

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 11 de febrero de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 544/2013*

**SUMARIO:**

**Cesión ilegal de trabajadores. Efectos económicos.** La prescripción del derecho a posibles diferencias salariales entre lo percibido por la empresa cedente y lo debido percibir por la cesionaria en aplicación de su convenio colectivo, previa declaración de cesión ilegal, inicia su cómputo en la fecha del correspondiente devengo, sin que se halle subordinado ni tenga efecto interruptivo alguno el proceso declarativo de la existencia del ilegal fenómeno interpositorio.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 43.3 y 59.

**PONENTE:**

*Don Luis Fernando de Castro Fernández.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de AYUNTAMIENTO DE SEVILLA frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en fecha 4/octubre/2012 [recurso de Suplicación n.º 3760/2010 ], que resolvió el formulado por la misma parte y D. Teofilo contra SERMICRO, S.A. e INFORPROG, S.L. frente a la sentencia pronunciada en 31/mayo/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Sevilla [autos 978/08], sobre CANTIDAD.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 31 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo parcialmente la demanda formulada por Teofilo contra AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, SERMICRO S.A. y condeno a éstas a abonar solidariamente al actor 5474,78 euros. Procede igualmente condenar al Ayuntamiento demandado a abonar al actor 994,62 euros- Procede la absolución de Inforprog, S.L."

**Segundo.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El actor es persona! laboral indefinido de la Corporación Municipal, con categoría profesional de Técnico Auxiliar de Informática, incardinado en el Grupo C, y con nivel 17, desempeñando un puesto de tales características en el Servicio de Informática del Ayuntamiento de Sevilla (SEIM)- El actor ostenta tal condición en virtud de Sentencias firmes del Juzgado de lo Social de Sevilla núm. 2 de 4-9-06, y de la Sala del TSJ de Andalucía de 2-10-07, por la que se ha declarado la existencia de cesión ilegal en la contratación del actor, y la concurrencia de la condición de empresario real por parte de la Corporación. Dichas Sentencias le han reconocido una antigüedad en la prestación de servicios para el Ayuntamiento desde 26-11-03, habiéndose dictado Decreto de 21-1-08 por el Ayuntamiento en reconocimiento de tal antigüedad- No obstante, el actor no fue integrado en la plantilla del Ayuntamiento hasta el 10/12/07, fecha en que viene siendo retribuido por el mismo- SEGUNDO: El citado estuvo contratado formalmente por Sermicro, S.A. del 6/6/05 al 9/12/07- Desde el 6/6/05 a 31/12/05 de considerar que debía ser retribuido como trabajador del Ayuntamiento, debería haber percibido 15413,46 euros, y percibió 6409,71 euros- En el 2006 debería haber percibido 27.037,09 euros y percibió 12.153,10 euros. Y en el 07, hasta el 9/12/07 debió haber percibido 27.037,09

euros, y percibió 11.938,90 euros- En concreto en el periodo 3/7/07 a 10/12/07, debería haber percibido, de considerar que debía ser retribuido como trabajador del Ayuntamiento 12.207,28 euros, y percibió 6732,50 euros- En el 2004 en que estuvo contratado formalmente por Inforprog, SL. percibió 5569,74 euros y debió haber percibido, de considerar que debía ser abonado su salario como trabajador del Ayuntamiento, 13.184,503 euros. En el 05, hasta el 5/6/05 en que prestó servicios para tal entidad, percibió 4945 euros, y debió haber percibido 10.349,73 euros- Al actor en relación a la paga de primavera de 2008, cuyo importe total sería 1288 euros, se le ha abonado únicamente 293,38 euros- TERCERO: El actor en orden a la sentencia que declaraba la existencia de cesión ilegal, solicitó ejecución provisional de sentencia con fecha 30/1/07, a fin de proceder a su integración como trabajador del Ayuntamiento con las condiciones laborales correspondientes, lo que fue desestimado por auto de 11/4/07- Formuló Reclamación Previa, en reclamación de concretas cantidades, las reclamadas en la demanda que ha dado lugar al procedimiento que nos ocupa, el 3/7/08, que se resolvió por resolución de 5/8/08, dictándose posterior resolución de la Directora General de Recursos Humanos de 14/5/10 complementando la misma, considerando prescritas las cantidades devengadas con anterioridad al 3/7/07, prescripción a que no se hacía alusión en la anterior resolución. En relación a esta última resolución o acuerdo, no consta notificación al actor, constando la recepción por parte de otra persona, con DM diferente a la del actor, con fecha 21/5/10- CUARTO: Se da por reproducida la documental obrante en autos- QUINTO: Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación".

### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones de AYUNTAMIENTO DE SEVILLA y de D. Teofilo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 4 de octubre de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA y estimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Teofilo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla en sus autos núm. 978/08, en los que el primer recurrente fue codemandado junto a SERMICRO S.A. y INFORPROG S.L., en demanda de cantidad, y como consecuencia revocamos parcialmente dicha sentencia y condenamos solidariamente - descontado lo ya abonado por cada uno: al AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, INFORPROG S.L. y a SERMICRO S.A. a que abonen al actor la suma de 56.472,95 euros quedando el resto de la sentencia en iguales términos".

### **Cuarto.**

Por las representaciones procesales de AYUNTAMIENTO DE SEVILLA y SUMINISTROS, IMPORTACIONES Y MANTENIMIENTO ELECTRÓNICOS, S.A. (SERMICRO) se formularon recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y:

1. Recurso del Ayuntamiento de Sevilla sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 25 de marzo de 2.009 (Rec. 3022/2008 ).
- 2- Recurso de SERMICRO, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2.010 (Rec. 1854/2009 ).

### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente los recursos. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de febrero de 2.014, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1- El objeto de debate planteado en el presente recurso consiste en determinar la fecha de inicio para la prescripción de diferencias económicas en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, conforme a las previsiones del art. 43.3 ET . Cuestión a dilucidar -en el caso- sobre la base de los siguientes datos de hecho: a) el trabajador accionante es un Técnico Auxiliar de Informática que estuvo formalmente adscrito para la empresa «Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos, S.A. [SERMICRO], pero que realmente prestaba servicios para el Servicio de Informática del Ayuntamiento de Sevilla [SEIM], tal como se reconoció por sentencia del J/S de 04/09/06, que declaró la existencia de cesión ilegal y antigüedad de 26/11/03, confirmadas por la STSJ

Andalucía/Sevilla 02/10/07 ; b) en 30/01/07 el trabajador instó ejecución provisional de la sentencia, que fue rechazada por Auto de 11/04/07; y c) en 10/12/07 fue integrado en la plantilla municipal y por Decreto de 21/01/08 se le reconoce antigüedad de Noviembre/03, fecha -aquella- desde la que es retribuido por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla; y d) en 03/07/08, el trabajador reclamó diferencias entre el salario percibido por SERMICRO y el correspondiente al SEIM.

**2-** Por sentencia fechada en 31/05/10, el J/S n.º 2 de Sevilla [autos 978/08] condenó solidariamente a los demandados a abonar 5.474,78 euros, por entender exclusivamente no prescrito el periodo posterior a 03/07/07, al considerar que las diferencias se podían haber reclamado desde el momento en que se devengaron las mensualidades, sin esperar a la firmeza de la sentencia que declaró la existencia de cesión ilegal. Decisión revocada por la STSJ Andalucía/Sevilla de 04/10/2012 [rec. 3760/10 ], que sitúa el «dies a quo» en la fecha en que la cesión ilegal había sido confirmada por el TSJ [02/10/07 ] y condena al abono de diferencias salariales por importe de 56.472,95, argumentando que «la prescripción de los derechos sólo puede empezar a computarse a partir de la fecha en que su titular pudo ejercitarlos de forma efectiva [ art. 59.2 ET ] siendo imposible ninguna reclamación de diferencias de cantidades hasta que no se produjo efectivamente la firmeza del proceso sobre cesión ilegal de mano de obra y la ejecución del mismo a través del complejo proceso de integración del actor en la estructura de la Corporación Municipal, en el que pudieron concretarse las condiciones similares a las del actor. Además, no es cierto que el actor pudiese reclamar en aquellas fechas las diferencias, a los efectos de la fijación del dies a quo, por cuanto la cantidad a reclamar era, en aquellas fechas, de imposible cuantificación hasta el extremo que ni siquiera la sentencia de la que trae origen esta litis pudo fijar un salario, remitiéndose a la demanda, que a su vez se refería a "otros conceptos" (f. 37 y 55). Como muestra de la dificultad basta ver como el Convenio Colectivo establece tres complementos en la estructura retributiva del personal laboral que son, por su naturaleza, solo cuantificables hasta la fecha en que se produjo su incorporación en diciembre de 2007 [f. 278 y ss]».

### **Segundo.**

**1-** En su recurso frente a la indicada resolución, el Ayuntamiento de Sevilla presenta como contraste la STS 15/03/10 [-rcud 1854/09 -] y denuncia la infracción de los arts. 59 ET, 1969 y 1973 CC y la doctrina jurisprudencial expresada por la ya indicada sentencia de contraste.

Entre los supuestos contrastados ha de apreciarse la contradicción en los términos que la exige el art. 219 LRJS, requiriendo la existencia de pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la referencial- respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (últimamente, SSTS 16/07/13 -rcud 2275/12 -; 22/07/13 -rcud 2987/12 -; y 25/07/13 -rcud 3301/12 -). Y ello es así porque en la de contraste también se contempla la existencia de cesión ilegal declarada judicialmente y posterior reclamación de diferencias entre las remuneraciones percibidas en la empresa cedente y la cesionaria, entendiéndose la Sala - como veremos con más detalle- que el plazo de prescripción inicia su cómputo en la fecha en que se percibieron las retribuciones indebidas, sin que hubiese necesidad de esperar a que se produjese la declaración judicial de cesión indebida, que no tiene carácter constitutivo ni efectos «ex nunc».

Cierto que es que en supuesto -aparentemente- similar la Sala ha apreciado falta de contradicción con la invocada de contraste en las presentes actuaciones, pero -como atinadamente observa el Ministerio Público en su estudiado informe- esa STS 12/06/13 [-rcud 1483/12 -] parte de una sentencia recurrida cuya doctrina -como se razonaba en su fundamento tercero- en manera alguna era opuesta a la referencial de entonces y ahora -la citada STS 15/03/10, pues razona que «... en contra de lo que afirma el recurrente, rechaza la consideración del carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal [fundamento de derecho tercero] razonando que la prescripción no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución no se hizo efectivo el momento legalmente previsto para el pago [fundamento de derecho sexto]. Exactamente el mismo razonamiento contiene la sentencia de contraste al señalar en el fundamento de derecho cuarto, con cita de doctrina de esta Sala, que "la prescripción no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento legalmente previsto para el pago". Por lo tanto al contener las sentencias comparadas idéntico razonamiento no son contradictorias».

**2-** Por su parte, el recurso formalizado por SERMICRO aporta como referencial la STSJ Andalucía/Granada 25/03/09 [rec. 3022/08 ], que contempla el supuesto de trabajadores objeto de cesión ilegal que reclaman diferencias económicas desde el inicio de la relación laboral y con posterioridad a haber obtenido declaración judicial de la indebida puesta disposición de los trabajadores. Supuesto en el que la indicada de contraste resuelve que «la prescripción no comienza a computar desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal, sino desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago».

Y por las mismas razones que anteriormente han sido expresadas para el recurso del Ayuntamiento, entre las decisiones a contrastar media la oportuna contradicción, en la forma legal y jurisprudencialmente requerida.

**3-** Concurrente la exigencia de contradicción, el examen de la cuestión de fondo nos lleva a la estimación de los recursos, como para supuesto idéntico resolvimos en sentencia de 26/11/13 [-rcud 2353/12 -], en aplicación de reiterada doctrina de la Sala y que acto continuo pasamos a exponer.

### **Tercero.**

**1-** En una primera fase jurisprudencial se mantuvo la eficacia «ex nunc» de la declaración judicial de cesión ilegal y en su justificación se afirmaba que «... si bien la integración en la plantilla de la referida demandada es consecuencia que previene el artículo ..., las consecuencias económicas pedidas no están acogidas en tal disposición, salvo lo relativo a la antigüedad » (así, STS 15/11/93 -rcud 1294/92 -). Posteriormente se matizó la doctrina en el sentido de mantener que la eficacia ex tunc de las condiciones de trabajo sólo puede predicarse para aquellos supuestos de cesión en que la empresa cedente es un empleador ficticio carente de organización empresarial, debiendo estarse en otro caso a la eficacia ex nunc ( SSTS 21/03/97 - rec. 3211/96 -; y 03/02/00 -rcud 1430/99 -). Pero finalmente se decide por la Sala que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, de forma 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 ( SSTS 14/09/01 -rec. 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/00 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 03/10/05 -rec. 3911/04 - Ar. 7333). Y de ello se colige que los efectos se producen desde que la cesión concurre [efectos ex tunc ], no desde la sentencia que lo declara, pues siendo la verdadera relación laboral la existente entre el actor y la cesionaria es claro que deben ser reconocidos los efectos económicos consecuentes, como es el devengo salarial durante dicho período de trabajo de acuerdo con las previsiones del Convenio Colectivo de la empresa cesionaria. A lo que nada obsta el hecho de que el art. 43.3 ET nada diga al respecto, puesto que se trata de efectos que derivan -por su propia naturaleza- de la prestación realizada en el marco de una relación laboral existente en la realidad ( SSTS 30/11/05 -rec. 3630/04 -; 15/03/10 -rcud 1854/09 -; 04/07/13 -rcud 2637/12 -).

Aunque también se matiza que 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» ( SSTS 05/12/06 -rec. 4927/05 -; 24/11/10 -rcud 150/10 -; y la ya citada 04/07/13 -rcud 2637/12 -).

**2-** Como consecuencia de esta concepción del fenómeno interpositorio y de sus posibles efectos, se sostiene -y ésta es la doctrina que hemos de aplicar en el caso objeto de examen- que tratándose de diferencias salariales derivadas de la aplicación del Convenio Colectivo de la cesionaria, previa declaración de cesión ilegal, la prescripción se computa desde la fecha en que se pudieron reclamar las citadas diferencias [su devengo], sin que la interrupción de la reclamación presentada por cesión ilegal, porque la tramitación de un procedimiento declarativo no afecta a la obligación de reaccionar en evitación de la prescripción, siendo así que la tramitación de un anterior procedimiento declarativo no afecta a la obligación del actor de reaccionar en evitación de la prescripción de la acción de condena al pago de cantidades salariales atrasadas ( SSTS 05/06/92 -rcud 2314/91 -; ... 09/10/00 -rcud 3242/99 -; 29/04/02 -rcud 1837/01 -; 24/11/04 -rcud 6369/03 -; y 15/03/10 -rcud 1854/09 -) y que para que opere la interrupción de la prescripción prevista en el art. 1973 CC, ambas acciones han de coincidir en objeto y causa de pedir, sin que baste la conexión causal si son inequívocamente diferenciadas en cuanto a su objeto ( SSTS 30/11/05 -rcud 3630/04 -; 16/03/10 -rcud 1854/09 -; 15/03/10 -rcud 1854/09 -; y 27/04/10 -rcud 2164/09 -).

Doctrina que en manera puede neutralizarse con el dato de que la determinación del salario del trabajador para el Ayuntamiento era problemática, o de que sus funciones no estaban contempladas en la RPT, puesto que esos pretendidos obstáculos eran inherentes a la anómala -e ilegítima- situación, y en nada los hizo desaparecer la declaración judicial de que el trabajador había sido objeto de cesión ilegal de mano de obra producida en 2007 y que bien pudiera haberse instado con mucha anterioridad.

**3-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -como con acierto señala el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada, confirmando la de instancia. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

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 la unificación de doctrina interpuesto por la representación de del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA y la empresa «Suministros, Importaciones y Mantenimientos Electrónicos, S.A. [SERMICRO], y revocamos la sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Sevilla en fecha 04/Octubre/2012 [rec. 3760/10 ], que a su vez había revocado la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 31/Mayo/2010 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Sevilla [autos 978/08], y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por los demandados arriba indicados, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, 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. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.