



Roj: **STSJ M 6509/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:6509**

Id Cendoj: **28079340052017100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/05/2017**

Nº de Recurso: **771/2016**

Nº de Resolución: **350/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. S. 771/16 TP

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2014/0032794

**Procedimiento Recurso de Suplicación 771/2016**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid Procedimiento Ordinario 755/2014

**Materia** : Reclamación de Cantidad

**Sentencia número: 350**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintinueve de mayo de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE 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 de Suplicación 771/2016, formalizado por la LETRADA, Dña. MARIA ALICIA GOMEZ BENITEZ en nombre y representación de Dña. Esther , contra la sentencia de fecha treinta de mayo de dos mil dieciseis dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 755/2014, seguidos a instancia de Dña. Esther frente a INSTITUTO NACIONAL DE TECNICA AEROESPACIAL ESTEBAN



TERRADAS, en reclamación por Reclamación de Cantidad, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ALICIA CATALA PELLON, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

**PRIMERO:** La parte actora de este procedimiento, D.<sup>a</sup> Esther , presta sus servicios como personal laboral del INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL "ESTEBAN TERRADAS", con la categoría profesional de titulado medio de actividades técnicas y profesionales, con una antigüedad de 28-2-2001. (Así, por conformidad de las partes).

**SEGUNDO:** La actora dedujo demanda ante los Juzgado de lo Social de Madrid contra la compañía Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, S. A. y contra el INTA, sobre cesión ilegal de trabajadores.

Tal demanda fue desestimada en el fallo de la sentencia del correspondiente Juzgado de lo Social, mas recurrida por la actora en suplicación, fue revocada por la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 28-5-2012, en cuyo fallo declara la cesión ilegal de tal mercantil (empresa cedente) a INTA (empresa cesionaria) y condenando al INTA a integrar en su plantilla a la actora.

**TERCERO:** En ejecución de la anterior sentencia, la actora resultó integrada en la plantilla de trabajadores del INTA con efectos de 28-5-2012.

Y éstas firman el día 7-11-2012 un contrato de trabajo modalidad indefinido no fijo. (Así, por conformidad de las partes).

**CUARTO:** La actora presentó ante la demandada reclamación previa el día 3-6-2014.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda deducida por D.<sup>a</sup> Esther contra el INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROESPACIAL ESTEBAN TERRADAS, debo absolver y absuelvo a ésta de todas las pretensiones deducidas en la súplica del escrito de demanda.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Esther , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/11/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 24/05/2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO :** La situación fáctica a la que se contra el examen de este recurso, es, en síntesis, la que pasamos a exponer:

a) Se trata de una trabajadora que prestando sus servicios como personal laboral del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial "Esteban Terradas", con la categoría profesional de titulado medio de actividades técnicas y profesionales y antigüedad de 28 de febrero de 2001, demandó tanto a esta entidad , como a la compañía Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, SA, por entender que había sido cedida ilegalmente por ésta a aquélla, obteniendo sentencia estimatoria, dictada por esta Sala en fecha 28 de mayo de 2012 .

b) En ejecución de dicha resolución, la actora resultó integrada en la plantilla de trabajadores del INTA con efectos de 28 de mayo de 2012, firmándose contrato indefinido no fijo en fecha 7 de noviembre de 2012 y presentándose reclamación previa, el día 3 de junio de 2014.



La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda formulada en reclamación de las diferencias salariales resultantes de la inferior retribución que percibe la trabajadora en INTA con respecto a la que percibía en INSA, después de considerar prescrito parte del periodo reclamado (enero a junio de 2013), siendo la cantidad reclamada de 8.307,24 euros y frente a dicho pronunciamiento, se alza la representación Letrada de la actora, a través del apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, impugnándolo la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta.

**SEGUNDO** .- La primera cuestión que se aduce en el recurso, es la conformidad de la recurrente, tanto con la prescripción parcial declarada en la sentencia, como con la cuantía a la que, según el Juzgado, ascienden las diferencias reclamadas por el periodo no prescrito.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y 7 del Código Civil, argumentándose, en esencia, que constituye un contrasentido que la cesionaria pretenda la inaplicación de las mejoras salariales que ella misma reconoció, que la cesión ilegal fraudulenta no puede amparar el empeoramiento de las condiciones laborales del trabajador cedido cuando opta por integrarse en la plantilla de la empresa cesionaria y que la propia existencia de un tráfico prohibido, determina el mantenimiento global de las retribuciones, pues de seguir la tesis de la sentencia de instancia, se vulneraría la doctrina contenida en dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (que no constituyen jurisprudencia, en los términos establecidos en el artículo 1.6 del Código Civil y por lo tanto no pueden fundamentar un recurso de suplicación, por la vía del artículo 193 c) de la LRJS), así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014, Rec. nº 144/2014.

Antes de seguir, conviene aclarar que la cuestión debatida en dicha sentencia, no es coincidente con la que aquí se examina, dado que en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014, Rec. nº 144/2014, se debatió la forma de ejecución de una sentencia firme declarativa de la existencia de cesión ilegal de una trabajadora que optó por incorporarse a la Consejería de la Xunta de Galicia, quien le incorporó al Fondo Galego de Garantía Agraria como personal laboral indefinido, no fijo, sucediendo, que, con posterioridad y por acuerdo de la Xunta, se aprobó una nueva RPT en dicho Organismo, como consecuencia del cual, se modificó el puesto de la entonces demandante, al ser adscrita al Grupo A2, categoría-nivel 16, que era de adscripción exclusiva a funcionarios de la Xunta.

El Tribunal Supremo consideró que no era lógico que la Xunta no pudiera modificar las condiciones del contrato por los procedimientos legales y reglamentarios de los trabajadores readmitidos (como consecuencia de la declaración de cesión ilegal), cuando podía modificar las de cualquier trabajador fijo, quedan equiparados aquéllos a éstos, sin que la existencia de una sentencia firme anterior pudiera significar que los efectos de la cosa juzgada se perpetuaran o no fueran oponibles frente a hechos y actos posteriores.

**TERCERO** .- Sobre la cuestión debatida, que, insistimos, entendemos, difiere del supuesto fáctico enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de citar, ya se ha pronunciado esta misma Sala, en sentencia de la Sección Cuarta de 13 de abril de 2016, Rec. nº 678/2015, resolviendo idéntica controversia y a cuya doctrina habrá que estar por razones de seguridad jurídica, al mantenerse ahora el mismo criterio.

Se trataba de un trabajador que por sentencia de este Tribunal de 18 de julio de 2011, declaró la existencia de cesión ilegal, actuando INSA como cedente e INTA como cesionaria, condenando solidariamente a ambas entidades a estar y pasar por esta declaración y a INTA a integrar en su plantilla al demandante.

Mediante resolución de fecha 11 de marzo de 2014, se acordó la incorporación del actor al puesto de trabajo de Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales en el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas, como personal laboral indefinido no fijo y ocupación definitiva por ejecución de sentencia.

La sentencia entonces recurrida estimó la excepción de inadecuación de procedimiento, cosa juzgada y prescripción, respecto de la pretensión formulada por el actor contra el INTA, consistente en el reconocimiento del derecho a percibir un salario de 1.811,09 euros mensuales en catorce pagas, por ser el salario que percibía en la empresa cedente Ingeniería y Servicios Aeroespaciales S.A. (INSA), desestimando también la reclamación de diferencias salariales y la Sala, revocó, en parte, dicho pronunciamiento, razonando, por lo que aquí interesa, lo siguiente:

*<<... La cuestión que deduce este motivo del recurso ha sido objeto de enjuiciamiento en diversas resoluciones del Tribunal Supremo. Entre los más recientes, en sentencia de 17 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1378/2015 - ECLI:ES:TS :2015:1378) en la que el Alto Tribunal expresaba lo que sigue: "Efectivamente, estos precedentes jurisprudenciales [ SSTS 05/12/06 -rcud 4927/05 -; 09/12/09 -rcud 339/09 -; ... y 06/07/12 - rcud 2719/11 -] insisten en los siguientes pronunciamientos:*

*a).- Que la opción que confiere el art. 43.4 ET «... 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... [pues] no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición».*

*b).- Que «... está claro que los "efectos propios" de la relación de la actora con... [la empresa cesionaria] no podían ser otros sino los establecidos en el Convenio Colectivo aplicable, por cuanto que la previsión normativa sobre equiparación salarial -aparte de su inequívocidad- tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de «espiguelo» entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley».*

*c).- De esta forma, el salario que corresponde al trabajador que opta por integrarse en la empresa cesionaria es el que colectivamente se haya pactado para otro trabajador de igual categoría profesional y antigüedad, no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente.*

*d).- Aparte de que la solución contraria «sería incoherente y opuesta a la doctrina de los propios actos, porque de un lado se mantiene... la persistencia de cesión ilegal de mano de obra y la unidad de vínculo contractual, pero a la par se sostiene ... su validez a efectos retributivos y su primacía sobre la propia regulación laboral». Y también resulta contraria al principio de igualdad y al aforismo «a igual trabajo, igual salario».... >>.*

De este modo, la trabajadora, en este caso, carece del derecho al mantenimiento del salario precedente que le abonaba la empresa cedente, INSA, dado que el salario que le corresponde, después de optar por integrarse en la plantilla de la empresa cesionaria INTA, es el establecido en el Convenio Colectivo, para otro trabajador del mismo grupo profesional y antigüedad, como dice la sentencia del Tribunal Supremo citada en la que acabamos de transcribir parcialmente, incluso aunque fuera superior (lo que no sucede), al que percibía en la empresa INSA (cedente) y con efectos retroactivos a la declaración de cesión ilegal y ello impone la desestimación del recurso y la confirmación del fallo recurrido.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D.<sup>a</sup> Esther , contra la sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid , en autos nº 755/2014, seguidos a instancia de la recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE TÉCNICA AEROSPAZIAL "ESTEBAN TERRADAS" (INTA), confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene.

Sin costas.

Dése a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0771-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:



Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0771-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

**PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia el día 2-6-2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ