



Roj: **STS 1134/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1134**

Id Cendoj: **28079140012017100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **1353/2015**

Nº de Resolución: **185/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4517/2014,**
STS 1134/2017,
ATS 12102/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Miguel Llamas Bravo de Laguna, en nombre y representación de Intercontinental Fisheries Management, S.A. y Societé de Pêche Marona, S.A., contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso de suplicación núm. 1270/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 15 de mayo de 2012, recaída en autos núm. 11/2011, seguidos a instancia D. Conrado contra el Instituto Social de la Marina, la empresa Marona, S.A. y la entidad Internacional Fisheries Management, S.A. (IFM). Han sido partes recurridas D. Conrado, representado por la procuradora D.ª Teresa de Jesús Castro Rodríguez, y el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), representados y defendidos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º** .- Conrado, con DNI NUM000, tiene reconocida pensión de jubilación (100%) por resolución de 31.07.06 de la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina con una base reguladora por importe de 1.467,87 euros mensuales y fecha de efectos 5.07.06, resolución que obrando en autos se da por reproducida. Para el cálculo de la base reguladora por la entidad gestora se han tenido en cuentas las bases de cotización y el periodo (7.91 a 6.06) que figuran en el informe de cotización, por reproducido.

2º .- El buque Bnou Kourra, propiedad de la empresa Marona, SA (con domicilio social en Casablanca, Avda. Hassan II, 52), es de bandera marroquí, con puerto base en Agadir (doc. nº 2 empresa).

3º .- El demandante estuvo prestando servicios con la categoría profesional de patrón de pesca a bordo del buque Bnou Kourra (ordinal conforme).

4º .- El actor, con residencia en Las Palmas, celebró contrato de trabajo el 21.09.92 en Las Palmas de G.C. con las entidades Marona, SA e IFM, el cual fue visado en el Instituto Español de Emigración (Delegación Provincial de Las Palmas) el 23.09.92 para prestar servicios en el buque Bnou Kourra, por reproducido. En



el contrato figura como domicilio de la empresa Marona el sito en el Edificio Beiremar, Espigón del Castillo, Muelle pesquero, Las Palmas de G.C.

5º.- El actor estuvo dado de alta por la Dirección General de Ordenación de Emigración desde 21.09.92 hasta 31.10.98, al haber suscrito convenio especial para la cobertura de asistencia sanitaria (ordinal conforme).

6º.- Desde el 11.11.91 hasta el 15.07.92 en el R.G.S.S. y desde el 1.11.98 hasta el 4.07.06 en el R.E.M. el trabajador ha figurado de alta en la empresa Internacional Fisheries Management, SA (hoja de vida laboral). Esta entidad le abonaba sus retribuciones y emitía los correspondientes certificados sobre las bases de cotización a la seguridad social (doc. nº 5 y 9 actor y expediente administrativo).

7º.- Las empresas demandadas celebraron contrato de representación a efectos de la Seguridad Social española, por reproducido, el 5.11.98, según el cual, la representante de la Sociedad de Pesca Marona, SA en España sería Internacional Fisheries Management, SA.

8º.- Esta última tiene su domicilio social en Madrid, fue constituida por escritura pública el 5.02.88 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid (doc. nº 10 actor).

9º.- El actor solicita, con independencia de los topes máximos previstos legalmente, que se tengan en cuenta para el cálculo de las bases de cotización en el periodo octubre de 1992 a octubre de 1998 los salarios establecidos en el contrato de trabajo (250.000 pesetas mensuales) o los superiores que resulten de las liquidaciones de mareas, las cuales obrando en autos se dan por reproducidas.

10º.- De ser tenidas en cuenta dichas bases de cotización la base reguladora que correspondería al actor ascendería a 2.120, 24 euros mensuales. Si consideramos que el importe de 250.000 pesetas reflejado en el contrato de 21.09.02 no es salario garantizado la base reguladora ascendería 1.911, 40 euros (diligencias acordadas para mejor proveer).

11º.- El actor presentó solicitud de alta desde el 21.09.92 en la entidad Marona al ISM el 6.07.10. Por escrito de 13.08.10 se le contesta que no se ha procedido a modificar los datos existentes por no haber sido dado de alta en la empresa ni existir cotizaciones en el R.G.S.S. o en el REM.

12º.- Se ha agotado la vía previa. La reclamación previa se presentó el 4.11.10»

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por Conrado contra el Instituto Social de la Marina, Marona, S.A. e Internacional Fisheries Management, SA y en su virtud declaro que la cuantía de la base reguladora de la prestación de jubilación del actor ha de ascender a la suma de 1.911, 40 euros mensuales, correspondiendo su abono hasta la base mensual de 1.467,87 euros al ISM y la diferencia hasta completar los 1.911, 40 euros mensuales con carácter solidario a Marona, SA e Internacional Fisheries Management, SA con efectos de 4.08.10, sin perjuicio de su anticipo por el Instituto Social de la Marina, y condeno a todos los demandados a estar y pasar por la anterior declaración».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Social de la Marina, Intercontinental Fisheries Management, S.A., Sociedad de Pesca de Marona, S.A. y D. Conrado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2014, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, INTERCONTINENTAL FISHERIES MANAGEMENT S.A., SOCIEDAD DE PESCA MARONA, S.A. y Conrado contra la Sentencia 208/2012 de 16 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria sobre Otros Derechos Seguridad Social, la cual confirmamos íntegramente. Se acuerda la pérdida de depósito efectuado por las recurrentes para recurrir a los que se dará el destino legal pertinente».

TERCERO.- Por la representación letrada de Intercontinental Fisheries Management, S.A. y Societé de Pêche Marona, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias el 31 de marzo de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas, en fecha 14 de octubre de 2005 (RSU 1718/2002), considerando la parte que la sentencia recurrida vulnera, por incorrecta aplicación, los siguientes preceptos: artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio), artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995, de 24 de marzo), artículo 1.5 del Código Civil, artículo 96.1 de la Constitución española, artículo 6.1 e) del Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social suscrito entre España y Marruecos de 8.11.1979, y el artículo 21 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones.

CUARTO.- Con fecha 25 de enero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen



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 que el recurso debe ser desestimado.

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 .- Las dos sociedades mercantiles codemandadas recurren en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias- Las Palmas de Gran Canaria de 11 de diciembre de 2014, rec. 1270/2013 , que desestimó el recurso de suplicación formulado por las mismas y confirmó en sus términos la sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Las Palmas de Gran Canaria, que estimó parcialmente la demanda para reconocer al actor una superior base reguladora de la prestación de jubilación en litigio, condenando solidariamente a las recurrentes al pago de la diferencia resultante de la situación de falta de cotización en la que habían incurrido, y todo ello sin perjuicio de su anticipo por el Instituto Social de la Marina.

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 .- De los hechos probados de la sentencia recurrida y en lo que ahora interesa, se desprenden los siguientes datos : 1º) el actor ha venido prestando servicios con la categoría profesional de patrón de pesca a bordo de un buque de bandera marroquí propiedad de la empresa Marona, S.A; 2º) desde 11.11.1991 hasta el 15.7.1992 en el RGSS ha figurado de alta en la empresa IFM; 3º) en fecha 21.9.1992 celebró contrato de trabajo con las sociedades Marona S.A e IFM para prestar servicios en el mencionado buque; 4º) en fecha 5.11.1998, las dos empresas demandadas concertaron un contrato de representación a efectos de la Seguridad Social española , según el cual, IFM sería la representante en España de Marona, S.A; 5º) desde 1.11.98 hasta 4.7.2006 está de alta en el R.E.M. por cuenta de la empresa IFM; 6º) presentó una solicitud al Instituto Social de la Marina el 6.7.2010, para que se le diera de alta en la Seguridad Social española por los servicios prestados en la empresa Marona , S.A en el periodo 21/9/1992 hasta 31/10/1998, por ser continuidad del anterior vínculo laboral con la empresa IFM en el periodo 30/1/1991 a 1/11/1998, siendo que ambas empresa formarían una unidad empresarial.

3. - Conforme a estos hechos, la sentencia de instancia y la recurrida consideran que el trabajador ha sido objeto de una situación de **cesión ilegal**, de la que se desprende la consecuencia jurídica de que la verdadera empleadora sería la empresa española que contrata en España a trabajadores españoles y los cede ilegalmente a una empresa marroquí para prestar servicios en un buque de pesca bajo pabellón extranjero, lo que determina que la empleadora debiere de haber cotizado en la seguridad social española durante tal periodo y la consecuente responsabilidad solidaria de ambas empresas en el abono de las diferencias resultantes en la base reguladora de la pensión de jubilación.

Así lo dice la sentencia del juzgado cuando concluye que se trata de un supuesto de prestamismo laboral que por no estar amparado en ninguna norma interna ni internacional que lo autorice, debe ser calificado como **cesión ilegal** de mano de obra, lo que no permite que una empresa española pueda ceder trabajadores a una empresa marroquí para que presten servicios en el extranjero, eludiendo con ello sus obligaciones en materia de seguridad social conforme a la legislación española.

La sentencia recurrida confirma ese mismo pronunciamiento reiterando que es de aplicación al actor el sistema de seguridad social español, 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.

SEGUNDO. 1. - Como sentencia de contraste se aporta la dictada por la misma Sala de lo social del TSJ de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria de 14 de octubre de 2005, rec. 1718/2002 .

Los hechos relevantes a efectos de contradicción de esta sentencia, son como siguen: 1º) el trabajador prestó servicios para la empresa Marona, S.A como patrón de pesca en un buque de bandera marroquí; 2º) 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.

2. - De acuerdo a esos elementos de juicio la sentencia del juzgado desestimó la demanda y la de contraste desestima igualmente el recurso de suplicación del trabajador, en el que se alegaba que al encontrarse registrado el buque en la seguridad social española la empresa explotadora del mismo estaba igualmente



sujeta a la legislación española y debió de cotizar por el actor a la seguridad social en nuestra país, debiendo por ello calcularse la base reguladora de la prestación de jubilación conforme a nuestra normativa interna.

Razona la sentencia que la cuestión reside en determinar si durante la prestación de servicios debió quedar encuadrado el trabajador en la seguridad social española, a lo que responde negativamente porque el buque en el que prestaba servicios estaba abanderado en Marruecos, y en aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos el punto de conexión a efectos de determinar la legislación de seguridad social aplicable debe ser el país cuyo pabellón ostenta el buque; a lo que añade que estaríamos ante el caso de una empresa pesquera conjunta hispano-marroquí, sin que altere esa conclusión la circunstancia de que la empresa armadora de la nave tenga unas oficinas en España compartidas con la empresa española que la representa.

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, 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.

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 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 ilegalidad 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 concurriera 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 las recursos 2893/2015 y 3857/2015 deliberados en el día de hoy que afectan a las mismas empresas y en los que se plantea idéntica cuestión.

5 .- Conforme a 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.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Intercontinental Fisheries Management, S.A. y Societé de Pêche Marona, S.A., contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias- Las Palmas de Gran Canarias, en el recurso de suplicación núm. 1270/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 15 de mayo de 2012 , recaída en autos núm. 11/2011, seguidos a instancia D. Conrado contra el Instituto Social de la Marina, la empresa Marona, S.A. y la entidad Internacional Fisheries Management, S.A. (IFM). Con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion 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. Sebastian Moralo Gallego 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.