

Roj: **STS 7281/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7281**Id Cendoj: **28079140012010100786**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/11/2010**Nº de Recurso: **150/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AS 5112/2009,**
STS 7281/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto en nombre y representación de D^a Gloria , contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 2564/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo, de fecha 8 de julio de 2009 , recaída en autos núm. 68/09, seguidos a instancia de D^a Gloria contra CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL CANTÁBRICO, sobre CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Abogado del Estado actuando en nombre y representación de CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL CANTÁBRICO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 8 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando totalmente la demanda presentada por D^a Gloria contra la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL CANTÁBRICO, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- Con fecha 25-09-08, por el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo se dictó sentencia cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal: "Estimando la demanda formulada por D^a. Gloria contra las empresas ASECAL S.L., contra la empresa INGENIEROS ASESORES S.A., contra la empresa PROCINSA, contra la empresa INFRAESTRUCTURA Y ECOLOGÍA, contra la empresa DENG A S.A. y contra la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE-MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, debo declarar y declaro la condición de la actora como personal laboral indefinido de la CHN con la categoría profesional de Técnico Superior Química, con una antigüedad desde el 23 de noviembre de 1998, y un salario mensual conforme al II Convenio Colectivo Unico para el personal laboral de la Administración General del Estado por existir cesión ilegal de trabajadores, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración. La integración de la actora en la Confederación Hidrográfica del Norte se llevó a efecto con fecha 19- 01-09. 2º.- El salario que le hubiese correspondido percibir a la demandante era superior en la C.H.N. al que venía percibiendo en la empresa cedente, habiendo percibido de la empresa DENG A la cantidad de 21.221,90 € brutos durante el año 2007, y la de 18.675,14 € desde enero hasta octubre de 2008. Las cantidades que le hubiese correspondido percibir en la C.H.N. ascienden a 2.154,44 € mensuales en el año 2007, y a 22.896 ,87 € de enero a octubre de 2008. La diferencia salarial por tanto existente



entre el salario que percibió la actora en su anterior empresa y el que hubiese percibido en la C.H.N. por el período comprendido entre el 25 de septiembre de 2007 y el 30-10-08, asciende a la cantidad de 5.443,88 €. La diferencia salarial existente por el período comprendido entre el 20-11-07 y el 20-11-08, ascendería a 4.736,29 €. **3º.-** La demandante interpuso reclamación previa en reclamación de las citadas diferencias salariales el 20-11-08, la que fue tácitamente desestimada mediante silencio administrativo. **4º.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Gloria ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha 4 de diciembre de 2009 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Gloria contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de los de Oviedo, dictada el 8 de julio de 2009 en procedimiento promovido por Gloria frente a la empresa CONFEDERACION HIDROGRÁFICA DEL CANTÁBRICO en materia de reclamación de cantidad, debemos confirmar y confirmamos la Resolución de instancia".

CUARTO.- Por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de D^a Gloria se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 16 de febrero de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2005.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL CANTÁBRICO, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2010, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate es si, una vez declarada judicialmente una cesión ilegal que determina la incorporación del trabajador cedido a la plantilla de la empresa cesionaria, el mismo tendrá derecho a percibir, con efecto retroactivo a dicha declaración judicial, las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de dicha empresa cesionaria y los percibidos en la empresa cedente. El artículo 43.4 del ET determina que los derechos y obligaciones del trabajador incorporado a la empresa cesionaria "serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo", pero no se pronuncia explícitamente sobre el alcance retroactivo de los derechos retributivos del trabajador incorporado, limitándose a añadir "si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal". Ante este silencio normativo, la jurisprudencia de esta Sala ha decidido ya la cuestión en los términos que veremos más adelante.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida entiende que no procede el abono retroactivo de esas diferencias salariales, basándose para ello en una antigua jurisprudencia de esta Sala, según la cual hay que distinguir, dentro de las cesiones ilegales, dos supuestos. El primero, sería aquel en que la empresa cedente es una entidad irreal o ficticia como tal empresa, es decir, se limita a ser un artificio interpositorio al servicio de la empresa cesionaria, que es la única realmente existente. En tales casos, es claro que se tiene derecho, desde el primer momento de la relación laboral, a los salarios vigentes en la única empresa real, que es la cesionaria, teniendo la sentencia que declara la cesión ilegal un carácter meramente declarativo. Por lo tanto, procede el abono de las diferencias salariales no prescritas. Por el contrario, el segundo supuesto es el de empresas con entidad real, pese a lo cual se produce la cesión ilegal por no haber puesto en juego la empresa cedente su organización como tal empresa. Se dice que, en tal caso, la declaración de la cesión ilegal es constitutiva y, por tanto, solamente a partir de la misma, y siempre que el trabajador hubiere optado por insertarse en ella, se pueden reclamar diferencias salariales.

TERCERO.- La sentencia de contraste, que es la de esta Sala IV del TS de 30/11/2005 (RCUD 3630/2004) entiende, por el contrario, que no procede hacer esa distinción entre cesiones ilegales pues, en cualquier caso, los efectos son los mismos, es decir, los determinados por el artículo 43, incluyendo los discutidos efectos salariales con carácter retroactivo porque "el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes". Concurren, por tanto, los requisitos de la contradicción exigidos por el artículo 217 de la LPL: en ambos casos se trata de cesiones ilegales declaradas judicialmente, y de la reclamación de diferencias salariales anteriores a dicha declaración y no prescritas, una vez incorporado el trabajador a la empresa cesionaria. El fundamento de la pretensión es el mismo -artículo 43 del ET y su interpretación jurisprudencial- pero las soluciones que se dan en ambas sentencias son contradictorias. Resulta irrelevante a estos efectos



el que en el caso de la sentencia recurrida la empleadora sea un ente público mientras que en el de la de contraste era una empresa privada, puesto que aquí no se está discutiendo nada referente a la incorporación como trabajador fijo a la empresa cesionaria, que ya se ha producido con anterioridad, sino exclusivamente de los efectos retributivos de la misma.

CUARTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste y, por lo tanto, la sentencia recurrida incurre en la infracción legal que le atribuye el recurso planteado, la del artículo 43 del ET en la interpretación integradora del mismo producida por esta Sala del TS. Ahora bien, es cierto que dicha interpretación jurisprudencial ha seguido una evolución que puede conducir a algún equívoco. Pero esa línea evolutiva es perfectamente descrita en la propia sentencia de contraste, que establece con toda claridad la doctrina correcta. Dicha evolución comienza en la sentencia de 15/11/1993 (RCUD 1294/1993), que niega el derecho impetrado porque "las consecuencias económicas pedidas no están acogidas en tal disposición" (art. 43 ET); dicha doctrina se matiza ya en la sentencia de 21/03/1997 (RCUD 3211/1996) que sí concede las diferencias salariales reclamadas pero con el argumento de que no todas las cesiones ilegales son iguales sino que deben distinguirse los casos en que se está ante empresas reales o ante una empresa real (la cesionaria) y otra interpuesta ficticia (la cedente), en cuyo caso "la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal, salvo las que puedan derivar de las normas sobre prescripción". Un giro importante es el que da la sentencia de 14/09/2001 (RCUD 2142/2000) en la que, reconociendo que existen esos dos tipos de cesiones ilegales -por empresa real o por empresa aparente- concluye que ambos son mecanismos interpositivos contemplados en el artículo 43 del ET, con los efectos correspondientes. Dice así en su FD Cuarto : "El fenómeno interpositivo puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios". Sin embargo, dicha sentencia no se pronuncia sobre el tema que estamos debatiendo, pues no era objeto de consideración, lo que sí hace ya -y éste es el último paso de la evolución- la sentencia de 30/11/2005 (RCUD 3630/2004), que es la de contraste, en la que, aplicando ya esa última doctrina a un caso de reclamación salarial idéntico al que ahora debatimos y en el que la cesión ilegal se había producido por una empresa real, estima que dicha reclamación es procedente, integrando así el silencio del artículo 43 al respecto.

QUINTO.- Dicha doctrina contenida en la sentencia de contraste ha sido posteriormente refrendada en la de 05/12/2006 (RCUD 4927/2005), cuyo Fundamento de Derecho Segundo dice así: *"...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 "*. Esta doctrina es asimismo reiterada por nuestra sentencia de 17/04/2007 (RCUD 504/2006).

SEXTO.- A dicha doctrina debemos atenernos. Es cierto que, como afirma la sentencia recurrida, nuestra posterior sentencia de 14/05/2007 (RCUD 489/2006) podría dar lugar a entender que la antigua doctrina de esta Sala sobre la diferencia entre dos tipos de cesiones y sus respectivas consecuencias, antes reseñada, continúa siendo de aplicación. Pero la citada sentencia no puede tener ese valor habida cuenta de que se desestima el recurso por falta de contradicción y, por ende, no hay pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión planteada. Tampoco contradicen la doctrina vigente las sentencias de esta Sala de 09/12/2009 (RCUD 339/2009) y de 25/05/2010 (RCUD 3077/2009), en relación con la misma empresa e idénticas entre sí, pues, como acertadamente observa el Ministerio Fiscal en su razonado Informe, son sentencias inaplicables a nuestro caso pues se trataba de supuestos completamente diferentes y hasta opuestos al aquí debatido: era el caso de trabajadores que, tras declararse su cesión ilegal a la empresa cesionaria e integrarse en la plantilla



de ésta, pretendían que se les conservase pro- futuro el salario de que disfrutaban en la empresa cedente, pretensión que es desestimada.

Procede, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, estimar parcialmente el recurso y casar la sentencia recurrida. Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto en nombre y representación de D^a Gloria , contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 2564/09 . Casamos la sentencia recurrida, manteniendo los hechos declarados probados, y, resolviendo en suplicación, revocamos la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo en fecha 8 de julio de 2009 y, con estimación parcial de la demanda, condenamos a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de 4.736,29 euros, por diferencias salariales entre lo percibido (salario de la empresa cedente) y lo debido percibir (salario de la empresa cesionaria) correspondientes al período comprendido entre el 20-11-2007 y el 20-11-2008, de acuerdo con el hecho probado segundo de la sentencia de instancia mantenido por la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ,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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.