

Roj: **STS 1163/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1163**Id Cendoj: **28079140012017100184**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/03/2017**Nº de Recurso: **2893/2015**Nº de Resolución: **187/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 943/2015,**
STS 1163/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Societé de Péches Marona S.A., representada y asistida por la letrada D^a. Marta Iranzo Fernández-Valladares, e Intercontinental Fisheries Management, S.L., representada y asistida por el letrado D. José Miguel Llamas Bravo de Laguna, contra la sentencia dictada el 19 de marzo de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, en recurso de suplicación nº 1140/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 94/12, seguidos a instancias de D. Benigno, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM), Intercontinental Fisheries Management, S.A., Societé de Péches Marona, S.A. (Marona) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Han comparecido como partes recurridas Societé de Péches Marona, S.A. (Marona), representada y asistida por la letrada D^a. Marta Iranzo Fernández-Valladares y D. Heraclio, representado por el procurador D. Lorenzo Manuel Nieves García y asistido por el letrado D. José Ramón Pérez Meléndez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **PRIMERO.-** El actor ha venido prestando servicios para las empresas codemandadas desde el 4-06-1.990 con categoría profesional de Mecánico Naval y salario día bruto prorrateado de 96,57 € de promedio durante el año anterior a su cese.

SEGUNDO.- El demandante ha venido prestado dichos servicios en barcos pesqueros de bandera marroquí, propiedad de la codemandada Societé de Péches Marona S.A., mercantil de nacionalidad marroquí domiciliada en Agadir.

Durante el periodo de 1-09-1.992 hasta octubre de 1.998, el demandante prestó servicios en buque de bandera marroquí perteneciente a la codemandada Marona.

TERCERO.- El demandante ha venido percibiendo sus salarios de la codemandada IFM S.A, para la que figuraba en alta en la S. Social, siendo dicha empresa la que efectuaba las correspondientes retenciones del IRPF a los efectos de su ingreso en la Hacienda Pública española.



CUARTO.- En el contrato de trabajo del actor, suscrito en esta ciudad con IFM S.A., se pactaba que en lo no previsto las partes estarían a las previsiones del ET y al Convenio Colectivo de Pesca.

QUINTO.- Las empresas codemandadas suscribieron un contrato de "representación" en fecha 5-11-1.998 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 S.A., a cargo de IFM S.A.

SEXTO.- En fecha 17-01-2.007 el actor fue despedido por la empresa Marona. Consta que Marona entregó al actor el importe de 68.226,21 euros, en concepto de indemnización y de pagas extras de junio y diciembre, quedando con ello saldada y finiquitada la relación laboral entre las partes.

No consta que el actor hubiera impugnado su despido.

SÉPTIMO.- Habiendo solicitado prestaciones por jubilación, por Resolución de 23-12-2.010 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió estimar la misma sobre una base reguladora de 1.573,64 Euros con un porcentaje del 96% y una pensión inicial de 1.510,69 euros.

OCTAVO.- El actor reclama que la base reguladora de la prestación de jubilación sea de 2.884,00 euros y el porcentaje de 104% dada las retribuciones percibidas por IFM durante el periodo de 1-09-1.992 al 21-10-1.998 y que se especifican en el hecho sexto de su demanda y que no fueron cotizadas, existiendo en dicho periodo prestamismo laboral de IFM a Marona.

NOVENO.- Se agotó la vía previa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DON Benigno frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, la empresa INTERCONTINENTAL FISHERIES MANAGEMENT, S.A., la empresa SOCIÉTÉ DE PÉCHES MARONA, S.A. (MARONA), y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se fija la base reguladora de la pensión de jubilación del actor en 2.884,00 euros respondiendo el Instituto Social de la Marina hasta la base reguladora reconocida de 1.573,64 euros y el exceso es responsabilidad de las empresas demandadas, sin perjuicio de su anticipo por parte del ISM, reconociendo asimismo el derecho al cobro del 100% de la base reguladora establecida en esta sentencia.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Societé de Péches Marona S.A. (Marona), y por Intercontinental Fisheries Management S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 19 de marzo de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por INTERCONTINENTAL FISHERIES MANAGEMENT, S.A., y estimamos en parte el recurso de Suplicación interpuesto por SOCIÉTÉ DE PÉCHES MARONA, S.A., ambos contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio nº 94/2012 y, con revocación parcial de la misma, declaramos:

1º) que los efectos económicos de la prestación reconocida al actor, Sr. Benigno, se retrotraen a la fecha de 30/09/2011;

2º) que los intereses de capitalización del capital coste se ha de limitar a la fecha del dictado de la sentencia de instancia y que data de 11/02/13.

Y mantenemos inalterados los restantes pronunciamientos de esta última.».

TERCERO.- Por las representaciones de Societé de Péche Marona, S.A. y por la de Intercontinental Fisheries Management, S.L. se formalizaron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), ambos recurrentes proponen, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Las Palmas) de 14 de octubre de 2005, (rollo 1718/2002).

CUARTO.- El 15 de enero de 2016 se dicta providencia por la que «se admite parcialmente respecto del primer motivo del recurso de casación para Unificación de Doctrina formalizado por MARONA SA», dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalizaran 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 debía ser estimado parcialmente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada 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 demandadas recurren en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), en tanto confirma el pronunciamiento principal del Juzgado de lo Social que fijaba el importe de la pensión de jubilación del actor en el 100% de la base reguladora de 2884,00 €, de los que 1.573,64 € correspondían al Instituto Social del Marina (ISM) y el resto es responsabilidad de las empresas.

2. Ambas recurrentes plantean un mismo motivo -el único de IFM y el primero de MARONA- que incide sobre la cuestión de las obligaciones de alta y cotización por el periodo en que el actor prestó servicios a bordo de un buque de pabellón marroquí, propiedad de la codemandada Marona. Coinciden también las dos recurrentes en señalar la misma sentencia de contraste, en referencia a la dictada por la misma Sala de lo Social de Las Palmas el 14 de octubre de 2005 (rollo 1718/2002).

3. Se da la circunstancia de que el trabajador siempre prestó servicios en barcos pesqueros de bandera de Marruecos, propiedad de Marona, empresa de nacionalidad marroquí, si bien percibía los salarios de la codemandada, de nacionalidad española, y figuraba en alta en la Seguridad Social como trabajador de la misma, no sucede lo mismo con el periodo de 1992 a 1998.

La Sala de suplicación entiende que se daba una **cesión ilegal** en la que la verdadera empleadora del demandante era la empresa española, la cual lo cedió a la marroquí y por ello confirma la sentencia del Juzgado que impone la responsabilidad a la empresa por la diferencia resultante en la prestación de jubilación.

4. La sentencia de contraste se refiere también a un trabajador que solicita pensión de jubilación del ISM tras haber prestado servicios para las mismas empresas a bordo de buques de la sociedad marroquí. Y, ciertamente, se aprecian elementos coincidentes con el caso de la sentencia recurrida en ese punto; sin embargo, como ya ha tenido ocasión de resolver esta Sala en el ATS/4ª de 20 julio 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.

5. En el caso de la sentencia recurrida consta expresamente que el demandante ya había prestado servicios y estado de alta en seguridad social 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 a partir de 1998 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**, por lo que esa cuestión jurídica es allí 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.

6. No concurre, por tanto, la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS , pues las diferencias expuestas resultan determinantes de las distintas soluciones aplicadas en uno y otro caso.



7. La falta de contradicción justificaba la inadmisibilidad del recurso que sólo contuviera este motivo -el de IFM- y debe ser ahora causa de desestimación del mismo, tal y como también declaramos en los recursos de casación para unificación de doctrina 2893/2015 y 3857/2015, deliberados en el día de hoy, afectantes a trabajadores de las mismas empresas y en los que se plantea idéntica cuestión.

SEGUNDO.- 1. La codemandada MARONA plantea un segundo motivo relativo a la cuestión de la condena en costas en suplicación.

2. Recordemos que el fallo de la sentencia recurrida -precedido del Fundamento de Derecho Decimoséptimo- impone a las recurrentes las costas del recurso de suplicación. No obstante, el sentido de dicho fallo no es netamente idéntico para ambas mercantiles, puesto que, mientras que se desestima integralmente el recurso de IFM, se estima en parte el de MARONA.

La recurrente aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por esta misma Sala IV del Tribunal Supremo el 10 febrero 1995 (rcud. 2187/1994), dictada en un supuesto en que se planteaba idéntica controversia sobre la condena en costas de la empresa que había visto estimado en parte el recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Ninguna duda cabe de la concurrencia de los requisitos del art. 219.1 LRJS pues, ante idéntico punto litigioso, las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas: mientras que la sentencia recurrida le impone las costas a la empresa recurrente, la de contraste deja sin efecto la condena en costas en suplicación.

3. Dentro de las reglas comunes a los recursos de suplicación y casación, dispone el art. 235.1, par. primero LRJS que «La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social». Utiliza la ley adjetiva laboral la regla general del vencimiento sin precisión, mas esta Sala ha venido entendiendo que por parte vencida ha de entenderse únicamente aquélla que planteó el recurso y vio desestimado el mismo (así, STS/4ª de 21 enero 2002 - rcud. 176/2001 -, con cita de precedentes).

El precepto legal citado tampoco contiene mención a la posibilidad de estimación parcial del recurso. La única ocasión que la Sala ha debido pronunciarse al respecto es la que se plasma en la sentencia de contraste, en la que entendimos que un recurso en que se acoja alguno de los motivos del recurrente ya impide considerar a dicha parte como vencida, en la medida en que se pone de manifiesto que el recurso contenía algún argumento con el que combatir la sentencia recurrida.

4. Ciertamente, a falta de regulación expresa en la LRJS, hemos de acudir a la norma supletoria (Disp. Final 4ª LRJS), que, en este caso, se halla en el art. 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en donde sí se da solución al tratamiento de las costas procesales en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, estableciéndose que «...cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad».

Ello comporta que, al haberse aceptado parte del recurso de suplicación de MARONA, la sentencia recurrida no debió de imponer a dicha parte las costas causadas por su recurso, por lo que debe ser revocada en lo que a este extremo se refiere.

TERCERO.- 1. Lo que venimos razonando implica la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina de IFM, con imposición de las costas del mismo a dicha parte (art. 235.1 LRJS) y la condena a la pérdida del depósito dado para recurrir.

2. Asimismo, supone la estimación en parte del recurso de MARONA en el sentido de casar y anular en parte la sentencia recurrida, para absolver a dicha parte de la condena en costas allí impuesta, manteniendo, no obstante, el resto de pronunciamientos del fallo. Procede, en consecuencia, la devolución de los depósitos dados para recurrir (art. 203.3 LRJS).

3. Debe, no obstante, darse a las consignaciones el destino legal.

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.L. (IFM) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de marzo de 2015 (rollo 1140/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte y por Societé de Péches Marona S.A. (Marona) contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 11 de febrero de 2013 en los autos núm. 94/12 seguidos a instancias



de D. Benigno contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM), Intercontinental Fisheries Management, S.A., Societé de Péches Marona, S.A. (Marona) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), con condena en costas a la misma y pérdida del depósito dado para recurrir. Estimar en parte el recurso de Societé de Péches Marona S.A. (Marona), casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de absolver en costas a la citada parte, con devolución del depósito dado para recurrir, manteniendo el resto de pronunciamientos. Asimismo, ordenar que se dé a las consignaciones el destino legal.

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 la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ