

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 662/2020, de 16 de julio de 2020

Sala de lo Social

Rec. n.º 733/2018

SUMARIO:

Despido improcedente. Determinación del salario regulador de la indemnización, habiéndose declarado la existencia de cesión ilegal de trabajadores. Un efecto principal de la cesión ilegal consiste en la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores. Tal responsabilidad ni desaparece, ni se modaliza o atenúa en los supuestos de despido. En estos casos, el derecho del trabajador a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el artículo 56 del ET al empresario, con carácter general, en los supuestos de despido improcedente, de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cuál de las dos empresas -cedente o cesionaria- será su empleadora; y, una vez ejercitada dicha opción, corresponde al empresario por el que el trabajador ha optado, decidir si indemniza o readmite al trabajador, en ejercicio de la facultad que le confiere dicho artículo. Ahora bien, si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido. En el caso analizado, el módulo salarial de cálculo de la indemnización por despido improcedente ha de determinarse en función del salario correspondiente en la empresa cesionaria, al ser esta última la opción manifestada por el trabajador en la propia demanda. De esta forma, el salario que corresponde al trabajador 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.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 43.4 y 56.1.

PONENTE:

Doña Rosa María Virolés Piñol.

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 733/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 662/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 16 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Artemio, D. Aurelio, D. Baldomero y D. Basilio representados y asistidos por el letrado D. Francisco Pérez Durán contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 2493/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, en autos nº 1130/2015 y acumulado 1144/2015, seguidos a instancias de D. Artemio, D. Aurelio, D. Baldomero y D. Basilio contra Corporación RTVE, S.A.; Randstad Project Services, S.L.; UTE Ilunión Outsourcing, S.A.; Ilunion Cee outsourcing, S.A.; Ilunion Outsourcing, S.A. y Ilunion Cee outsourcing, S.A. sobre impugnación de despido.

Han comparecido en concepto de recurridos la entidad Randstad Project Services, S.L.U. representada y asistida por la letrada D^a. Sonia Obradors Ruiz; Ilunion Outsourcing, S.A. y Ilunion Cee Outsourcing S.A. representadas y asistidas por el letrado D. Luis Miguel Sanz Benito.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 22 de septiembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Estimo íntegramente las demandas, acumuladas, promovidas por Artemio y Aurelio, y por Baldomero y Basilio, contra CORPORACION R.T.V.E., S.A. y RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L., declaro que la extinción contractual producida en fecha 30.11.15 debe ser calificada de despido nulo, por lesionar la garantía de indemnidad integrada en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y condeno a CORPORACION R.T.V.E., S.A a la readmisión de los demandantes como trabajadores fijos, en las condiciones de antigüedad, categoría o grupo profesional y salario especificadas en los cuatro primeros hechos de la demanda, condenando a RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L a estar y pasar por esta declaración, y a ambas empresas, solidariamente, al pago de los salarios de tramitación, con los correspondientes intereses por mora salarial ex art. 29.3 ET, con absolución de las codemandadas UTE ILUNION OUTSOURCING, S.A., ILUNION CEEOUTSOURCING, S.A., ILUNION OUTSOURCING, S.A. y ILUNION CEEOUTSOURCING, S.A."

Segundo.

Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

1.- Artemio fue contratado por RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. en fecha 21.04.2008, en la modalidad por obra o servicio determinado, identificado como "la realización de la obra o servicio según contrato mercantil suscrito entre la corporación RTVE y Randstad Project Services, S.L. a partir del expediente NUM000, consistente en la gestión de almacenes: gestión de mercancías, pedidos, seguimientos de envíos y gestión de personal". La categoría profesional y salario diario reconocidos son la de "auxiliar" y de 49.45€.

2.- Aurelio fue contratado por RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. en fecha a 02.05.2008, en la modalidad por obra o servicio determinado, identificado como "la realización de la obra o servicio según contrato mercantil suscrito entre la corporación RTVE y Randstad Project Services, S.L. a partir del expediente NUM000, consistente en descarga, apertura, ubicación de bultos, preparación de pedidos para envíos internos y externos, etiquetado y embalaje e inventario". La categoría profesional y salario diario reconocidos son la de "auxiliar" y de 43,74€. Desarrollaba funciones de "jefe de equipo".

3.- Baldomero fue contratado por RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. en fecha 2.5.2008, en la modalidad por obra o servicio determinado, identificado como "la realización de la obra o servicio según contrato mercantil suscrito entre la corporación RTVE y Randstad Project Services, S.L. a partir del expediente NUM000, consistente en la gestión de almacenes: gestión de mercancías, pedidos, seguimientos de envíos y gestión de personal". La categoría profesional y salario diario reconocidos son la de "auxiliar" y de 34,87 €

4.- Basilio fue contratado por RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. en fecha 18.2.13, en la modalidad por obra o servicio determinado, identificado como "la realización de la obra o servicio según contrato mercantil suscrito entre la corporación RTVE y Randstad Project Services, S.L. a partir del expediente NUM000, consistente en descarga, apertura, ubicación de bultos, preparación de pedidos para envíos internos y externos, etiquetado y embalaje e inventario". La categoría profesional y salario diario reconocidos son la de "auxiliar" y de 37,67€.

5.- Los demandantes prestaban servicios adscritos al referido contrato mercantil suscrito entre RTVE y Randstad Project Services, S.L., adjudicataria del servicio de "Externalización de Servicios de medios materiales y almacenes en la Corporación RTVE y sus sociedades filiales", licitado en el expediente NUM000, según contrato de fecha 21.4.08 (doc. 1 aportado por Randstad a las actuaciones en fecha 13.7.16, que se da aquí por íntegramente reproducido). Según se dispone en la estipulación 1.2 de dicho contrato, el detalle y los precios de los servicios prestados se establecen en los anexos I, II y III (que asimismo se dan por íntegramente reproducidos).

6.- En el anexo II, los servicios se definen exclusivamente en función del número de empleados, funciones y horarios integrantes del mismo, en los siguientes términos en cuanto a "Barcelona-Sant Cugat" y al "Servicio de Almacén regulador" al que fueron adscritos.

3.-Barcelona-Sant Cugat

3.1- Servicio de Almacén regulador.

.2 coordinadores en horario de lunes a viernes 8.00-18:00

.3 mozos en horario de lunes a viernes 8.00-18:00

(...)

7. En el mismo anexo, página, se definen las "funciones dentro del Servicio de Almacén" en los siguientes términos:

1.- Jefe de equipo: responsable del servicio de almacenes.

Se encargará de:

- * Será el canal de recepción de las peticiones de servicio (vía mail).
- * Atención a las solicitudes de las unidades que conforman RTVE.
- * Gestión de compras mediante el sistema SAP (Solicitud de pedido o pedido).
- * Priorizar las actividades apoyándose en el coordinador.
- * Optimizar el stock del almacén.
- * Gestión de personal.
- * Atención al cumplimiento de la legislación preventiva.
- * Atención a Incidencias
- 2.- Coordinadores: gestión de personal directo y gestión operativa.
- * Control y organización de personal.
- * Supervisión de la gestión de mercancías.
- * Vigilancia in situ del cumplimiento de las medidas preventivas.
- * Supervisión de la consecución de los objetivos marcados.

Tareas ordinarias

- * Control de entradas y salidas.
- * Comprobación de nº de bultos recibidos.
- * Firma de albaranes de entrega.
- * Determinación de su ubicación.
- * Comunicaciones de Incidencia de entrega.
- * Reclamaciones a proveedores.
- * Listados de envíos internos y externos a preparar.
- * Seguimiento de los envíos solicitados y no enviados.
- * Gestión del material clasificado como delicado.
- * Control mediante Informes de las pérdidas y roturas.

3.-Mozos-peones especialistas-

- * Manipulado de mercancía.
- * Ubicación de los bultos en la localización indicada por el coordinador.
- * Atención a PRL propios.
- * Atención a la seguridad de su entorno.

Tareas ordinarias

- * Descarga de bultos.
- * Apertura de bultos.
- * Comunicación de incidencias al coordinador.
- * Ubicación de los bultos.
- * Preparación de pedidos para envíos internos y externos.
- * Etiquetado y embalaje.
- * Inventario y reubicación y colocación de espacios.

8.- El precio por servicio (página 7) se estableció en 14.976,68 al mes. En acuerdo complementario de fecha 21.4.08 (que asimismo se da por íntegramente reproducido), se establecieron las tarifas de "horas extraordinarias" fuera de los horarios convenidos, distinguiendo por función (coordinador o mozo) y entre "normales" (17,84 y 13,16 euros respectivamente) y "festivas" (20,22 y 14,87 euros, respectivamente). En posterior acuerdo de 15.6.12, en el anexo IIIº.(facturación aportada con carácter anticipada y folio 852-871, en particular folio 865, parte actora), "especificaciones técnicas..."), el precio del servicio se reduce a 8.496,66€ al mes, reducción proporcional a la reducción de 7 a 4 empleados adscritos al servicio, pero se prevé facturación complementaria en función de las horas extraordinarias de trabajo efectuadas por los demandantes.

9.- Desde el inicio de la relación laboral los demandantes vienen prestando sus servicios, en el domicilio social de CORPORACION RTVE, S.A. en Sant Cugat (si bien ocasionalmente, personal de RTVE les ha ordenado el desplazamiento a los centros de Lleida, Girona y Tarragona, facilitándoles, a tal efecto, el medio de transporte, normalmente, se pone a disposición de los actores un chófer). Concretamente, los demandantes han estado ubicados, desde el inicio de su relación laboral, en el Bloque de Oficinas 2 planta 1º de dicho edificio en Sant Cugat, cerca de la entrada principal, hasta que en fecha reciente, el pasado 02.03.2015, han sido trasladados al Centro Receptor de mercancías/almacén, donde comparten ubicación con personal de RTVE, mediando entre éstos una mampara de cristal (hecho 3º demanda, conforme).

10.- Las funciones realmente desempeñadas por los demandantes son -genéricamente calificables de "mozo"- son las siguientes; ii) recogida de pilas usadas de diferentes puntos de RTVE, iii) ayuda a personal de RTVE en la preparación de pedidos de material de oficinas, iv) reparto de valija tanto paquetes grandes como pequeños como material de oficina, v) asistencia a personal del departamento de Videofrecuencia de RTVE a la hora de transportar e instalar televisores, vi) colaborar con el personal del departamento de Informática de RTVE moviendo, ubicando y recolocando todo tipo de material informático como torres, pantallas, impresoras, teclados y ratones, vii) empaquetar LPS, Singles, cintas y casetes en cajas y especificar el contenido de cada caja indicando el número de referencia, viii) traslado de material de sonido, informático y de mobiliario entre las diferentes sedes de RTVE y RNE, ix) reparación de mobiliario, cambio de bombines, arreglo de puertas, cajoneras, sillas, y todo tipo de mobiliario, x) traslado de plantas entre diferentes ubicaciones de RTVE, xi) Traslado de enseres personales de trabajadores de RTVE, cuando estos son trasladados a otra ubicación, xii) tras un cambio de bombines o cerraduras, especificar el número concreto y guardar copia de llave en las cubetas asignadas para ello y ubicadas en conserjería, anotando el número de llave en un fichero destinado a ello, xiii) uso de la carretilla eléctrica para ayudar a otras empresas

externas al traslado de su maquinaria o a la realización de tareas, xiv) recogida de cajas de cintas desde el departamento de programas de RTVE, para su posterior salida por valija, anotando el peso e indicándoselo a la personal de RTVE vía telefónica, xv) reubicación de material, de obras tales como piedras para aceras, baldosas y demás, xvi) recogida de palés de madera que son llevados a la zona de palés, xvii) recogida de cartones los cuales son transportados y compactados, xviii) recogida de chatarra, la cual se lleva a la zona habilitada para almacenarla, xix) descargar camiones o furgonetas que vengan con material para RTVE, xx) descargar material de limpieza (papel de manos, papel higiénico, bolsas de basura, jabones...) y ubicación en el almacén de limpieza de RTVE (hecho 3º demanda, conforme).

11.- Todos los medios materiales necesarios para la ejecución de la actividad de los demandantes eran propiedad de CORPORACION RTVE, S.A., en concreto: el mobiliario de oficina compuesto por un escritorio, una silla, armarios, teléfono fijo con extensión de RTVE, el ordenador, etc., así como el material necesario para el desempeño de las funciones referidas: varios carros de reparto de mercancías de 4 ruedas, una transpaleta, un carro de dos ruedas, así como piezas de recambio (bombines, visagras, candados, excéntricas...) y todo el material necesario para la reparación de mobiliario es facilitado por CORPORACION RTVE, S.A. En alguna ocasión utilizaban la carretilla eléctrica propiedad de RTVE y que requiere de la tenencia de una llave que fue facilitada por Lucas de Mantenimiento y Medios Auxiliares de Cataluña. El único material que pertenece a RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. es uno de los dos carros con dos ruedas existente, uno de los dos transpalés existentes, un toro que prácticamente no se usa y algunas herramientas de escaso valor. (hecho 3º demanda, declaración testifical, documentos folios 303 a 320 actores).

12.- los demandante tenían libre acceso a todas las instalaciones de la empresa cesionaria. Tienen permitido el aparcamiento de su vehículo en el parking privado de CORPORACION RTVE, S.A., utilizan diariamente el servicio de bar que se halla en las instalaciones de CORPORACION RTVE, S.A., igual que cualquier otro trabajador de plantilla de la cesionaria, haciendo uso del material (cubiertos, vajilla, microondas...) y teniendo acceso al menú. Son asistidos, sin impedimento alguno, por parte del servicio médico de RTVE al que acuden; y tienen libre acceso, ya que disponen de llaves a tal efecto, de varios almacenes destinados al almacenaje de mobiliario y aparatos (hecho 3º demanda, conforme).

13.- Las órdenes de trabajo, recibidas por el Artemio (coordinador) o Aurelio (jefe de equipo) provenían todas de personal de CORPORACION RTVE, S.A., sin intervenir en ningún caso responsables o encargados de RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. que se limita a la gestión de RRHH (nóminas, vacaciones, bajas, ets.). En concreto, las órdenes o "peticiones de servicio" provenían (vía mail, telefónica, o verbalmente) de las siguientes personas: en la mayoría de las ocasiones, del responsable del departamento de Servicios Auxiliares, actualmente Crescencia y, anteriormente, su antecesor en dicho cargo, Carlos Manuel. También podría recibir órdenes de trabajo de Elvira, delegada económico-financiera de CRTVE Cataluña, Luis Miguel, Jefe de Tráfico, Jesús Carlos del Departamento de Informática, Juan Antonio del Departamento de Control Central, Juan Miguel de Soporte y Mantenimiento Técnico de Cataluña, Gloria del Departamento de Redacción y Contenidos de Cataluña, Pablo Jesús del Area de Medios de Cataluña y quien antiguamente era el Delegado económico-financiero de CRTVE Cataluña, Alejandro del Departamento de Servicios.

14.- En ocasiones, las órdenes de trabajo, por correo electrónico o telefónicas, especificaban cual de los demandantes debía realizar el servicio (por requerir un "plus" de cualificación) y, en otras, el/la responsable del departamento de Servicios Auxiliares de CRTVE supervisaba él mismo la prestación del servicio (hecho 3º demanda, conforme, testimonio Sres. Carlos Manuel y Crescencia, docs. 38 a 281, declaración Artemio).

15.- Las funciones de coordinación por parte de Artemio y de Jefe de Equipo, a cargo de Aurelio, las desarrollaban respecto de sus otros dos compañeros, en la coordinación y organización del servicio encomendado, sin perjuicio de desempeñar ellos mismos las funciones como mozo o auxiliar en dicho servicio. Por ello, era habitual que, cuando estaban ya prestando un servicio, las instrucciones referidas a nuevos servicios se transmitieran directamente por parte de los Responsables de de CRTVE, Sres. Carlos Manuel y Crescencia, a los otros dos demandantes (hecho 3º demanda, conforme, testimonio Sres. Carlos Manuel y Crescencia, docs. 38 a 281, declaración Artemio).

16.- Las cuestiones referentes a las fechas de disfrute de las vacaciones eran previamente comunicadas por mail a Crescencia de Servicios Auxiliares de RTVE y, en caso de ser aprobadas, se comunican a RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L. Artemio solicitó en Septiembre de 2013 compactar su jornada, siendo autorizado el nuevo horario por parte de Pablo Jesús, en aquel momento Delegado Económico Financiero de CRTVE Catalunya (hecho 3º demanda, conforme)..

17.- Crescencia - como responsable del departamento de Servicios Auxiliares de la demandada Corporación RTVE, S.A - recogía las peticiones de los diferentes trabajadores de Corporación RTVE y las remitía por correo electrónico al actor Artemio, coordinador del equipo, como órdenes diarias de trabajo (documentos folios números 156 a 281, que se dan por íntegramente reproducidos). Algunas de éstas órdenes contienen comentarios (folio 183), emplazamiento para hablar por teléfono (folio 184) o indicaciones varias (folio 185), con lo que el desarrollo del trabajo de los actores era controlado, efectivamente, por la Sra. Crescencia. Los demandantes se hallan a disposición de los empleados de Corporación RTVE, plenamente integrados en su estructura organizativa y bajo dependencia directa de Crescencia, quien les informa de que ha reservado material para llevar a cabo el trabajo ordenado (folio 211).

18.- En otras ocasiones, las órdenes de trabajo se instrumentaban mediante un formulario tipo que rellenaban los trabajadores de Corporación RTVE y que Crescencia reenviaba a los demandantes. En algunos de los correos emplazaba a los actores a hablar del tema (folio 208), realiza comentarios (folios 209-210), o les informa de que ha reservado material para llevar a cabo el trabajo ordenado (folio 211).

19.- La Sra. Crescencia controlaba el horario cumplido y la hora de vuelta cuando se ha ordenado el desplazamiento fuera del centro de trabajo (doc. folio 259. En ocasiones, la Sra. Crescencia concreta la hora en que se habrá de acudir a un determinado lugar y proporciona los medios materiales necesarios para el desplazamiento (folio 260-270).

20.- El demandante Sr. Artemio debía remitir semanalmente una relación de trabajos realizados a los responsables de Randstad (folio 280), la lista que confeccionaba junto con Crescencia, que era la persona que realmente controlaba la actividad de los demandantes. Así, se observa que es ésta la que hace una relación de trabajos (folios 273, 277), se comentan algunos aspectos de los mismos (folios 274, 275, 276), y repasa el listado elaborado por el Sr. Artemio (folio 279).

21.- Los gastos derivados de la actividad de los actores, en este caso el taxi, es sufragado por Corporación RTVE (folio 281).

22.- La también trabajadora de Corporación RTVE, Gregoria, Delegada Económico Financiera en Catalunya, también impartía órdenes de trabajo los demandantes por medio de correos electrónicos que se aportan (documentos folios números 282 a 295, que se dan por íntegramente reproducidos).

23.- El actor Artemio, como coordinador, firmaba documentos oficiales de entrega de residuos y recibos de taxi en calidad de trabajador de Corporación RTVE, (documentos folios 296 a 302).

24.- El horario de trabajo de los demandantes, era de 08:30 a 13:00 y de 14:00 a 17:30, a plena disposición de los responsables de CORPORACION RTVE, S.A, que en cualquier momento éstos les podían indicar que deben realizar horas extraordinarias, que al día siguiente comenzará su jornada una hora antes o se les ha permitido finalizar su jornada antes (por ejemplo, en Navidad, fin de año u otros festivos), todo ello sin la intervención de RANSTAD. (hecho conforme).

25.- Las responsables de RANDSTAD PROJECT SERVICES, S.L del servicio prestado por los demandantes, Lorena inicialmente y Luz después, compartían dicha responsabilidad con la de otros servicios subcontratados, algunos de ellos prestados para la misma corporación y en el mismo centro de trabajo. No coordinaban ni dirigían en modo alguna las concretas funciones de los demandantes, sino que se limitaban a hacer visitas ocasionales con los responsables CORPORACION RTVE, S.A (4 o 5 al año), -que eran quienes impartían las órdenes de trabajo a los demandantes- a fin de constatar la satisfacción con el servicio o cualquier anomalía o disfunción (declaración testifical, coincidente). En alguna ocasión que Artemio les preguntó telefónica o por correo electrónico -a la responsable de Ramstad- si debían asumir determinado servicio (por entender que excedía del objeto de la subcontrata de servicios), se le contestó "que debían hacer todo lo que se les encomendara" o no recibió ninguna respuesta (declaración Artemio).

26.- El control de las horas trabajadas se efectuaba mediante cuadrantes, utilizadas también para cuantificar la facturación mensual (documentos folios 329 a 331).

27.- Los demandantes interpusieron demanda denunciando la existencia de cesión ilegal "Corporación RTVE, S.A." (el día 20.04.2015, Artemio y Aurelio, el 14.5.15 Baldomero y el 25.5.15, Antonio, docs. 672 a 682 y 872), habiéndose intentado sin avenencia la conciliación previa. No consta que en tales fechas se hubiera tomado la decisión de rescindir la contrata entre CORPORACION RTVE, S.A y RAMSTAD, SL a la que estaban adscritos los demandantes, ni, en su caso, que tal decisión les hubiera sido comunicada (declaración Crescencia)..

28.- El 24 de Agosto de 2015 el sindicato Comisiones Obreras requirió por escrito a la Dirección de Corporación RTVE el cumplimiento del Acuerdo de 12 de Julio de 2006 suscrito con los sindicatos implantados en

la empresa, a fin de que "se incluya, en los pliegos de prescripciones técnicas y condiciones generales de las licitaciones, la cláusula de subrogación para todos los trabajadores y trabajadoras de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata", incluyendo a los cuatro demandantes como "personal subrogable" (folio 872).

29.- Con fecha de efectos de 30 de Noviembre de 2015 se notificó a los demandante "que en fecha 30 de Noviembre de 2015, finalizará la prestación del servicio de "Externalización del Servicio de Medios Materiales y Almacenes en la Corporación RTVE y sus Sociedades Filiales" adjudicado a Randstad Project Services, S.L a través del expediente NUM000. Por lo anteriormente, y dado que su contrato de trabajo está adscrito a dicho servicio, le comunicamos la finalización de la relación laboral para la que había sido contratado, y que es la causa de la obra de su contrato de trabajo con RANDSTAD PROJECT SERVICES S.L con efectos del día 30 de noviembre de 2015".

30.- Los actores percibieron las siguientes indemnizaciones con la comunicación de dicha extinción: 2790,77 €, Artemio; 2465,10€, Aurelio; 2119,59€, Baldomero y 984,20€, Antonio.

31.- Los trabajadores empleados de la adjudicataria anterior del mismo servicio BAI PROMOCION DE CONGRESOS, que desempeñaban las mismas funciones que los hoy demandantes, fueron asimismo despedidos tras interponer demanda en materia de cesión ilegal, con ocasión de del cambió de adjudicación en favor de RANDSTAD en 2008. Por Sentencia núm. 6715/2009, de 23 de Septiembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se declaró la nulidad del despido y la existencia de cesión ilegal. En cumplimiento de dicha sentencia prestan sus servicios en la actualidad para CRTV, si bien reubicados en otras áreas(docs 498 a 517, testifical de Ernesto, miembro del Comité de Empresa y Secretario Gral. de CCOO). Igual procedimiento se efectuó por sentencia núm. 356/2008, de 13 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, confirmada por la Sentencia núm. 4798/2009, de 12 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, respecto a los empleados de la misma contratista, BAI PROMOCION DE congresos, adscritos al servicio de auxiliares de producción (docs. 758 a 829).

32.- Por sentencia número 303/15, de 21 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona -no firme- se declaró nulo el despido de otro trabajador contratado por Randstad, Francisco, que, como los hoy demandantes, tras interponer demanda en materia de cesión ilegal, se le comunicó la extinción de su contrato por la pérdida del concurso convocado por Corporación RTVE, S.A., con la consecuente rescisión de la contrata, apreciando asimismo existencia de cesión ilegal de mano de obra y condenando a su readmisión Corporación RTVE, S.A (docs. 490-497).

33.- La nueva adjudicataria de la contrata es la UTE ILUNION OUTSOURCING, S.A. - ILUNION CEEOUTSOURCING, S.A., (integrado por las sociedades ILUNION OUTSOURCING, S.A. y ILUNION CEEOUTSOURCING, S.A.), desempeñado los trabajadores adscritos a la misma idénticas funciones que hoy los demandantes (docs. 830-851).

34.- La categoría profesional que correspondería a los cuatro demandantes, según Convenio de CORPORACION R.T.V.E., sería la de "Técnico Superior de Servicios Generales" - Ocupación Tipo de "Servicios Generales" - Ámbito Ocupacional de "Servicios Corporativos y montaje de equipos audiovisuales" - Grupo II, un salario diario de 69,31 euros con prorrata de gratificaciones extraordinarias (hecho conforme).

35.- Se ha intentado conciliación en sede administrativa, con resultado de sin efecto."

Tercero.

Contra la anterior sentencia, las representaciones letradas de Corporación RTVE, S.A. y de Randstad Project Services, S.L. formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 7 de septiembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Que respecto a los recursos formulados contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Barcelona en fecha 22 de septiembre de 2016, recaída en autos acumulados 1130/2015 y 1144/2015 en virtud de las demandas por despido instadas por Artemio, Aurelio, Baldomero y Basilio.

a) Debemos desestimar y desestimamos el recurso formulado por RANDSTAD PROJECT SERVICE, SA contra dicho pronunciamiento, declarando la pérdida de los depósitos e imponiendo a dicha recurriendo las costas producidas por su recurso, que fichamos en la cuantía de mil cien euros.

b) Debemos estimar y estimamos en parte el recurso formulado por RTVE, SA, por lo que revocamos en parte la sentencia del primer grado jurisdiccional respecto a la calificación del despido, que declaramos improcedente, con la devolución del depósito. Sin costas.

c) La previa declaración de improcedencia conlleva la condena al empresario respecto el que los demandantes hayan ejercido -o ejerzan en el futuro- la opción del artículo 43.4 ET a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de los trabajadores o el pago de las siguientes indemnizaciones: Artemio: 14.785,55 euros; Aurelio: 13.377,26 euros; Baldomero: 10.426,13 euros; Basilio: 3.522,14 euros, con la advertencia de que, si no se produce dicha opción o se hace en forma extemporánea, se entenderá que lo hace por la readmisión.

d) En cuanto al destino de las consignaciones, procede declarar la pérdida de las efectuadas, a la que se dará el destino legal, respecto a la demandada por la que el trabajador haya ejercido o ejerza en el futuro la opción del artículo 43.4 ET."

En fecha 9 de noviembre de 2017, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictó auto en cuya parte dispositiva consta: "La Sala acuerda inadmitir la petición de modificación de las indemnizaciones solicitada por la representación procesal de Artemio, Aurelio, Baldomero y Basilio."

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la representación letrada de D. Artemio, D. Aurelio, D. Baldomero y D. Basilio interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 4 de abril de 2017, rec. suplicación 145/2017.

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Randstad Project Services, S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado. Se señaló para la votación y fallo el día 14 de julio de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- La cuestión litigiosa se centra en decidir el salario regulador de la indemnización por despido improcedente en el caso de cesión ilegal; en concreto, si dicho salario es el que percibía el trabajador en la empresa cedente o el aplicable en la empresa cesionaria, a los trabajadores del mismo o equivalente puesto de trabajo.

Consta que, los trabajadores demandantes fueron contratados por Ranstad Proyect Services SL (en adelante, Ranstad), en la modalidad de obra o servicio determinado, para realizar funciones asimilables a trabajador de mozo en ejecución de la contrata celebrada por dicha empresa con la corporación RTVE, consistente en la gestión de almacenes, y la descarga, apertura y ubicación de bultos, preparación de pedidos, etc. según los casos.

2.- Teniendo en cuenta que de los hechos probados modificados en suplicación resulta la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET, y la sentencia de suplicación ahora impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de septiembre de 2017 (R. 2493/2017), declara que los trabajadores estuvieron sometidos a cesión ilegal y rechazando la nulidad el despido por vulneración de la garantía de indemnidad solicitada por la demandante con carácter principal, revoca en parte la sentencia de instancia y declara los despidos improcedentes, condenando solidariamente a las empresas demandadas a abonar a los actores la indemnización señalada.

Las indemnizaciones fueron calculadas por la sentencia impugnada con arreglo a los salarios percibidos por cada uno de los actores el último mes en Ranstad, habiendo expresado aquellos en la demanda su voluntad de integrarse en RTVE, lo que motivó que los actores solicitaran el complemento del fallo de dicha resolución a fin de que se tuvieran en cuenta los salarios en la cesionaria para el cálculo de la indemnización. Pero la Sala rechaza la

petición por auto de 09/11/2017, en el sentido de confirmar el salario regulador aplicado argumentando que los trabajadores fueron despedidos y que el despido en nuestro derecho tiene efectos constitutivos, por lo que las condiciones contractuales a tener en cuenta a efectos indemnizatorios deben ser las vigentes en ese momento y no en uno posterior. Sólo en el caso de que la relación laboral esté viva el trabajador afectado podría exigir diferencias salariales con efectos retroactivos, pero para eso es necesario que el vínculo contractual permanezca vigente.

Segundo.

1.- Recurren los trabajadores demandantes en casación para la unificación de doctrina insistiendo en dicha pretensión y citando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de abril de 2017 (R. 145/2017), referida a otra trabajadora contratada por Ranstad como azafata para realizar las funciones señaladas en el contrato celebrado entre dicha empresa y RTVE.

Como en el caso de la sentencia recurrida, también en este caso se declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores y la improcedencia del despido, con responsabilidad solidaria de ambas empresas por las consecuencias derivadas de dicha declaración, siendo cuestión suscitada y resuelta en la sentencia el salario regulador de la indemnización y, en su caso, de los salarios de trámite, señalando la sentencia que si el trabajador sometido a cesión ilegal elige, en el ejercicio del derecho de opción del art. 43 ET, permanecer en la empresa real (RTVE en este caso), dicha elección conlleva la aplicación al trabajador de las condiciones laborales que rigen en dicha empresa, y en particular, las salariales, concluyendo por ello que el salario regulador aplicable ha de ser el establecido para la categoría profesional equivalente a la formación y las funciones desarrolladas por la actora, reconociendo por así el salario superior reclamado.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

3.- Partiendo de dicha doctrina, entre las sentencias comparadas, ha de estimarse que existe contradicción entre las sentencias comparadas, pues ante las mismas circunstancias de trabajadores que sometidos a cesión ilegal, son despedidos improcedentemente, las sentencias llegan a fallos distintos en lo tocante al salario regulador de la indemnización, porque en la recurrida se fija con arreglo al percibido en la empresa cedente, y en la de contraste conforme al establecido para una categoría similar a la del actor en la cesionaria, habiéndose producido en ambos casos - por el despido indicado - la extinción del vínculo contractual.

4.- El recurso es impugnado por la empresa demandada Randstad Project Services SLU. que interesa su desestimación.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación del recurso.

Tercero.

1.- Denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en el artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con los artículos 56.1 ET, Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, y 110.1 de la LRJS y arts. 59 y sgs. del II Convenio Colectivo de la Corporación RTVE, así como de la Jurisprudencia de esta Sala IV/TS que cita.

Señala la recurrente en definitiva que, 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.

Como recuerda la STS/IV de 17 de marzo de 2015 (rcud. 381/2014), la cuestión relativa al salario que corresponde al trabajador objeto de cesión ilegal y que opta por integrarse en la plantilla de la empresa cedente, cuando el de ésta es inferior al de la empresa cesionaria, ha de resolverse a la ya consolidada doctrina de la Sala, señalando los precedentes jurisprudenciales [SSTS 05/12/06 - rcud 4927/05-; 09/12/09 -rcud 339/09-; ... y 06/07/12 -rcud 2719/11-] lo siguiente:

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".

Por otro lado, la STS/IV de 15 de octubre de 2019 (rcud.1620/2017) y las que en ella se citan, concretan que:

<< (...)el artículo 44.3. ET dispone que "Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos" . Estamos pues en presencia de un efecto principal de la cesión ilegal que consiste en la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores. Tal responsabilidad ni desaparece, ni se modaliza o atenúa en los supuestos de despido.

En estos casos, el derecho del trabajador a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el artículo 56 ET al empresario, con carácter general, en los supuestos de despido improcedente, de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cual de las dos empresas -cedente o cesionaria- será su empleadora; y, una vez ejercitada dicha opción, corresponde al empresario por el que el trabajador ha optado, decidir si indemniza o readmite al trabajador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 56 ET (En este sentido: STS de 5 de febrero de 2008, Rcd. 215/2007). Ahora bien, si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido.>>.

2.- En el presente caso, la cuestión litigiosa en casación para la unificación de doctrina se centra y limita a determinar, si en caso de cesión ilegal, el módulo salarial de cálculo de la indemnización por despido improcedente,

ha de determinarse en función del salario correspondiente en la empresa cedente o en la empresa cesionaria, cuando esta última sea la opción manifestada por el trabajador en la propia demanda.

Aplicada la referida doctrina al presente caso, el recurso ha de estimarse, fijando el salario a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, en función del que correspondiente en la empresa cesionaria. Y, teniendo en cuenta las indiscutidas circunstancias de antigüedad, categoría y salario de cada uno de los demandantes reflejadas en el relato fáctico de instancia, así como que, "la categoría profesional que correspondería a los cuatro demandantes, según Convenio de CORPORACIÓN R.T.V.E, sería la de "Técnico Superior de Servicios Generales"- Ocupación Tipo de Servicios Generales"- Ámbito Ocupacional de "Servicios Corporativos y montaje de equipos audiovisuales"- Grupo II, un salario diario de 69, 31 euros con prorrata de gratificaciones extraordinarias (hecho probado 34 conforme); así como que no se discute por la empresa impugnante del recurso la cuantía postulada en el presente recurso, la estimación del mismo declarando que el salario regulador a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, acreditada la cesión ilegal de mano de obra y la opción por la incorporación a la plantilla de la empresa cesionaria, comporta fijar las correspondientes indemnizaciones en dichas cuantías.

Cuarto.

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, casar en parte la sentencia recurrida y revocarla en lo que se refiere a las cuantías indemnizatorias, que se fijarán en las solicitadas en el presente recurso. Sin costas.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el letrado D. Francisco Pérez Durán, en nombre y representación de D. Artemio, D. Aurelio, D. Baldomero y D. Basilio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de septiembre de 2017, recaída en su recurso de suplicación núm. 2493/2017 interpuesto por Corporación RTVE, SA y Randstad Project Services SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de los de Barcelona de fecha 22 de septiembre de 2016 dictada en el procedimiento 1130/2015 y su acumulado 1144/2015.

2º.- Casar en parte la sentencia recurrida y anularla en parte, exclusivamente en lo que afecta a las cuantías indemnizatorias, que se fijan en las siguientes cantidades para cada uno de los trabajadores en:

- Artemio: 20.723,69 euros;
- Aurelio: 20.723,69 euros;
- Baldomero: 20.723,69 euros;
- y Basilio: 6.480,48 euros.

Manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

3º.- No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

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.