOSA; desconociendo SADIM la asistencia de sus trabajadores a estos cursos que incluso, se llevaban a cabo dentro del horario laboral.

d) Órdenes recibidas directamente por personal de HUNOSA:

Si bien en el pliego se establece que habrá un responsable de área cuyas funciones, aparte de otras muchas, serian:

- Actuar como interlocutor único, cabalizando la comunicación entre HUNOSA y el equipo de trabajo adscrito al servicio.
- Distribuir el trabajo entre el personal encargado de la ejecución e impartir ordenes e instrucciones de trabajo que sean necesarios en relación a la prestación del servicio.
- Supervisar el correcto desempeño por parte del equipo de trabajo de las funciones asignadas.

Sin embargo, dicha figura era exclusivamente aparente puesto que la persona formalmente designada como tal, ni acudía a las oficinas de Avenida Galicia, ni dirigía el trabajo, ni impartía órdenes, ni tan siquiera conocía la actividad que se llevaba a cabo.

La empresa SADIM nunca ejerció las funciones inherentes a su condición de empresario y contradijo lo establecido tanto en el pliego como en el propio Estatuto de los Trabajadores.<sup>45</sup>

Tanto de la jefa de servicios de proyectos económicos y logísticos en el departamento de informática de HUNOSA, como del jefe del servicio de proyectos, RRHH y prevención del mismo departamento, eran los encargados de impartir todas las

---

<sup>45</sup> Art 43.2 ET: “no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

ordenes e instrucciones, así escritas como verbales; estos jefes son quien exclusivamente distribuyen organizan y planifican el trabajo de los trabajadores sometidos a cesión.

e) Contratación de los trabajadores en el momento de la contratación de los servicios con la empresa principal

Los demandantes venían trabajando, con contratos temporales, para HUNOSA y pasan a integrar la plantilla de SADIM en el momento de su constitución, continuando desempeñando las mismas funciones y en el mismo lugar de trabajo en el que lo venían haciendo hasta entonces; SADIM no contaba con personal cualificado en el momento de la adjudicación del contrato integrando en su plantilla a los demandantes, que, como dejamos expuesto, venían trabajando con anterioridad para la propia HUNOSA, entidad aparentemente contratante del servicio.

Esto contraviene la jurisprudencia, al establecer que existe una cesión ilegal de trabajadores cuando por parte de la cedente no existe una estructura empresarial estable y organizada, cuando no se ponen tales medios al servicio de la obra en cuestión, o cuando se trata de una empresa ficticia o aparente.<sup>46</sup>

f) Vacaciones:

Si bien el pliego de condiciones establecía que las mismas deberían de ser consensuadas con HUNOSA, cuestión ésta perfectamente admisible y legal, lo cierto es que, en el supuesto que tratamos, la realidad era que los trabajadores de SADIM, solicitaban las vacaciones directamente a los Jefes del departamento de HUNOSA, y estos daban su visto bueno tras organizar los descansos del servicio, tanto en relación a los trabajadores propios de HUNOSA como a aquellos que formalmente figuraban como trabajadores de SADIM; y era entonces cuando los trabajadores de SADIM, enviaban un correo a la responsable de área de SADIM, con los días de vacaciones autorizados por los responsables de HUNOSA, sin adoptar aquella, en ningún momento, decisión alguna sobre dichos descansos. Además, cuando los trabajadores de HUNOSA con los que compartían trabajo, disfrutaban sus vacaciones eran sustituidos por los trabajadores de SADIM y viceversa.

---

<sup>46</sup> Tal y como se recoge en el apartado 3.2.

g) Control de fichaje:

A pesar de que la responsable de área tenía como funciones: el control del cumplimiento de las normas laborales de la empresa, en particular en materia de asistencia del personal al lugar de trabajo; esta persona no tenía ningún tipo de control ni conocimiento sobre el procedimiento de como se hacía, ya que esto estaba en manos de HUNOSA, siendo sus superiores jerárquicos de HUNOSA, los que realizaban el control de asistencia y fichaje

h) Comunicación con otros miembros de departamentos de HUNOSA:

Los trabajadores demandantes, en el desempeño de su quehacer diario, comunicaban directamente con otros trabajadores de Hunosa, tanto para la resolución de cuestiones planteadas entre distintos departamentos, como para el intercambio de información o datos precisos para la resolución de las tareas que tenían encomendadas, sin ningún intermediario de la entidad formalmente empleadora (SADIM).

i) Reuniones como miembro de departamento de HUNOSA:

Las reuniones internas de trabajo en el departamento de Informática de Hunosa eran decididas, convocadas y organizadas por el Jefe de Departamento (trabajador de Hunosa) y por los respectivos Jefes de Área (todos ellos personal de Hunosa), sin intervención alguna del responsable de SADIM.

j) Trabajos realizados para clientes externos de HUNOSA:

Del mismo modo, asistían y eran convocados a reuniones de trabajo con clientes externos de HUNOSA, decididas, convocadas y organizadas por los respectivos jefes de HUNOSA.

### **5.3-PROCEDIMIENTO SEGUIDO**

Los actores acuden al despacho para informarse sobre la posible existencia de la cesión ilegal y la posible impugnación de las modificación de las condiciones de trabajo, sobre el 17 de diciembre de 2017.

En fecha 10 de enero de 2018, se interpone papeleta de conciliación ante la UMAC, y, una vez celebrada la preceptiva conciliación, y terminada con el resultado de intentado sin avenencia, se da paso a la vía judicial.

El planteamiento de cesión ilegal coincidía con una serie de medidas colectivas adoptadas por SADIM en relación con la retribución y a la jornada laboral de la plantilla de esta entidad.

Concretamente con la tramitación de un ERTE negociado con la representación de los trabajadores de dicha entidad, y que finalizó con un acuerdo suscrito entre la empresa y el Comité, para la reducción temporal de la jornada laboral en un 25%, medida que fue implantada a la totalidad de la plantilla, incluidos los demandantes.

Simultáneamente se llevó a cabo la tramitación de una Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo consistente en una reducción salarial que suprimía determinados complementos que venían percibiendo la mayoría de la plantilla de SADIM. Este expediente colectivo finalizó sin acuerdo con el Comité. Dicha medida fue, no obstante, acordada por la empresa y comunicada a cada uno de los trabajadores afectados.

La empresa fundaba ambas medidas (reducción de jornada temporal y reducción salarial) en los negativos resultados económicos de la entidad, que fueron expuestos al Comité de Empresa durante el transcurso de las negociaciones.

Los actores, que presentan el escrito de demanda en fecha 25 de enero de 2018 ante el Juzgado de lo Social único de Mieres, consideraban que las medidas no debían serles impuestas por varias razones: una de índole formal, otras de fondo, al no estar conformes con los datos económicos que las fundaban, y finalmente porque, considerando la existencia de una cesión ilegal o prestamismo laboral, su considerada relación laboral con HUNOSA no permitiría la adopción de dichas medidas en base a la situación económica de SADIM, su empleadora aparente.

Como quiera que existía una interrelación entre el prestamismo laboral y la oposición a las medidas antedichas, se valoró la presentación de demandas conjuntas, es decir, la formalización de una demanda que acumularía la pretensión de prestamismo laboral y modificación sustancial de condiciones de trabajo consistente en la reducción

salarial, y otra que acumularía la cesión ilegal con la medida de reducción de jornada. Y como era previsible, se instó a los demandantes a continuar con una sola de las pretensiones acumuladas en dichas demandas.

Se opta por mantener las solicitudes de reducción salarial y de modificación de condiciones de trabajo (que tienen un plazo de caducidad)<sup>47</sup> y simultáneamente formalizar demanda separada de prestamismo laboral.

Como dichos procesos se siguieron ante un juzgado territorialmente competente y único (el Juzgado de lo Social de Mieres) ante la problemática planteada por la interrelación de las cuestiones planteadas, el propio juzgado articuló los señalamientos de tal modo que pudiere conocer sobre la cuestión de la cesión ilegal y posteriormente sobre el ERTE y la MSCT.

Es por ello que apuntaba al inicio de la exposición del caso práctico, la limitación en la acumulación de acciones por razón de la materia( que, en aplicación del artículo 26 de la LRJS puede limitar el derecho de las partes y muy en concreto el derecho de los trabajadores demandantes en este supuesto, dado que, obviamente, si cabe demanda individual sobre resoluciones adoptadas colectivamente (artículos 138 LRJS ), se dan supuestos en los que la aplicación de la medida colectiva puede resultar viable para determinados trabajadores y absolutamente insostenible para otros, como en el supuesto que nos ocupa. Y teniendo en cuenta que, en la mayoría de los territorios con Juzgados de lo Social, existen varios Juzgados, podrían existir pronunciamientos perjudiciales y/o contradictorios.

De hecho, en el supuesto analizado, el Juzgado de lo Social de Mieres se pronunció en primer lugar en el proceso de cesión ilegal, y posteriormente en los dos restantes considerando las pretensiones de esta parte con base, entre otros, en la verdadera relación laboral entre los demandantes y HUNOSA.

---

<sup>47</sup> El plazo establecido será de 20 días se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas. Tal y como establece el art 59.4 ET.

El 9 de marzo de 2018, son citadas las partes para la celebración del correspondiente acto previo de conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia; y tras ello los juicios orales.

El 27 de marzo recae Sentencia del Juzgado de los Social Único de Mieres, autos 67/2018, en la que se estima la demanda declarando la existencia de cesión y concediendo a los demandantes el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria; concluyendo en relación con la cesión ilegal que “Las cuestiones atinentes a las efectivas condiciones de trabajo de los demandantes se han estimado probadas en virtud de relato seguro, uniforme, sin quiebras lógicas de los testigos examinados a instancia de aquella parte.... quienes han ofrecido detallada narración sobre todos los extremos relevantes para la litis en punto al trabajo en el departamento de Informática de HUNOSA (...) no hay rastro de actuación alguna como empleadora de SADIM”.

## **5.4-RECURSO**

### **Recurso de suplicación ante el tribunal superior de justicia**

El recurso de suplicación presentado por HUNOSA Y SADIM, tuvo por objeto la nulidad de actuaciones (artículo 193.a LRJS) y el examen de infracciones de normas sustantivas y jurisprudenciales (artículo 193.c LRJS).

El primer motivo en el que se basaron las demandadas fue la nulidad de actuaciones por vulneración de garantías constitucionales, al considerar que se habían introducido hechos nuevos no alegados en la demanda. Por parte de los actores se interesó la desestimación del primer motivo del recurso basándose en que la demanda cumplió todos los requisitos que exige el artículo 80.1 c) del ET, tal y como estima la Sentencia en su fundamento jurídico primero y, en consecuencia, carecía de fundamento la pretensión contenida en el primero de los motivos de recurso de la contraparte.

El segundo motivo basado también en la nulidad de actuaciones se fundamenta en la vulneración del derecho de defensa, por no haberse admitido el interrogatorio del consejero delegado de SADIM, que las demandadas pretendieron inicialmente en



condición de testigo, y subsidiariamente como interrogatorio de parte; afirmando que ha existido vulneración de sus respectivos derechos a utilizar los medios de prueba que redunden en la defensa de sus derechos e intereses.

El motivo de impugnación por los demandantes se basó en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.”

Como ultimo motivo del recurso, se pretende la infracción de normas del artículo 43 ET al entender que o no se motiva o motiva erróneamente sobre las circunstancias que concurren en este caso, y añade que ninguna de las circunstancias fácticas reflejadas en la sentencia es demostrativa de la cesión ilegal.

En respuesta a este motivo, se alega que por parte de las demandadas se limitan a ofrecer su particular versión sin fundamentar la misma, sin haber pretendido modificación del resto de los hechos probados que son definitivos para la conclusión última, y de nuevo haciendo referencias genéricas a la prueba, que ni concreta ni señala ni explica.

Efectuados los trámites antes dichos, se elevan los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, con el recurso y los escritos de impugnación presentados por las partes.

En fecha 25 de julio de 2018, la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias resuelve recurso desestimando íntegramente las pretensiones de los recurrentes.

## **6-CONCLUSIONES**

Tras haber analizado, en la primera parte del trabajo, los aspectos más relevantes de la cesión ilegal de trabajadores en general; y en la segunda parte mucho más práctica, gracias al caso HUNOSA-SADIM, que considero un ejemplo claro de lo que sucede en

numerosas empresas en la actualidad, creo que es importante explicar que me llevo a elegir este tema.

Cuando comencé las prácticas en un despacho de derecho laboral, el primer asunto que pude conocer y seguir en primera persona, desde su inicio hasta la actualidad fue el caso desarrollado en el presente trabajo. Este asunto fue mi primer acercamiento a un caso real, distinto a toda experiencia vivida anteriormente en la Universidad; razón fundamental que me llevo a escoger el presente tema.

La cesión ilegal mantiene una relación muy estrecha con la subcontratación de obras o servicios y; dada la lícita posibilidad que tiene el empresario recurra a la externalización de servicios, esto conlleva, en mi opinión, que muchas de las cesiones ilegales que existen hoy en día estén ocultas detrás de una subcontrata o incluso a través de las empresas de trabajo temporal; y todo ello en detrimento de las condiciones de los trabajadores y el principio de la estabilidad del empleo, ya que el empresario se ahorra los costes de integrar a los trabajadores en su propia plantilla.

Veo importante terminar las conclusiones haciendo una crítica en relación con la materia procesal del orden social, y en concreto con la acumulación de acciones, como ya se ha visto el artículo 33 LRJS, no permite la acumulación de varias acciones y en concreto quiero centrarme en la cesión ilegal; a mi entender esta limitación que impide acumular la acción de cesión ilegal en demandas tales como supuestos de impugnación de una MSCT o bien de un ERTE de reducción de Jornada, como ha sucedido en el supuesto que hemos comentado, o en supuestos de clasificación profesional, entre otros, podría acarrear una indefensión de la parte.

Entiendo que el fundamento expuesto por la doctrina jurisprudencial para los supuestos de acumulación de la acción de despido y de cesión ilegal, es perfectamente extrapolable a otros supuestos de hecho, como los que venimos citando, dado que el examen de la cesión ilegal, constituye igualmente una “cuestión previa” o “cuestión prejudicial interna”, en la medida en que los datos que deben ser efectivamente examinados para la concurrencia o no de las razones objetivas invocadas tanto en supuestos de MSCT como de ERTE, han de referirse a la empleadora real y no aparente.

Y si ambas acciones son turnadas a Juzgados distintos, y, además, alguna de ellas está configurada como procedimiento urgente (caso de MSCT), es evidente que no serán

coincidentes ni tiempos ni Juzgadores, pudiendo resultar poco a nada operativo el procedimiento previsto para cada uno de ellos individualmente.

## **7-BIBLIOGRAFÍA**

- **A.V. SEMPERE NAVARRO**, Comentario del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión ilegal, grandes tratados, 2007.
- **A.V. SEMPRERE NAVARRO**, “La Doctrina Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (1989-2000)”, Editorial Aranzadi, 2001.
- **C. NACETA MORA**, “Cesión de trabajadores. Fundamento y concepto de la cesión ilegal de trabajadores”, revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento núm. 44/2014.
- **DULCE SORIANO CORTES**, “Aspectos procesales de las contrata”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 90, 2007.
- **E. LASAOSA IRIGOYEN**, “Cesión ilegal de trabajadores y garantía de indemnidad”, revista doctrinal Aranzadi social núm. 14/2007.
- **F. J. TOROLLO GONZALEZ, M. SPINA CARRERA**, “La descentralización de las tareas administrativas y la cesión ilegal de trabajadores”, boletín Aranzadi laboral núm. 4/2002.
- **L.M. MUNIZ SANCHEZ**, “La cesión ilegal de trabajadores y su delimitación de las legítimas contrata”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2011.
- **M.C. LOPEZ SANCHEZ**, “Cesión ilegal de trabajadores. Tipificación y consecuencias jurídicas”, revista doctrinal Aranzadi social núm. 14/2008.
- **M.D. GARCIA VALVERDE**, “Cesión ilegal de trabajadores & contrata de servicios. SJS num.33 Barcelona, de 24 de noviembre de 2015”, revista española de derecho del trabajo 191, 2016.
- **M.L. PEREZ GUERRERO, M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO**, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales 58.