



Roj: **STSJ GAL 378/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:378**

Id Cendoj: **15030340012015100253**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2015**

Nº de Recurso: **1049/2013**

Nº de Resolución: **410/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2010 0001675 402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001049 /2013 PM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000780 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: Manuela , Salome , Adolfinia , Celsa

Abogado/a: JOSE LUIS MURUZABAL ARLEGUI

Recurrido/s: CONSELLERIA DE SANIDADE, GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A.

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veintidós de Enero de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **1049/2013**, formalizado por Manuela , Salome , Adolfinia , Celsa , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 780/2010, seguidos a instancia de Manuela , Salome , Adolfinia , Celsa frente a CONSELLERIA DE SANIDADE, GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Manuela , Salome , Adolfina , Celsa presentó demanda contra CONSELLERIA DE SANIDADE, GRUPO CLAVE CONSULTORES S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticuatro de Septiembre de dos mil doce .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero .- Las actoras suscribieron con la Empresa Grupo Clave Consultores S.A. sucesivos contratos prestando servicios en la Consellería de Sanidade, servicio de tarjeta sanitaria. **Segundo** .- El 15 de octubre de 2007 las actoras presentan demanda sobre cesión ilegal de personal, dictándose sentencia el 23 de junio de 2008 acogiendo sus pretensiones. Esta sentencia es firme. **Tercero** .- En cumplimiento de la anterior sentencia la Consellería de Sanidade dicta resolución de 26 de mayo y 13 de julio de 2009 procediendo a dar de alta a las actoras en el Régimen General de la Seguridad Social el 1 de junio de 2009. A las actoras se les reconoce la categoría de oficiales de 1^a Administrativos, Grupo III, categoría 62 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta, con antigüedades Dña. Celsa y Dña. Adolfina desde el 5 de mayo de 1997, Dña. Manuela desde el 26 de junio de 1996 y Dña. Salome desde el 26 de abril de 1999. **Cuarto** .- Con fecha 23 de marzo de 2010 se formuló reclamación previa, que se desestimó por resolución de 5 de agosto de 2010.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda que en materia de cantidad ha sido interpuesta por Dña. Celsa , Dña. Adolfina , Dña. Manuela y Dña. Salome contra la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia y la empresa Grupo Clave Consultores S.A. y en consecuencia debo absolver y absuelvo a las demandadas de todos los pedimentos formulados contra ellas.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por las actoras, sobre reclamación de cantidades, contra la demandada CONSELLERIA DE SANIDAD de la Xunta de Galicia, a la que absuelve de las pretensiones ejercitadas en su contra. Dicha decisión es impugnada por la representación letrada de las trabajadoras demandantes, al objeto de obtener su revocación y de que se estime su demanda, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , cuatro motivos de recurso, destinando los dos primeros a la revisión de los hechos declarados probados, y los dos restantes a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO .- La revisión interesada tiene por objeto las siguientes modificaciones del relato fáctico de la sentencia que se recurre:

*En primer lugar se propone dar una nueva redacción al hecho probado segundo de la sentencia de instancia, del siguiente tenor literal: "El 26/07/2007 las actoras presentan demanda de conciliación ante el SMAC contra la empresa Grupo Clave Consultores SA y reclamación previa ante la Consellería de Sanidade sobre cesión ilegal, eligiendo como empresa a la citada Consellería. El 15 de octubre de 2007 las actoras presentan demanda sobre cesión ilegal de personal, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social n° 1 de Santiago de Compostela el 23 de junio de 2008 , estimando la concurrencia de cesión ilegal de personal. Interpuesto Recurso de Suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dicta sentencia el 31/03/2009, recurso de suplicación 4787/2008 , confirmando la sentencia de instancia. Esta sentencia es firme".

Adición que acogemos, en cuanto sirve para complementar el hecho probado segundo de la resolución impugnada, aunque es irrelevante para la decisión del litigio, pues como luego se analizará, ya se advierte que no tiene influencia a los efectos de fijar el plazo de prescripción de la acción para reclamar las diferencias económicas.

*A continuación se propone adicionar un nuevo párrafo al final del hecho probado tercero, con la siguiente redacción: "Las actoras fueron dadas de alta por la Consellería de Sanidade el 01/06/2009". Adición que consideramos innecesaria, porque este dato ya consta en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia impugnada, que aunque en lugar inadecuado, cuenta con evidente valor fáctico, tratándose, además, de un hecho conforme.

TERCERO .- Al amparo del artículo 193.c), de la LRJS , las recurrentes articulan el primer motivo de recurso destinado a la censura jurídica, a través del cual denuncia la infracción, por interpretación errónea del artículo



59.2 del ET y 1969 del Código Civil en relación con el 1968.2 del mismo cuerpo legal , alegando que no puede concurrir prescripción, ya que la acción no nace hasta el momento en que se dicta sentencia por la Sala de lo Social del TSJ el 31 de marzo de 2009 , sobre cesión ilegal de trabajadores, y que se ha producido un daño desde el momento en que la Consellería se opone a la reclamación de la relación laboral indefinida y alta en la citada Consellería con efectos de 26 de julio de 2007, añadiendo que se trata de una daño de producción sucesiva, y que por ello el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado.

Dicha censura jurídica no la acogemos. Sobre la prescripción de la acción ejercitada, y la repercusión que tiene en el caso de cesión ilegal de trabajadores, es cuestión que vamos a resolver al examinar el segundo de los motivos de censura jurídica planteado por las recurrentes. La reclamación en concepto de daños y perjuicios que las actoras invocan en este motivo, es una simple maniobra para disfrazar el dies a quo o de inicio del plazo de la prescripción. Cabe señalar que de conformidad con el art. 75.1 LRJS , los órganos judiciales rechazarán las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Se trata, a través de estas previsiones, de permitir que los órganos judiciales eviten las actuaciones fraudulentas o abusivas en que puedan incurrir las partes del proceso, es decir, se ordena a los Tribunales que rechacen las peticiones, que se formulen con manifiesto abuso de derecho, como la planteada en este caso por la parte recurrente, que no es más que un estrategia con el objeto de alterar la verdadera naturaleza de la pretensión que se ejercita, siendo evidente que ningún daño o perjuicio se ha ocasionado a las trabajadoras por la Consellería demandada, la cual cumplió con las resoluciones judiciales, utilizando los medios de impugnación que le Ley le confiere, sin que de ello pueda derivarse la existencia de ningún daño para las reclamantes, por lo que este motivo debe ser rechazado.

CUARTO .- Por el mismo cauce procesal de amparo, en el segundo de los motivos del recurso se insiste en la denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 59.2 del ET , señalando que si no se estimasen las pretensiones deducidas en el anterior motivo, y se estimase que la prescripción se paraliza con la interposición de la reclamación previa el 23/03/2010 y que por lo tanto, únicamente se puede reclame con carácter retroactivo una anualidad desde dicha fecha, se dice que en este caso la Consellería demandada tendría que abonar a las recurrentes las mensualidades (marzo, abril y mayo de 2009, insistimos en que corresponde abonar también el mes de marzo de 2009 puesto que dicho mes no se abona hasta el día 31 del mismo por lo tanto la reclamación de las diferencias de dicho mes finalizarían el 31 marzo de 2010, y al haber presentado las recurrentes la reclamación previa 23/03/2010, esto es, antes de percibir dicha mensualidad, estaría dentro del año anterior a la fecha de la presentación de la reclamación previa.

La cuestión central de esta censura jurídica se reduce a determinar si las actoras tienen derecho a percibir las remuneraciones establecidas en el Convenio Colectivo de la Xunta de Galicia durante el período anterior al momento en que se dictó la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal, o si dichas cantidades se pueden ver afectadas por el instituto de la prescripción.

Como regla general, salvada la prescripción, si cabe reconocer las remuneraciones previstas en el Convenio Colectivo de la Xunta en el periodo anterior a la cesión ilegal, tal como esta misma Sala declaró en su sentencia de fecha 15 de julio de 2013, resolviendo el recurso de suplicación 901/2011 , en dicha Sentencia se declara que: "Al respecto, señala la STS de 5 de Diciembre del 2006 (ROJ: STS 8249/2006. Recurso: 4927/2005), que si bien la STS de 3 de febrero de 2000 , señaló que la eficacia ex tunc (desde entonces) de las condiciones de trabajo sólo puede predicarse para aquellos supuestos de cesión en que la empresa cedente es un empleador ficticio carente de organización empresarial, debiendo estarse, en otro caso, a la eficacia ex nunc (dese ahora) que ha apreciado la resolución recurrida. Así ha sido en efecto, como señala la sentencia de esta Sala que acaba de mencionarse, la cual cita en la misma línea de 17 de enero de 1.991 , 18 de marzo de 1.994 , 31 de octubre de 1.996 , 19 de noviembre de 1.996 y 21 de marzo de 1.997 .

Pero esta doctrina ha evolucionado en el sentido que precisa la sentencia de 30 de noviembre de 2005 . En ésta se señala que la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores -en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es la anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006-, señalando que esta opción sólo tiene sentido "cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva". Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 , 17 de enero de 2002 , 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible 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. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión.

Las consecuencias de la aplicación de la doctrina judicial expuesta ha de ser la mantener la procedencia de las diferencias salariales, aun tratándose de dos empresas reales (cedente y cesionaria), y dado que la resolución judicial que declara la cesión produce efectos "ex tunc", las diferencias salariales no se limitan a las devengadas después de la declaración de la cesión. Esta doctrina ha sido establecida también en las SSTS/IV de 30/11/2005 (R. 3630/2004), 5/12/2006 (R. 4927/2005), 17/04/2007 (R. 504/2006), y 24/11/2010 (R. 150/2010), y las sentencias que en ellas se citan, según la cual no procede hacer distinciones entre cesiones ilegales con empresas ficticias o reales -que es algo que ahora no se cuestiona- porque los efectos son los mismos, que son los establecidos en el art. 43.3 ET, y que entre dichos efectos deben incluirse los salariales con carácter retroactivo, tal como ha hecho la sentencia impugnada que, limitando su resolución a la pretensión deducida en la demanda, fija el periodo retroactivo desde la fecha de la declaración judicial de la cesión, **salvo las cantidades que pudieran haber prescrito** (también el Auto del TS/IV de 10 de Abril del 2013 (Rec: 2792/2012)).

En el caso enjuiciado, como no consta que las recurrentes hubieran efectuando ninguna reclamación interruptiva de la prescripción, habiendo presentado el escrito de reclamación previa el día 23 de marzo de 2010, todas las cantidades anteriores al mes de marzo de 2009, se hallan prescritas por mor de lo dispuesto en el art. 59. 2 del ET, que dispone: "Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse". Por lo tanto, el plazo de un año aplicable ha de comenzar a correr a partir del día en que el impago de las diferencias salariales pudo haberse reclamado, sin que este plazo se hiciera depender de la sentencia dictada en el proceso declarativo de cesión ilegal de trabajadores, pues la fecha desde la cual las actoras pudieron ejercitar la acción por las diferencias salariales, es desde el devengo de cada mensualidad, y no desde la fecha de la sentencia que declara la existencia de la cesión ilegal. Y dado que el salario por unidad de tiempo se entrega con una periodicidad determinada (diaria, semanal, quincenal, anual o, en la mayoría de los casos, mensual, como sucede en el presente supuesto) será el vencimiento de cada uno de esos periodos el punto de arranque del plazo prescriptivo de un año. Y constando acreditado que la Consellería dio de alta a las actoras el 1 de junio de 2009, fecha a partir de la cual nada se reclama, el periodo litigioso queda reducido al comprendido entre el 1 de marzo de 2009 al 31 de mayo de 2009, en el cual si procede reconocer las diferencias entre lo percibido por las actoras, y lo que debieran haber percibido, y de conformidad con los cálculos efectuados por las recurrentes, sobre los que no parece existir contradicción, les corresponde percibir las diferencias salariales siguientes: 1.- A D^a. Celsa 1.554,18 . 2.- A D^a. Adolfinia 1.554,18 . 3.- A D^a. Manuela 1.305,28 ; y a D^a. Salome 1.484,23 .

En consecuencia, al no haberlo entendido en el mismo sentido la Magistrada de instancia, se estima parcialmente el presente motivo de censura jurídica y, en la misma medida, el recurso de suplicación interpuesto por las actoras y, con revocación parcial de la sentencia combatida, estimamos también parcialmente la demanda formulada por las cuatro trabajadoras, sin que conste acreditado el fallecimiento de una de las demandantes. La Sala tras el examen de la grabación del juicio, tal como se pide en el recurso de la Xunta (al final del motivo tercero), no puede apreciar que la acción solo se ejercite por tres de las actoras, pues nada se dice sobre este particular, por lo que procede la condena de la Xunta a que abone a las cuatro demandantes las referidas cantidades. Por todo ello:

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de las actoras Dña. Celsa, Dña. Adolfinia, Dña. Manuela y Dña. Salome contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Santiago de Compostela, en los presentes autos 330/2012 y, con revocación también parcial de esta resolución, estimamos en la misma medida la demanda interpuesta por las referidas trabajadoras, frente a la demandada CONSELELRIA DE SANIDADE DE LA XUNTA DE GALICIA, condenando a dicha Administración Autonómica a que abone a cada una de las actoras las cantidades siguientes: 1.- A D^a. Celsa 1.554,18 . 2.- A D^a. Adolfinia 1.554,18 . 3.- A D^a. Manuela 1.305,28 ; y a D^a. Salome 1.484,23, manteniendo los demás pronunciamientos absolutorios del fallo de la resolución impugnada.



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.