



Roj: **STS 2437/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2437**

Id Cendoj: **28079140012007100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2007**

Nº de Recurso: **504/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **BENIGNO VARELA AUTRAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 1821/2005,**
STS 2437/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina, promovido por el Letrado D. JUAN LUIS CORTÉS GABAUDÁN, en nombre y representación de D^a Magdalena y D^a Amanda , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 27 de diciembre de 2005, en recurso de suplicación nº 817/05, correspondiente a autos nº 535/04 del Juzgado de lo Social nº 4 de Santander, en los que se dictó sentencia de fecha 11 de mayo de 2005, deducidos por D^a Mónica , D^a Magdalena y D^a Amanda , sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L., representada por la Procuradora D^a MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. BENIGNO VARELA AUTRÁN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 27 de diciembre de 2005 , es del siguiente tenor literal.- FALLO: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de os de Santander y Cantabria con fecha 11 de mayo de 2005 (autos 535/04), que revocamos en parte, absolviendo a la empresa recurrente del abono de las cantidades reclamadas por Doña Mónica , Doña Magdalena y Doña Amanda en concepto de salario por el periodo de tiempo a que se refiere la demanda, dejando sin efecto la condena impuesta y confirmamos en todo lo demás la resolución recurrida".

SEGUNDO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander de fecha 11 de mayo de 2005 , contiene los siguientes Hechos Probados: "1º) Mónica y Magdalena , han venido prestando sus servicios profesionales para la empresa Umano Servicios Integrales S.A. con una antigüedad de 12/07/99 y una categoría profesional de auxiliar administrativo. Amanda lo ha hecho para la empresa Servicios Auxiliares G.D.N., S.A. con igual categoría y con una antigüedad de 06/03/00. 2º) Mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de fecha 21 de junio de 2000 (autos 173/2000), confirmada por Sentencia del TSJ de Cantabria de 5 de febrero 2002 y del TS de 29 de enero 2004 , se estimó la demanda formulada por la Dirección General de Trabajo contra Servicios Auxiliares GDN, S.A., Umano Servicios Integrales S.A. y Electra de Viesgo, S.A., entre otras empresas, y se declaró la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y, en su consecuencia, se condenó a las demandadas a estar y pasar por esta declaración. Las citadas Sentencias obran en autos (folios 143 a 180) y se dan por reproducidas. 3º) Las actoras optaron a favor d de la integración



como trabajadoras fijas de la plantilla de la empresa ELECTRA DE VIESGO I, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL el 12/02/04. 4º) El 13/04/05 las hoy actoras y Electra de Viesgo I S.A. acordaron en acta de conciliación firmada en el Juzgado de lo Social nº 1 rescindir la relación laboral con efectos 19/11/04 y el abono por parte de la citada empresa de una indemnización compensatoria por el despido que reconoce como improcedente. Se da por reproducida (folio 191). 5º) Durante el periodo 1 de julio 2000 a 31 de diciembre 2003 Mónica percibió por su trabajo la cantidad de 29.907,56 euros, Magdalena percibió 27.710,89 euros y Amanda 26.318,72 euros. (Se da por reproducido el documento que obra al folio 252 y siguientes). 6º) A las relaciones laborales del Grupo Endesa resulta de aplicación el I Convenio Marco del Grupo que obra en autos (folio 205 y siguientes) y se da por reproducido. 7º) Las diferencias salariales brutas que correspondería percibir a las actoras aplicando las tablas salariales del I Convenio Marco del grupo Endesa y tomando como fecha de antigüedad en la empresa Viesgo la recogida en el hecho primero de esta resolución ascienden a las siguientes cantidades: para Mónica 30.823,90 euros, para Magdalena 33.020,57 euros y para Amanda 33.159,17 euros. 8º) Previa petición, el Juzgado de lo Social nº 1 por auto de 24/06/04 requirió a Electra de Viesgo I S.A. para que cumpliera la sentencia dictada el 21/06/00 en sus propios términos, auto que fue recurrido en reposición desestimado el 27/09/04. 9º) Se instó acto de conciliación el 30 de abril 2004, celebrándose el preceptivo acto el 19 mayo 2004 que finalizó sin avenencia".

Dicha sentencia, concluye con el siguiente FALLO: "Que desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento y prescripción opuestas por la empresa demandada estimo parcialmente la demanda formulada por Mónica , Magdalena y Amanda frente a ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L. y en consecuencia condeno a la citada empresa a abonar a las actoras las siguientes cantidades: a Mónica 30.823,90 euros, a Magdalena 33.020,17 euros y a Amanda 33.159,17 euros".

TERCERO.- Sobre cuestión litigiosa referida a RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2005 .

CUARTO.- Por el Letrado D. JUAN LUIS CORTÉS GABAUDÁN, se formalizó el recurso de casación para unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo el 10 de febrero de 2006 y en el que se alegaron los siguientes motivos: ÚNICO.- El motivo único de la casación es la interpretación del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en el art. 1.2 . del mismo texto legal.

La parte recurrente, ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia contradictoria.

QUINTO.- Se tuvo por personado e interpuesto, en tiempo y forma, el presente recurso de casación para unificación de doctrina y pasados los autos al Magistrado Ponente, por proveído de 6 de octubre de 2006, se admitió a trámite el recurso dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación de la parte recurrida personada, el Ministerio Fiscal emitió su preceptivo dictamen en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso. Se señaló para Votación y Fallo, el día 10 de abril de 2007, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de estos autos, actualmente en fase de recurso de casación para unificación de doctrina, se postuló por varias trabajadoras que vinieron prestando servicios para la empresa Umano Servicios Integrales S. A. y respecto de los que se declaró judicialmente cesión ilegal en relación con la empresa Electra de Viesgo Distribución S.L. el abono de diferencias salariales, desde el inicio de la relación laboral con la empresa cedente, de acuerdo con el Primer Convenio Colectivo del Grupo Endesa al que pertenece la empresa cesionaria.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander estimó las demandas de las trabajadoras demandantes y recurrida que fue en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 27 de septiembre de 2005 , dictó nueva sentencia en la que, estimando en parte el recurso planteado por la empresa Electra de Viesgo Distribución S.L., absolvió a esta última del pago de las cantidades establecidas en el fallo de instancia.

Frente a esta última sentencia se alzan, ahora, en casación para unificación de doctrina las trabajadoras demandantes de autos, proponiendo como sentencia contradictoria la de esta Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 30 de noviembre de 2005 , dictada en el recurso 3630/2004.

SEGUNDO.- Se ha de examinar, con carácter prioritario, si existe, o no, el requisito básico e ineludible de la contradicción judicial entre ambas sentencias comparadas dentro del presente recurso en los términos que viene exigido por el artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral .



En efecto, se da la concurrencia de las identidades de hechos, de pretensiones y de fundamentación jurídica de estas últimas entre ambas resoluciones judiciales, siendo notorio que, desde una perspectiva esencial, se cuestiona en las dos sentencias puestas en comparación una misma cuestión jurídica, que no es otra sino la referente al derecho de los trabajadores cedidos ilegalmente de una empresa a otra -ambas reales- a percibir los salarios según el Convenio Colectivo vigente en la empresa cesionaria.

En tanto la sentencia recurrida entiende que, tratándose del fenómeno de cesión ilegal entre dos empresas reales, el derecho a los salarios establecidos en la cesionaria solo puede operar desde el momento de la opción consecuente con la declaración judicial de cesión ilegal, la sentencia referencial, en cambio, estima que dicho derecho puede extenderse a todo el tiempo que duró la expresada cesión ilegal, sin que tenga que quedar contraídos al período subsiguiente a la declaración de cesión ilegal y a la consiguiente opción verificada por el trabajador.

Concorre, por tanto, la contradicción judicial, dados los términos esenciales del planteamiento litigioso en uno y otro caso.

TERCERO.- Al adentrarse en el enjuiciamiento del problema de fondo que plantea el recurso y que se contrae a la interpretación que ha de darse al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es de significar que la doctrina correcta es la que se recoge en la sentencia de esta Sala que se propone como término de comparación.

Al respecto y siguiendo los razonamientos contenidos en dicha sentencia de contraste, es de señalar la evolución experimentada en la línea jurisprudencial de esta Sala desde las sentencias de 18 de marzo de 1994 -recurso 558/1993- y 21 de marzo de 1997 -recurso 3211/1996- hasta las más modernas de 14 de septiembre de 2001 -recurso 2142/2000-, 17 de enero de 2002 -recurso 3863/2000-, 16 de junio de 2003 -recurso 3054/2001- y 3 de octubre de 2005 -recurso 3911/2004 -.

En un primer momento, esta Sala para la aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y de la opción en el mismo prevista distingue entre empresario cedente real y ficticio, señalando que la indicada opción a favor del trabajador que ha sido cedido ilegalmente solo esta pensada para los casos de empresas reales, porque no tendrá sentido establecerla en relación con empresas ficticias.

Pero ya posteriormente, en la más reciente jurisprudencia, la Sala viene a sentar el criterio de 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". - Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia de contraste-

La ya mencionada sentencia de 14 de septiembre de 2001, dictada en el recurso 2142/2000, dice lo siguiente: "Lo que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios o insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores [...]. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios".

Por su parte la más reciente sentencia, también citada, de 3 de octubre de 2005, establece lo siguiente: "Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial".

CUARTO.- En mérito a cuanto se deja razonado y habida cuenta de que durante la cesión ilegal la vinculación laboral de las hoy trabajadoras demandantes recurrentes se produjo con la empresa cesionaria es lógico que la retribución salarial a percibir por aquellas se ajuste a la propia del Convenio Colectivo que rige en dicha



empresa cesionaria, dado que el texto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , por más que pueda guardar silencio sobre este concreto extremo, no se opone a ello.

QUINTO.- En consecuencia y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso ha de estimarse, casando y anulando la sentencia recurrida y al resolver en suplicación conforme al principio de unidad de doctrina, procede con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa Electra de Viesgo Distribución, S.L. confirmar íntegramente la sentencia de instancia, sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina, promovido por el Letrado D. JUAN LUIS CORTÉS GABAUDÁN, en nombre y representación de D^a Magdalena y D^a Amanda , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 27 de diciembre de 2005 , en recurso de suplicación nº 817/05, correspondiente a autos nº 535/04 del Juzgado de lo Social nº 4 de Santander, en los que se dictó sentencia de fecha 11 de mayo de 2005 , deducidos por D^a Mónica , D^a Magdalena y D^a Amanda , sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y al resolver el recurso de suplicación planteado por la empresa ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUIDORA, S.L., procede desestimarlos y confirmar íntegramente la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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. Benigno Varela Autrán hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.