

Roj: **STS 1121/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1121**Id Cendoj: **28079140012017100155**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/03/2017**Nº de Recurso: **3857/2015**Nº de Resolución: **189/2017**Procedimiento: **Social**Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 667/2015,**
STS 1121/2017,
ATS 9724/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Intercontinental Fisheries Mangement, SL, representado y asistido por el letrado D. José Miguel Llamas Bravo de Laguna; Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por el letrado del Servicio Jurídico de la Seguridad Social; y por Marona Sociedad de Peachment, representado y asistido por la letrada D^a. Marta María Iranzo Fernández-Valladares, contra la sentencia dictada el 17 de abril de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 738/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de las Palmas de Gran Canaria, de fecha 28 de enero de 2013, recaída en autos núm. 464/2011, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio, contra el Instituto Social de la Marina; Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social; entidad mercantil Societe de Peche Marona, SA; mercantil Intercontinental Fisheries Mangement, SL, sobre reclamación de prestaciones. Ha sido parte recurrida D. Juan Ignacio representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de enero de 2013 el Juzgado de lo Social nº 5 de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Que el actor solicitó prestación de jubilación, la cual fue estimada por resolución del Instituto Social de la Marina de 1 de diciembre de 2000, y con fecha de efectos 17 de noviembre de 2000, computándole 31 años como cotizados, con una base reguladora de 181.975 Ptas. (1.093,69 euros) y un porcentaje del 93%.

SEGUNDO.- El actor prestó servicios, además de para las empresas que constan en la vida laboral, que se da por reproducida, en barcos pesqueros de bandera marroquí, propiedad de la codemandada Marona, Sociedad de Peachment, mercantil de nacionalidad marroquí con domicilio social en Añadir, en los períodos 1/6/1990 al 10/10/1991, y 1/11/1991 al 15/07/1991, así como 16/09/1991 al 31/10/1998. Los primeros dos períodos fueron cotizados en el Régimen General por Intercontinental Fisheries Management, como representante de Marona, quien fue quien le abonaba los salarios durante los tres períodos. El último período, el más prolongado, no fue objeto de cotización por parte de ninguna de las dos sociedades.



TERCERO.- Las empresas codemandadas suscribieron un contrato de "representación" en fecha 5/11/1998 cuyo objeto era la tramitación en España de todo lo referente a materia de Seguridad Social de los trabajadores de nacionalidad española adscritos a los buques pesqueros de bandera marroquí propiedad de Marona Sociedad de Pechement, a cargo de Internacional Fisheries Management.

CUARTO.- Si se computasen las bases de cotización por los salarios percibidos, y los años cotizados en el Régimen General en los períodos reseñados en el ordinal segundo, al actor le correspondería una base reguladora de 2.524,25 euros al mes, con un porcentaje del 100% de la misma.

QUINTO.- se presentó reclamación previa ante el ISM el 28 de marzo de 2011».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda promovida por D. Juan Ignacio contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Tesorería General de la Seguridad Social, Intercontinental Fisheries Management y Marona, Sociedad de Pechement, se fija la base reguladora de la pensión de jubilación del actor en 2.524,25 euros mensuales, con derecho a percibir un 100% de la base reguladora, respondiendo el Instituto Social de la Marina en una base reguladora de 1.093,69 euros, y las dos empresas codemandadas en el exceso, sin perjuicio de que le corresponda abonar el anticipo de la prestación al Instituto Social de la Marina. Todo ello teniendo en cuenta la reducción de la pensión que puede tenerse que operar al aplicar los límites de percepción de pensiones públicas aprobados anualmente, diferencia que, de existir, deberá prorratearse entre los obligados al pago, las empresas demandadas y el ISM, debiendo estar al cumplimiento del presente fallo el INSS y la TGSS».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Societe de Peche Marona, SA e Intercontinental Fisheries Mangement, SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 17 de abril de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por las entidades mercantiles Societe de Peche Marona, S. A. e Intercontinental Fisheries Management, S. A. contra la Sentencia dictada el día 28 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, debemos confirmar como confirmamos dicha Sentencia.

Con imposición de costas a las empresas recurrentes incluidos los honorarios del Letrado impugnante de los recursos que se fijan en 800 euros por cada uno de ellos».

TERCERO.- Por la representación de Intercontinental Fisheries Mangement, SL; Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social; y por Marona Sociedad de Peachement, se formalizaron los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina. Se aporta por los tres recurrentes como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, en fecha 14 de octubre de 2005.

CUARTO.- Con fecha 17 de mayo de 2016 se admitió a trámite los presentes recursos. Dándose traslado de los escritos de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar los recursos improcedentes.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 17 de abril de 2015, recaída en el rec. núm. 738/2014, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por las dos empresas codemandadas, y confirmó la sentencia de instancia, aclarada posteriormente, que estimó parcialmente la demanda promovida por el actor contra INSS, ISM, TGSS, y las empresas INTERCONTINENTAL FISHERIES MANAGEMENT, SL (IFM), y SOCIETE DE PECHE MARONA, SA (MARONA), fijando la base reguladora de la pensión de jubilación del actor en 2.524,25 ? mensuales, con derecho a percibir un 100% de la base reguladora, respondiendo el ISM de una base reguladora de 1.093,69 euros, y las dos empresas codemandadas en el exceso, sin perjuicio de que le corresponda abonar el anticipo de la prestación al ISM.

La cuestión controvertida reside en determinar si durante el periodo comprendido entre los años 1992 a 1998, en el que el actor prestó servicios en un buque de pabellón marroquí propiedad de la codemandada Marona, S.A, debería de haber estado de alta en la Seguridad Social española, y si procede en consecuencia la responsabilidad de las empresas por las diferencias resultantes de la invocada falta de cotización.



2.- Frente a la sentencia aludida se han presentado y formalizado tres recursos de casación para unificación de doctrina: uno por cada una de las dos empresas condenadas y otro por el ISM y la TGSS, alegando todos ellos un único motivo de recurso por infracción de normas del ordenamiento jurídico para el que todos los recurrentes invocan la misma sentencia de contraste, la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 14 de octubre de 2005, recaída en el recurso 1718/2002 .

3.- De los hechos probados de la sentencia recurrida y en lo que a los presentes efectos interesa, se desprenden los siguientes datos: 1) El actor solicitó prestación de jubilación, que fue estimada por resolución del ISM de 1 de diciembre de 2000, computándole 31 años como cotizados, con una base reguladora de 181.975 Ptas. (1.093,69 euros) y un porcentaje del 93%. 2) El actor prestó servicios, además de para las empresas que constan en la vida laboral, en barcos pesqueros de bandera marroquí, propiedad de la codemandada MARONA, mercantil de nacionalidad marroquí, en los períodos 1-6-1990 al 10-10-1991, y 1-11-1991 al 15-7-1991, así como del 16-9-1992, al 31-10-1998. 3) Los primeros dos períodos fueron cotizados en el Régimen General por IFM, como representante de MARONA, que fue quien le abonaba los salarios durante los tres períodos. 4) El último período no fue objeto de cotización por parte de ninguna de las dos sociedades (hecho completado en suplicación). 5) Las empresas codemandadas suscribieron un contrato de "representación" en fecha 5-11-1998, cuyo objeto era la tramitación en España de todo lo referente a materia de Seguridad Social de los trabajadores de nacionalidad española adscritos a los buques pesqueros de bandera marroquí propiedad de MARONA, a cargo de IFM.

La sentencia recurrida, confirmando la de instancia, considera que nos encontramos ante un supuesto de prestamismo laboral que por no estar amparado en ninguna norma, ni interna ni internacional, que lo autorice sólo puede ser calificado como **cesión ilegal** de mano de obra, en el que una empresa con domicilio social en España (IFM) contrata en España a trabajadores españoles para cederlos a una empresa marroquí del sector de la pesca (MARONA) para que presten servicios en el extranjero (en buques de pabellón extranjero, con puerto base en el extranjero, que faenan en aguas internacionales y nacionales de otros países). Por consiguiente, la empleadora debió cotizar a la Seguridad Social española al tratarse de un supuesto de prestamismo laboral en el que la empresa española pretende eludir sus obligaciones legales al ceder ilegalmente al trabajador a una empresa extranjera, lo que implica responsabilidad solidaria de ambas empresas en el abono de las diferencias resultantes en la base reguladora de la pensión de jubilación.

SEGUNDO.- 1.- Como se anticipó, los tres recursos formalizados aportan de contraste la misma sentencia: la de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias - sede de Las Palmas- de 14 de octubre de 2005, recaída en el recurso nº 1718/2002 . En ella se contempla un supuesto en el que: 1) Un trabajador presto servicios para la empresa Marona como patrón de pesca en un barco de bandera marroquí. 2) La relación de servicios se inició mediante un contrato de trabajo suscrito por el actor con la codemandada IFM que actuaba como representante de Marona, S.A. 3) Durante dicho periodo de tiempo en el que se mantuvo la prestación de los servicios reseñados no figuran cotizaciones por el actor a la Seguridad Social española.

2.- El actor, al solicitar la pensión de jubilación entendió que hubo un incumplimiento por la empresa armadora del buque de sus obligaciones de alta y cotización, lo que debió comportar su declaración de responsabilidad en orden a las diferencias prestacionales resultantes.

La Sala, ratificando la sentencia de instancia, entendió que dicho incumplimiento no resultaría de la aplicación del Derecho del Trabajo español a la relación laboral, que era la argumentación del trabajador, sino que, en todo caso, derivaría del hecho de que la prestación de servicios hubiera debido dar lugar al alta y cotización de la empresa en el sistema de Seguridad Social español y, en concreto, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Y esto no depende, razona la sentencia, «de si la empresa armadora tenía unas oficinas en España, compartidas con otra empresa o si se pagaba con cargo a cuentas corrientes abiertas en entidades españolas, ni siquiera del hecho de que el puerto base del buque se encuentre en España, ya que en este caso el artículo 6.1.e del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos , firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979 y ratificado mediante Instrumento de 5 de julio de 1982, establece como punto de conexión a efectos de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable el Estado de abanderamiento del buque (salvo que, según dispone el artículo 1 del Protocolo adicional de 8 de febrero de 1984 al citado al convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos , se tratara de empresa pesqueras conjuntas hispano-marroquíes, lo que no ha sido acreditado en modo alguno y por tanto no consta en la relación de hechos declarados probados, ni siquiera aunque se admitiera la modificación pretendida por el recurrente y que ya fue desestimada por irrelevante). Por tanto, si de forma indiscutida el Estado de abanderamiento de los buques en los que el trabajador prestó servicios es el Reino de Marruecos, el encuadramiento a efectos de Seguridad Social que correspondía al recurrente durante dicho periodo era el sistema marroquí de seguros sociales, lo que de nuevo lleva a la desestimación del recurso presentado, puesto que no puede imputarse a



la empresa demandada falta de alta y cotización en la Seguridad Social española que justifique la imputación de responsabilidad a la misma en orden a las prestaciones».

TERCERO.- 1.- En atención a los hechos, pretensiones y cuestiones jurídicas debatidas en uno y otro caso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, debe concluirse forzosamente la inexistencia de contradicción por no concurrir las identidades requeridas por el art. 219 LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2.- Hay sin duda elementos coincidentes en uno y otro supuesto al tratarse de las mismas empresas, pero como ya ha tenido ocasión de resolver esta Sala en el Auto de 20 de julio de 2010, rcud. 2587/2009, y en la sentencia deliberada este mismo día en el rcud. 1353/2015, apreciando la inexistencia de contradicción en otro asunto en el que igualmente eran demandadas estas dos empresas, la sentencia recurrida sustenta su decisión en la esencial consideración de entender que se ha producido una situación de **cesión ilegal** de mano de obra, mediante la que la empresa española ha incurrido en prestamismo laboral al ceder al trabajador para prestar servicios por cuenta de una empresa extranjera en un buque de pabellón marroquí, pretendiendo eludir de esta forma sus obligaciones frente a la seguridad social española. En la sentencia de contraste no se contiene la menor referencia a ese trascendente elemento jurídico, de tal forma que su decisión parte de considerar conforme a derecho la contratación del trabajador a través de una empresa conjunta hispano-marroquí, sin que conduzca a un resultado distinto la circunstancia de que la sociedad armadora del buque tuviere unas oficinas compartidas en España con la empresa española que actuaba como su representante en nuestro país.

3.- En el caso de la recurrida el demandante alegó expresamente la existencia de una **cesión ilegal** de trabajadores, que ya había denunciado previamente al reclamar su inscripción en la seguridad social española mediante aquella solicitud presentada ante el ISM en el año 2010, y en los hechos probados se hace constar expresamente que había prestado servicios de alta en seguridad social en el periodo 11-11-1991 a 15-7-1992 para la sociedad española IFM, suscribiendo en septiembre de 1992 un contrato de trabajo con las dos empresas demandadas, para continuar la prestación de servicios en el buque de bandera marroquí y volver a ser nuevamente alta en seguridad social desde 1-11-1998 hasta 4-7-2006 para la empresa IFM. De estas circunstancias se concluye que se trata de una **cesión ilegal** de trabajadores, de la que acertadamente se extrae como consecuencia jurídica que la empresa cedente no puede eludir sus obligaciones frente a la seguridad social española por aquel periodo entre los años 1992 y 1998 en el que dejó de cotizar por el trabajador en nuestro país.

Nada de eso sucede en el caso de la sentencia referencial en el que el demandante no había invocado la existencia de una situación de **cesión ilegal**, siendo esa cuestión jurídica totalmente ajena al debate litigioso, hasta el punto que la decisión se sustenta exclusivamente en la consideración de que la relación laboral se articula a través de una empresa conjunta hispano-marroquí sin tacha de legalidad alguna y que la prestación de servicios se desarrolla en un buque abanderado en Marruecos, lo que en aplicación del Convenio entre España y Marruecos eximía de cotizar en la seguridad social española. No se nos escapa que pudiere darse la posibilidad de que en el supuesto de la sentencia de contraste concurre eventualmente una misma situación de **cesión ilegal** de mano de obra, pero lo relevante ahora a efectos de la contradicción, es que esa cuestión no solo no fue objeto del debate litigioso, sino que ni tan siquiera en los hechos probados de la sentencia se incluyen elementos de juicio al respecto, siendo por ello totalmente ajena a las consideraciones jurídicas que se tienen en cuenta para fundamentar su decisión.

4.- Estas relevantes diferencias resultan determinantes de las distintas soluciones aplicadas en uno y otro caso, lo que ineludiblemente conduce a la inexistencia de contradicción, que en este momento procesal constituye causa de desestimación del recurso, en el mismo sentido que en los asuntos correspondientes a los recursos 1353/2015 y 2893/2015 deliberados en el día de hoy que afectan a las mismas empresas y en los que se plantea idéntica cuestión.

5.- Respecto de los recursos formulados por las entidades INTERCONTINENTAL FISHERIES MANAGEMENT, SL (IFM), y SOCIETE DE PECHE MARONA, SA (MARONA, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1º LRJS, procede la imposición de costas a la empresa recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

CUARTO.- 1.- En el recurso formulado por el letrado de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Social de la Marina y de la Tesorería General de la Seguridad Social además de la causa de inadmisión relatada referida a la falta de contradicción con la sentencia de contraste, concurre la falta de legitimación de las citadas entidades para recurrir la sentencia combatida. En efecto, ambas entidades no formularon recurso frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, por lo que se quietaron con la sentencia del órgano judicial de instancia, y dicha resolución en nada ha sido modificada por la sentencia de suplicación aquí recurrida.



2.- El carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de la doctrina implica la exigencia de específicos requisitos de legitimación a la parte recurrente puesto que se le exige haber desarrollado una actividad diligente en la fase de suplicación. Por ello, hemos señalado que no puede acceder a la casación unificadora quien, perjudicado por la sentencia de instancia, no procedió a interponer el recurso de suplicación. En efecto, constituye doctrina jurisprudencial formulada con reiteración que es preciso una correspondencia entre los motivos planteados en suplicación y los formulados en casación para la unificación de doctrina; y no pueden plantearse en casación cuestiones nuevas que no hubieran sido debatidas en el recurso de suplicación (SSTS de 16 de noviembre de 1996, rec. 117/1996 ; de 1 de octubre de 1996, rec. 659/1296 , entre muchas otras), por lo que «desestimada por la sentencia de instancia, sin que ellos interpusiesen recurso contra tal decisión, la cual aceptaron y acataron, no es posible, ahora, impugnarla válidamente en este recurso de casación para la unificación de doctrina...Debe recordarse además que este recurso se interpone contra la sentencia dictada en suplicación, no contra la de instancia, y es indiscutible que en la suplicación, no se planteó ni discutió sobre ese problema por lo que la recurrida no lo trató ni resolvió».

También por esta causa procedía la inadmisión del recurso formulado por el IMS y la TGSS que, en este trámite, implica su desestimación por este motivo, además de la señalada falta de contradicción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1.- Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Intercontinental Fisheries Mangement, SL, representado y asistido por el letrado D. José Miguel Llamas Bravo de Laguna; Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por el letrado del Servicio Jurídico de la Seguridad Social; y por Societe de Peche Marona, SA, representado y asistido por la letrada D^a. Marta María Iranzo Fernández-Valladares. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 17 de abril de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 738/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de las Palmas de Gran Canaria, de fecha 28 de enero de 2013 , recaída en autos núm. 464/2011, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio , contra el Instituto Social de la Marina; Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social; entidad mercantil Societe de Peche Marona, SA; mercantil Intercontinental Fisheries Mangement, SL, sobre reclamación de prestaciones. 3.- Imponer las costas de sus respectivos recursos a Intercontinental Fisheries Mangement, SL y a Societe de Peche Marona, SA y decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados por dichas entidades para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.