



Roj: **STS 4046/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4046**

Id Cendoj: **28079140012013100533**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2013**

Nº de Recurso: **2637/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 6404/2012,**  
**STS 4046/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José M<sup>a</sup> Bello Rivas, en nombre y representación de D. Domingo y D<sup>a</sup> Estefanía , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 10 de julio de 2012, dictada en el recurso de suplicación número 1925/09 , interpuesto por mencionados recurrentes, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Orense, de fecha 11 de febrero de 2009 , dictada en virtud de demanda formulada por D. Domingo y D<sup>a</sup> Estefanía , frente a la Xunta de Galicia, Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar y Universida de A Coruña, en reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la XUNTA DE GALICIA, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2009, el Juzgado de lo Social número 3 de Orense, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Los actores prestaron servicios como psicólogos desde el 28-6-01 en la Delegación Provincial de Orense de la Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar en virtud de contrato con la Universidad de La Coruña siendo cesados en fecha 31-12-06, siendo declarado dicho cese como despido improcedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº UNO de Ourense de fecha 23-4-07 y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de de Galicia el 28- 11-07. El salario que cobraba Domingo era de 1.766,66€ y el de Estefanía de 1.579,08€./ SEGUNDO.- El salario para el año 2005 según convenio colectivo del personal laboral de la Xunta es 2.063,43€ y en el año 2006 2.178,38€./ TERCERO.- En fecha 25-4-08 se presentó reclamación previa que no fue contestada, presentando demanda los actores ante el Decanato el 28 de julio de dos mil ocho./ CUARTO.- En fecha de 26-10-06 los demandantes solicitaron mediante reclamación previa que se reconociera la condición de personal laboral indefinido de la Xunta por cesión ilegal."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimo la demanda interpuesta por Domingo Y Estefanía frente a VICEPRESIDENCIA DA IGUALDADE E DO BENESTAR Y LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA absolviéndoles de los pedimentos deducidos en su contra".

**SEGUNDO.-** Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia de fecha 10 de julio de 2012 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por Domingo y



Estefanía contra la sentencia dictada el 11/2/09 por el Juzgado de lo Social N° 3 de OURENSE en autos N° 626-08 sobre CANTIDADES contra XUNTA DE GALICIA, VICEPRESIDENCIA DA IGUALDADE E DO BENESTAR, Y UNIVERSIDAD DE A CORUÑA resolución que se mantiene en su integridad".

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Domingo y D<sup>a</sup> Estefanía recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 27 de febrero de 2012 (Rec. n° 4225/08).

**CUARTO**.- Por providencia de esta Sala de 21 de febrero de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, dándose seguidamente traslado a la parte recurrida para impugnación.

**QUINTO**.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de la XUNTA DE GALICIA, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 27 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La cuestión que se debate es la de 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.

**2.** 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.-1.** La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de julio de 2011 (recurso 1925/2009) -que confirma la sentencia de instancia- entiende que no procede el abono retroactivo de esas diferencias salariales, basándose para ello en la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2007 - que cita las de la propia Sala de 30 de noviembre de 2005 y 5 de diciembre de 2006 - conforme a la cual, habría que distinguir entre aquellos casos en que la empresa cedente es una empresa irreal y ficticia, estos es una mera apariencia de empresa y aquellos otros donde ambas empresas son reales, existentes, con entidad y elementos propios. Señala la Sala de suplicación -transcribiendo los razonamientos de dicha sentencia- que : "cuando se trata de empresas cedentes irreales y meramente aparentes es siempre determinante de la extensión "ex tunc" de la responsabilidad de la empresa cesionaria, el dato indiscutible de que la misma es la única empresa que existe en la realidad; y ese dato no puede tener relevancia de ningún tipo en la solución que se adopte en los otros casos, por la sencilla razón de que tal dato es inexistente", por lo tanto -concluye la sentencia aquí recurrida- "el motivo decaer ya que para imponer los efectos "ex tunc" como reclaman los recurrentes sería preciso que o bien no existiera la empresa cedente o que ambas formaran una unidad actuando fraudulentamente elementos que aquí no concurren por lo que se desestima el recurso y se mantiene le fallo recurrido."

**2.** Contra dicha sentencia, recurren en casación unificadora los trabajadores demandantes invocando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en fecha 27 de febrero de 2012 (recurso 4225/2008). En esta sentencia, también se reclaman diferencias salariales como consecuencia de una previa sentencia de 20 de abril de 2007, que declaró la existencia de cesión ilegal entre "Grupo Clave Consultores, S.A." y la aquí igualmente demandada "Vicepresidencia Da Igualdade e Do Benestar Da Xunta de Galicia", y la nulidad del despido. Con apoyo en sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2007 (recurso 1132/2007), que declara que el fenómeno interpositorio puede producirse entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura propios, se estima la demanda.

**3.** Entre los supuestos comparados concurre la triple entidad exigida por el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En efecto, en ambos casos se trata de trabajadores que obtuvieron una sentencia previa a su favor declarando la existencia de cesión ilegal y reclaman en las actuaciones las diferencias existentes entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos en la empresa cedente, tratándose en ambos casos de empresas reales y lo que se debate es si ese derecho tiene efectos retroactivos al inicio de la situación de cesión ilegal. La sentencia recurrida entiende que no procede el abono retroactivo de esas diferencias salariales, basándose para ello en una antigua jurisprudencia de esta Sala, a tenor de la cual hay



que distinguir, dentro de las cesiones ilegales, dos supuestos, según que la empresa cedente sea una entidad irreal o ficticia o se trate de empresas con entidad real. En este segundo caso, se decía que la declaración de la cesión ilegal era constitutiva y, por tanto, solamente a partir de la misma, y siempre que el trabajador hubiere optado por integrarse en ella, se pueden reclamar diferencias salariales. Por el contrario, en la sentencia de contraste, se señala que no procede efectuar esta distinción entre cesiones ilegales pues, en cualquier caso, los efectos son los mismos, es decir, los determinados por el artículo 43 del ET, incluyendo los discutidos efectos salariales con carácter retroactivo porque "el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de los efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes".

**TERCERO.-** 1. Debe, por tanto, entrarse en el fondo de la cuestión controvertida, que como ya se anticipó, es la de establecer 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.

2. Pues bien, el recurso debe ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal, porque la Sala ya ha unificado doctrina en sus sentencias 30-11-2005 (rcud. 3630/2004); 05-12-2006 (rcud. 4927/2005); 17-04-2007 (rcud. 504/2006); y 24-11-2010 (rcud. 150/2010), en sentido contrario al de la sentencia recurrida. La doctrina, de la Sala, su evolución y concreción, la resume así la última de nuestras sentencias citada, en sus fundamentos cuarto, quinto y sexto:

**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."

**3.** La aplicación de la trascrita doctrina de esta Sala a las circunstancias ya expuestas del presente caso, conlleva indefectiblemente, previa estimación del recurso interpuesto por los demandantes, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, el que haya de resolverse el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a la unidad de doctrina ( artículo 228.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ), reconociendo a los demandantes el derecho al percibo de las cantidades -no cuestionadas-reclamadas en el escrito de demanda y por los períodos señalados en el mismo, en concepto de diferencias salariales, con la preceptiva condena solidaria a las partes demandadas, sin que proceda pronunciamiento sobre 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 interpuesto por el Letrado D. José M<sup>a</sup> Bello Rivas en nombre y representación de D. Domingo y D<sup>a</sup> Estefanía , contra la sentencia dictada el 10 de julio de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1925/2009 , interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2009 por el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 3 de los de Orense , en autos 626/2008, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la **XUNTA DE GALICIA (VICEPRESIDENCIA DA IGUALDADE E DO BENESTAR) y la UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA** , sobre reclamación de cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por los recurrentes, revocamos la sentencia de instancia y con estimación de la demanda condenamos solidariamente a la **XUNTA DE GALICIA (VICEPRESIDENCIA DA IGUALDADE E DO BENESTAR)** y a la **UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA** a hacer efectiva a D. **Domingo** la cantidad de 6.703,85 euros y a D<sup>a</sup> **Estefanía** la cantidad de 10.078,47 euros por los conceptos reclamados en el escrito de demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,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. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.