



Roj: **STS 8249/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:8249**

Id Cendoj: **28079140012006101084**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2006**

Nº de Recurso: **4927/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1361/2005,**
STS 8249/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil seis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Procurador Sr. Fernández Castro y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de febrero de 2.005, en el recurso de suplicación nº 5191/04, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2.004 por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en los autos nº 1248/03, seguidos a instancia de D^a María Rosa contra dicho recurrente, AGROPARK, S.A., EQUIPARK, S.A., DREILAND, S.A., sobre cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a María Rosa , representada y defendida por el Letrado Sr. Velasco Recio.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. AURELIO DESDENTADO BONETE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de septiembre de 2.005 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en los autos nº 1248/03 , seguidos a instancia de D^a María Rosa contra dicho recurrente, AGROPARK, S.A., EQUIPARK, S.A., DREILAND, S.A., sobre cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a María Rosa contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 34 de fecha 20 de diciembre de 2004 , recaída en autos núm. 1248/03, promovidos por la citada recurrente contra las empresas Agropark SA, Equipark SA, Dreiland SA, Departamento de Parques Forestales y Arbolado Urbano del Ayuntamiento de Madrid. En consecuencia revocamos la sentencia de instancia y condenamos a los codemandados a que abonen a la parte recurrente la cantidad de 16.115,34 euros en concepto de diferencias retributivas correspondientes al período comprendido entre octubre de 2002 y septiembre de 2003. Tal responsabilidad se desglosa del siguiente modo: «Dreiland SA» responde 1/10/02 y 21/1/03, «Equipark SA» responde entre 22/1/03 y 21/7/03, «Agropark SA» responde entre 23/7/03 y 30/9/03 y el Ayuntamiento de Madrid responde solidariamente con cada una de las empresas indicadas entre 1/10/02 y 30/9/03. No procede la imposición de costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 20 de diciembre de 2.004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La actora, D^a María Rosa , en relación con las empresas demandadas presenta el siguiente iter contractual: Desde el día 15 de julio de 1999 ha suscrito los siguientes contratos de trabajo:



-15.07.99 a 14.09.99: contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción de la empresa Agropark, SA, con la categoría profesional de Técnico Diplomado señalándose que el objeto del mismo es atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en toma de datos para estudios, proyectos y trabajos de gabinete, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

-15.09.99 a 14.01.00: Prórroga de contrato anterior.

-18.01.00 a 17.04.00: contrato idéntico al anterior con igual objeto pero suscrito con la empresa Equipark, SA.

-18.04.00 a 17.07.00: prórroga del contrato anterior.

-19.07.00 a 18.01.01: contrato idéntico a los anteriores suscrito con la empresa Agropark, SA.

-19.01.01 a 18.07.01: contrato idéntico a los anteriores suscrito con la empresa Dreiland, SA.

-19.07.01 a 18.01.02: contrato idéntico a los anteriores, con igual objeto, suscrito con la empresa Equipark, SA.

-22.01.02 a 21.04.02: contrato idéntico a los anteriores con igual objeto suscrito con la empresa Agropark, SA.

-22.04.02 a 19.07.02: prórroga contrato anterior.

-22.07.02 a 21.10.02: contrato idéntico a los anteriores suscrito con la empresa Dreiland, SA.

-22.10.02 a 21.01.03: prórroga contrato anterior.

-22.01.03 a 21.04.03: contrato idéntico a los anteriores suscrito con la empresa Equipark, SA.

-22.04.03 a 21.07.03: prórroga contrato anterior.

-23.07.03 a 31.12.03: contrato idéntico a los anteriores con la empresa Agropark, SA.

---2º.- El 29 de abril de 1999, el Ayuntamiento de Madrid suscribió con Agropark, SA, un contrato administrativo, en virtud de un concurso convocado por acuerdo del plenario de fecha 25 de septiembre de 1998, relativo a la consultoría y asistencia para la realización de estudios Medioambientales y sobre Ecosistemas, resultando adjudicataria la empresa Agropark, SA, cuya fecha de ejecución se estableció hasta el 31 de marzo de 2002. El citado contrato fue prorrogado hasta el 31 de marzo de 2003 y posteriormente hasta el 31 de marzo de 2004. La actora suscribió un contrato de duración determinada con Agropark, SA el 23 de julio de 2003. La empresa Equipark, SA, el 22 de enero de 2003 celebró contrato de trabajo de duración determinada con la actora, prorrogado el 14 de abril de 2003, desde el 22.04.03 contrató a la actora en las mismas condiciones que las anteriores empresas. ---3º.- La actora fue contratada desde el principio por el Ayuntamiento de Madrid, con la categoría de Técnico Diplomado, desarrollando su trabajo en la Sección de Áreas de Circunvalación del Ayuntamiento de Madrid, dentro del Departamento de Parques Forestales y Arbolado Urbano, estando a las órdenes de un Jefe de Sección de la Corporación Municipal, siendo su horario igual al del resto del personal del Ayuntamiento, proporcionándole el material para la realización de su trabajo en cuanto a horario, días libres, vacaciones, etc., se realizaba por el propio Ayuntamiento. Las funciones que ha venido desempeñando en el Ayuntamiento son las siguientes:

-Redacción de los distintos planes de poda, de planificaciones de árboles y arbustos, semillado, enmantillado, de flor de temporada... de las zonas verdes competencia de dicha sección.

-Elaboración de planes de abonado orgánico y mineral, función del estado vegetativo de los céspedes y praderas.

-Elaboración de planes de aireado y escarificación de praderas.

-Desarrollo de informes relacionados en conservación y mantenimiento.

-Informes sobre afectación de incendio en zonas verdes.

-Valoración de daños por obras en vegetación y arbolado.

-Estudios relacionados sobre afección al arbolado.

-Informes sobre arbolado con ramas peligrosas.

-Revisión y estudio sobre proyecto de apeo de arbolado de alineación peligroso localizado en Zonas Forestales y Áreas de circunvalación.

-Desarrollo de informes técnicos respondiendo a las distintas demandas remitidas, bien a través de las diferentes Juntas Municipales de Distrito, como directamente a los usuarios de los parques.

-Control del personal.



- Coordinación del Servicio (Personal Funcionario).
 - Coordinación de los becarios adscritos a la Sección.
 - Visitas conjuntas de inspección y seguimiento a las zonas verdes en conservación para comprobar el estado de mantenimiento de las mismas por la Empresa Conservadora de la Zona.
 - Inspección de locales.
 - Colaboración en la redacción, coordinación y supervisión de distintos Proyectos de obras, mejoras, contratos menores, etc., realizados por la Sección.
 - Colaboración en las Direcciones de obra.
 - Desarrollo de cálculos técnicos para proyectos.
 - Cálculo de mediciones de obra.
 - Desarrollo de cálculos técnicos Proyectos.
 - Cálculo de mediciones de obra de Proyectos.
 - Replanteo de obra civil, obras de jardinería, de mobiliario urbano y juegos infantiles.
 - Supervisión de certificaciones de la Empresa encargadas al Servicio.
 - Labores de coordinación en materia de Seguridad e Higiene laboral en ejecución de obras.
 - Revisión y coordinación del consumo de los contadores del Canal de Isabel II localizados en zonas verdes de Zonas Forestales y Área de Circunvalación.
 - Cálculo de consumo en los contadores del Canal de Isabel II.
 - Cálculos hidráulicos.
 - Revisión y adecuación de redes de riego para zonas verdes.
 - Estudio estadístico sobre afectación de las distintas plagas en las zonas verdes y eficacia de los distintos tratamientos fitosanitarios asociados.
 - Planificación, conservación y mantenimiento de jardín de Dalias de nueva creación.
- 4º.- El salario de Convenio para su categoría profesional de Ingeniero Técnico, es de 2.507,20 euros brutos mensuales con prorrata de pagas extras conforme a las Tablas del Convenio. La trabajadora se rige por el Convenio Regulador de Condiciones de Trabajo en el Ayuntamiento de Madrid para el personal Laboral 2000-2003. —5º.- El 30.09.03, la actora con otros compañeros de trabajo, interpuso ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, denuncia por cesión ilegal de mano de obra que culminó con el informe emitido el 4.12.03, en el que el Inspector constata que, los reclamantes prestaban servicios continuados en las dependencias municipales, la mayor parte de ellos en Paseo de Recoletos nº 12 donde tiene su sede el Servicio de Parques y Jardines, u otros los menos, en distintos recintos municipales dependientes de dicho servicio. Utilizando los medios y materiales del Ayuntamiento, tales como locales, soporte informático, vehículos, impresos, etc., sin ninguna distinción que los diferencie de los empleados municipales. Prestan sus servicios junto con funcionarios municipales o contratados laborales del Ayuntamiento, con su mismo horario de trabajo, de 8 a 3 de la tarde. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del Jefe del Departamento del Servicio citado más arriba. Las bajas y demás incidencias laborales deben comunicarse a la Jefatura de departamento, quien las tramita a la empresa contratista que depende el trabajador. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del Jefe de Departamento del citado Servicio. En algunos casos incluso, como más abajo se indicará, imparten instrucciones al personal funcionario. No se han observado. Ningún mando superior o intermedio de las empresas contratistas a las que pertenecen que les imparta instrucciones técnicas o incluso organizativas al personal reclamante. Están inmersos en el círculo organizativo del Ayuntamiento. En la Ejecución de los servicios de los reclamantes no se han puesto en juego la organización y los medios propios de las empresas a las que están ligadas por sus contratos de trabajo, limitándose estas a la puesta a disposición del trabajador al Ayuntamiento. Las empresas contratistas que más abajo se relacionan se limitan, básicamente, a gestionar la nómina de los reclamantes y a seleccionar previamente al Ayuntamiento, siendo elegidos provisionalmente y luego definitivamente por éste». En concreto respecto a la actora, D^a María Rosa Ingeniero Técnico Forestal, manifiesta que: «D^a María Rosa , Ingeniero Técnico Forestal. Controla y Coordina las inspecciones de los parques de circunvalación del área de Madrid, con funcionarios a su cargo, realizando visitas de inspección de locales, supervisión de certificaciones, coordinación en materia de seguridad e higiene, etc. Siendo su empresa Agropark, SA, cuyo objeto de la contrata se señaló más arriba, estando ligada a ella mediante contratos eventuales desde julio de



1999, prestando siempre sus servicios en el Ayuntamiento». —6º.- El 1.10.03 la actora presentó Reclamación Previa por cesión ilegal de mano de obra ante el Ayuntamiento de Madrid, presentando el 15.10.03 papeleta de conciliación ante el SMAC por cesión ilegal de trabajadores contra Agropark, SA, Equipark, SA y Dreiland, SA sin avenencia. —7º.- Llegando el momento de renovar el contrato de trabajo Agrepark, SA, ésta le envió un buro fax dando por terminado su contrato de trabajo con fecha 31.12.03, del siguiente tenor literal:

«Por medio de la presente se le comunica que con fecha 31.12.03 finaliza su contrato de trabajo de duración determinada en su modalidad de eventual por circunstancias de la producción de fecha 23.07.03, dando así por terminada la relación laboral que le unía a esta empresa y poniendo a su disposición la liquidación y documentación correspondiente. Queremos indicarle que la razón de no proceder a la prórroga de este tipo de contrato es la inminente terminación, con fecha 31.03.04, del contrato administrativo con el Ayuntamiento de Madrid en el que se basaba su relación laboral con esta Empresa».

—8º.- Con fecha 30.04.04 se ha dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, que se da expresamente por reproducida. En el fallo de dicha sentencia, se señala, literalmente, lo siguiente: «Que estimando la demanda formulada por D^a María Rosa , declaro la nulidad del despido llevado formalmente a cabo por la empresa Agropark, SA, el 31 de diciembre de 2003 y condeno al Ayuntamiento de Madrid en su condición de auténtico empleador de la demandante a que proceda a su inmediata readmisión en las mismas condiciones y con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar y a razón del salario convenio fijado en el hecho probado 4º. Condenando al resto de las empresas codemandadas Agropark, SA, Equipark, SA y Dreiland SA a estar y pasar por esta resolución a todos los efectos». Dicha sentencia ha devenido firme. —9º.- La demandante reclama, en concepto de diferencias salariales, por el período octubre 2002 septiembre de 2003 las siguientes cantidades:

Año 2002:

Percibió: 4.390,67 euros.

Debería haber percibido:

1.- Salario Base Grupo B: $855,43 \times 3 \text{ meses} = 2.566,29 \text{ €}$.

2.-Complemento Destino: $465,76 \times 3 \text{ meses} = 1.397,28 \text{ €}$.

3.-Complemento Específico: $754,74 \times 3 \text{ meses} = 2.264,22 \text{ €}$.

4.-Trienios (1 trienio): $30,98 \times 3 \text{ meses} = 92,94 \text{ €}$.

5.-Paga Extraordinaria Navidad: se calcula sobre el 100% del conjunto de las retribuciones mensuales: salario base + C. Destino + C. Específico + Trienios = 2.106,91 €.

TOTAL: 8.427,64 euros.

Diferencia en el año 2002 entre lo que percibió y lo que estima que debió percibir 4.036,97 euros.

Año 2003:

Percibió: 9.412,03 euros.

Debería haber percibido:

1.-Salario Base Grupo B: $872,54 \times 9 \text{ meses} = 7.852,86 \text{ €}$.

2.- Complemento Destino: $475,76 \times 9 \text{ meses} = 4.275,63 \text{ €}$.

3.-Complemento Específico: $769,83 \times 9 \text{ meses} = 6.928,47 \text{ €}$

4.-Trienios (1 trienio): $31,60 \times 9 \text{ meses} = 284,40 \text{ €}$.

5.-Paga Extraordinaria Navidad: se calcula sobre el 100% del conjunto de las retribuciones mensuales: salario base + C. Destino + C. Específico + Trienios = 2.149,04 €.

TOTAL: 21.490,40 euros.

Diferencia en el año 2002 entre lo que percibió y lo que estima que debió percibir: 12.078,37 euros.

Total del año 2002 + año 2003 = 13.507,05 euros.

—10º.- Se formuló reclamación previa el 31.10.03 y se celebró acto de conciliación el 17.11.03 que se dio por terminado y sin avenencia, habiéndose presentado la papeleta ante el SMAC el 31.10.03."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la excepción de prescripción formulada por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, y desestimando la demanda planteada por D^a María Rosa



contra el Ayuntamiento de Madrid (Departamento Parques Forestales y Arbolado Urbano), Agropark SA, Equipark SA y Dreiland SA debo absolver a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra en el escrito de demanda".

Con fecha 28 de enero de 2.005, la representación de D^a María Rosa , presentó escrito solicitando la aclaración de dicha sentencia que fue resuelto por auto de fecha 9 de febrero de 2005 , cuya parte dispositiva aclara el hecho probado noveno de la sentencia en los siguientes términos dice: "Examinada de hecho la sentencia se aprecia la necesidad de aclararla en el sentido que a continuación se dice: "El total del año 2002 + Año 2003 = 16.115,34 euros en lugar de 13.507,05 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos sin variación".

TERCERO.- El Procurador Sr. Fernández Castro, en representación del AYUNTAMIENTO DE MADRID, mediante escrito de 23 de noviembre de 2.005, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2.005 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2.005 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 30 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar si la actora, que estuvo prestando servicios para el Ayuntamiento de Madrid desde 1999 en una situación que fue apreciada como cesión por un pronunciamiento judicial ya firme, tiene derecho a percibir sus retribuciones de acuerdo con las normas laborales aplicables en la entidad pública para la que prestó efectivamente servicios en un periodo anterior a la declaración judicial de la cesión, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de esa entidad y las empresas cedentes. La sentencia recurrida así lo ha declarado, condenando a las demandadas al abono de las correspondientes diferencias desde octubre de 2002 a septiembre de 2003 y frente a este pronunciamiento recurre en casación para la unificación de doctrina el Ayuntamiento de Madrid, aportando como sentencia contradictoria la de la misma Sala de Madrid de 14 de febrero de 2005 . La contradicción que se invoca ha de apreciarse, porque, en un supuesto de reclamación de diferencias salariales anteriores a la cesión frente a las mismas demandas y otra empresa por otra trabajadora también cedida por éstas, la sentencia de contraste considera, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, que cuando la empresa cedente es real la resolución judicial que declara la cesión es constitutiva y produce efectos ex nunc desde la fecha de la integración en la plantilla de la empresa.

SEGUNDO.- El recurso, que denuncia la infracción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 3 de febrero de 2000 , insiste en que, de conformidad con la doctrina de la Sala que se sintetiza en esta sentencia, la eficacia ex tunc 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 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 reciente 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.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a la condena en costas de la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de febrero de 2.005, en el recurso de suplicación nº 5191/04, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2.004 por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en los autos nº 1248/03, seguidos a instancia de D^a María Rosa contra dicho recurrente, AGROPARK, S.A., EQUIPARK, S.A., DREILAND, S.A., sobre cantidad. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas causadas en este recurso y consistentes en los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro del límite del artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, fijará la Sala, si a ello hubiera lugar.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.