



Roj: **STS 7930/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:7930**

Id Cendoj: **28079140012009100915**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2009**

Nº de Recurso: **339/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Confederación Hidrográfica del Norte, contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 763/08, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander, de fecha 19 de febrero de 2008, recaída en los autos núm. 763/07, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Celia , contra CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE, TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS , S.A., COSTA VERDE CONSULTORES, S.L., sobre CESIÓN ILEGAL.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de febrero de 2008, el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la excepción de prescripción opuesta por la representación legal de la parte demandada, y en cuanto al fondo del asunto, estimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Celia contra COSTA VERDE CONSULTORES S.L. (PAYMA COTAS S.A.U.), TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRARIOS S.A. (TRAGSATEC) Y CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE y en consecuencia declaro la existencia de cesión ilegal de la trabajadora con la empresa TRAGSATEC, y así mismo declaro que la relación de la actora con la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE y en consecuencia declaro la existencia de cesión ilegal de la trabajadora con la empresa TRAGSATEC, y así mismo declaro que la relación de la actora con la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE es de naturaleza laboral indefinida, con una antigüedad desde el 14-1-2000, categoría de Titulado Superior y salario anual de 52.779,77 euros, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La actora, D<sup>a</sup> Celia cuya titulación es Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, celebró con fecha 14 de enero de 2000 un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado con la empresa COSTA VERDE CONSULTORES, S.L., actualmente PAYMA COTAS, S.A.U., cuyo objeto consignado fue "la asistencia técnica para la realización de estudios, informes y trabajos sobre proyectos y documentos técnicos relativos a obras y aprovechamientos de aguas en las cuencas de los ríos de Cantabria". 2º.- La citada empresa había resultado adjudicataria por la Confederación Hidrográfica del Norte en resolución de 15 de octubre de 1999, del contrato de Asistencia Técnica para la realización de Estudios, Informes y Trabajos sobre proyectos y Documentos Técnicos relativos a obras y aprovechamientos de Aguas en las cuencas de los ríos de Cantabria cuya duración pactada era hasta el año 2002. El Pliego de Prescripciones Técnicas de dicha contratación obra en autos y se da por reproducido. 3º.- Con fecha 22 de julio de 2002 la demandante y la Confederación Hidrográfica del Norte suscriben un contrato de Asistencia Técnica con una duración pactada de veinticuatro meses, para la realización de estudios de proyectos y otros documentos relacionados con el dominio público hidráulico en el marco de la Directiva de la Comunidad Económica Europea en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.



Dicho contrato, así como el Pliego de Prescripciones Técnicas que sustentó el mismo, obran en autos y se dan por reproducidos. 4º.- El 20 de septiembre de 2004 la demandante y la CHN suscriben un nuevo contrato de Consultoría y Asistencia Técnica con una duración pactada de veinticuatro meses y con idéntico objeto que el anterior. Este contrato así como el Pliego de Prescripciones Técnicas obran en autos y se dan por reproducidos. 5º.- El 2 de octubre de 2006 la demandante y la empresa TECNOLOGÍA y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC), celebran un contrato de trabajo por obra o servicio determinado cuyo objeto consignado es: "labores técnicas en la tramitación de expedientes de Cantabria relativos a concesiones de aguas, autorizaciones de uso del Dominio Público Hidráulico, aprovechamientos privativos por disposición legal, y sancionadores por infracciones al DPH". 6º.- La citada empresa había resultado adjudicataria por la CHN de la Asistencia Técnica de apoyo para la Tramitación de Expedientes de uso de agua, autorizaciones en DPH y Sancionadores y Análisis Técnicos de las mismas por resolución de 6 de mayo de 2005. El Pliego de Prescripciones Técnicas de dicha contratación obra en autos y se da por reproducida. 7º.- Desde el 14 de enero de 2000 la demandante ha desempeñado su trabajo en la sede de la Confederación Hidrográfica del Norte ocupando un despacho en la oficina de dicha entidad situado primero en la C/ Calvo Sotelo Nº 6 y desde Abril de 2002 en la C/ Juan de Herrera Nº 1 de Santander. 8º.- La actora tiene llaves de las oficinas de la CHN y está registrada con su propia clave en el programa informático con el que trabaja en la Confederación. 9º.- Las funciones que desempeña la demandante desde el año 2000 consisten en la tramitación de expedientes relacionados con el Dominio Público Hidráulico (autorización de obras, sancionadores, aprovechamiento y concesiones de agua etc.) y hace visitas de campo junto con otros técnicos de la CHN. Dichos expedientes le son adjudicados por el Sr. Narciso , Jefe de Servicio de la Comisaría de Aguas de Cantabria, de la misma forma que le son adjudicados a otros técnicos de la propia Confederación. Así mismo la trabajadora participa todos los lunes en la reunión de Coordinación de la CHN. 10º.- La jornada y el horario de trabajo es el mismo que el del personal técnico de la CHN. 11º.- La actora se integra en el cuadro anual de vacaciones junto con el resto del personal de la CHN. 12º.- En los períodos que median entre el 22 de julio y el 20 de septiembre de 2004 y entre el 20 de septiembre de 2006 y el 2 de octubre de 2006, la actora siguió desempeñando su trabajo habitual en las dependencias de la CHN. 13º.- La actora ha percibido mensualmente sus retribuciones bien de PAYMA COTAS S.A.U., o bien de la CHN, bien de TRAGSATEC. 14º.- Durante la vigencia del contrato con la CHN de fecha 20 de septiembre de 2004 la actora percibió una retribución de 52.779,77 € anuales. Con la suscripción del contrato con TRAGSATEC de octubre de 2006, la retribución anual de la demandante es de 36.722,84 € anuales. 15º.- El II Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado ( RCL 2006\1876 ) (BOE 14-10-2006 ), asigna a un Titulado Superior adscrito al Grupo Profesional I, un salario base íntegro anual de 26.003,32 € para el año 2008. 16º.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación ante la UMAC el 5 de octubre de 2007 que se tuvo por intentado sin efecto y se ha agotado la vía administrativa previa frente a la CHN".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Confederación Hidrográfica del Norte ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la cual dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Hidrográfica del Norte, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de Santander (Autos 763/2007 ), de fecha 19 de febrero de 2008, en virtud de demanda formulada por Dª Celia contra la entidad recurrente, sobre contrato de trabajo y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida".

**CUARTO.-** Por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Confederación Hidrográfica del Norte, mediante escrito de fecha 30 de enero de 2009, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 5 de octubre de 2007 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de octubre de 2009, señalamiento que por providencia de la misma fecha se dejó sin efecto; acordándose nuevo señalamiento para el día 2 de diciembre de 2009, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Se recurre en unificación de doctrina la STJ Cantabria 25/Noviembre/2008 [rec. 763/08], por la que se desestimó el recurso de Suplicación interpuesto por la «Confederación Hidrográfica del Norte» [CHN] contra la sentencia que en 19/Febrero/2008 había pronunciado el Juzgado de lo Social nº Dos de Santander [autos 763/07], a virtud de reclamación formulada por Dª Celia contra la citada y otras, por virtud de la cual se



declaró la existencia de cesión ilegal con la empresa «Tecnología y Servicios Agrarios, S.A.» [«TRAGSATEC»] y que la relación con la CHN era «de naturaleza laboral indefinida, con una antigüedad desde el 14-1-2000, categoría de Titulado Superior y salario anual de 52.779,77 euros».

2.- En el recurso se cita como referencial la STSJ Asturias 05/10/07 [rec. 3871/06] y se denuncia la infracción del art. 43.4 ET, la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, el art. 15 de la Ley 30/1984 [2 /Agosto] y el art. 70.4 del II Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

3.- A efectos de verificar la existencia de contradicción ha de destacarse; a) que la remuneración fijada en la decisión recurrida se correspondía con la que la misma había percibido durante la vigencia [de Septiembre/04 a Octubre/06] del contrato administrativo de Consultoría y Asistencia Técnica suscrito directamente por ella con CHN; que durante el último contrato [suscrito con «TRAGSATEC» en Octubre/08] el salario ascendía a 36.722,84 euros anuales; y que la retribución fijada en el II CCU para Titulado Superior adscrito al Grupo Profesional I durante el año 2008 es de 26.003,32 euros al año; y b) que decisión de referencia contempla también supuesto de cesión ilegal de un Ingeniero de Caminos por parte de otra empresa [«PROINTEC, S.A.»] a la recurrente a CHN, acordando la decisión contrastada que el trabajador se integrase en la plantilla de la cesionaria, pero con derecho a la retribución colectivamente pactada en la misma y no a la percibida en la empresa cedente, como el trabajador pretendía.

Las precedentes referencias ponen de manifiesto que en el presente caso se cumple la exigencia de contradicción que para la viabilidad del RCU impone el art. 217 LPL (entre las más recientes, SSTs 23/06/09 -rcud 1618/08-; 24/06/09 -rcud 622/08-; y 01/07/09 -rcud 2573/08 -), en tanto que en ambos procesos se trata de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, y pese a ello las decisiones contrastadas han llegado a opuesta conclusión en cuanto al salario que corresponde al trabajador cedido ilegalmente y que opta por integrarse en la plantilla de la empresa cesionaria.

**SEGUNDO.-** 1.- La sentencia recurrida fundamenta su decisión sobre el único punto combatido en el recurso [el salario], argumentando que si bien el principio de autonomía de la voluntad no puede desvirtuar el papel de la negociación colectiva, sin embargo puede regular las condiciones individuales de trabajo con la exclusiva condición de que respete los límites establecidos en el Convenio Colectivo, que es norma mínima que puede ser superada -en material salarial- por acuerdo entre las partes.

La Sala no desconoce esta doctrina -de origen constitucional y ya ampliamente aplicada por la jurisprudencia ordinaria-, expresiva de que en principio existe margen de actuación para la autonomía individual tanto en los espacios libres de negociación colectiva [STC 208/1993, de 28 /Junio], como en los afectados por ésta; y que sólo serán contrarias al art. 28.1 CE las conductas individuales que busquen u ocasionen objetivamente la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto, alterando la configuración de la regulación convencional. En esos casos, ni siquiera la pretendida mejora que pueda tratar de dar validez a tal conducta podrá neutralizar la lesión que se produce con la modificación efectuada al margen de los sujetos que concertaron el convenio suplantado, o de los procedimientos en él establecidos [SSTC 105/1992, de 1/Julio; y 107/2000, de 5/Mayo] (STC 225/01, de 26 /Noviembre).

2.- Pero ni tal doctrina tiene relación directa alguna con el caso de autos, ni aún para tal supuesto -que existiese la relación que negamos- habría de llevar a la solución adoptada por la decisión recurrida.

Lo primero, porque de lo que aquí se trata es de determinar las consecuencias -salariales- que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, no la de decidir la posible primacía de las condiciones laborales individualmente pactadas respecto de las establecidas en la norma colectiva, puesto que la actora nunca llegó a pactar con la empresa demandada condiciones en régimen de laboralidad. Y lo segundo, porque la respuesta al debate planteado viene dada -con toda contundencia- por la específica regulación que al efecto hace el art. 43.4 ET, y porque -en todo caso- vendría determinada por razones de toda índole [doctrina de los actos propios, principio de igualdad ...] y por el obligado acatamiento a las normas de derecho necesario. Trataremos de justificarlo acto continuo.

**TERCERO.-** 1.- Para empezar, el art. 43.4 ET ofrece apodíctica claridad al afirmar que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cesionaria, y que sus «derechos y obligaciones» en ella «serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal». Y en coherencia con ello, esta Sala ha afirmado que «la opción 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. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una



relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición» (STS 05/12/06 -rec. 4927/05 -).

Y está claro que los «efectos propios» de la relación de la actora con CHN -desde el principio- 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, consitiéndole una suerte de «espiguelo» entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley; espiguelo que ha es objeto de rotundo y habitual rechazo por parte de la jurisprudencia (entre las recientes, SSTS 14/07/06 -rcud 196/05-; 07/12/06 -rcd 122/05-; 14/02/07 -rcud 196/05-, de Sala General; 13/06/07 -rcd 129/06-; y 04/06/08 -rcud 1771/07 -).

2.- Al hilo de esta afirmación ha de destacarse: a) que la trabajadora no ha suscrito nunca contrato laboral alguno con la demandada CHN y únicamente había concertado con ella un contrato administrativo [siquiera fraudulento] dos años antes a la fecha en que -ya prestando servicios formalmente para la cedente «TRAGSATEC» y materialmente para la recurrente CHN- solicita la integración en la plantilla de la recurrente CHN; b) que en el momento en el que se opta por integrarse en la plantilla de la empleadora «real» [la referida CHN] estaba formalmente vinculada -por contrato de trabajo- con la indicada «TRAGSATEC», de la que percibía el salario anual de 36.722,84 euros; y c) que en la misma fecha -año 2008- el salario previsto por el Convenio de CHN [CCU para el Personal Laboral de la Administración General del Estado] era de 26.003,32 euros.

Pues bien, si ya sería rechazable que se fijase como salario de «integración en la plantilla» de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente [el art. 43,4 ET es claro y la interpretación finalística lleva a cabo por la Sala no lo es menos], con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo -fraudulento- que había estado vigente dos años antes, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [IVA, cotización al REA, costes de establecimiento ...], incluido -no nos parece dudoso- el precio de la exclusión del ámbito laboral [privación de estabilidad laboral y del ámbito protector del RGSS, singularmente]. Siendo del todo inargumentable una «mejor condición retributiva» respecto de la pactada en convenio colectivo, pues no se había tratado -ilícitamente, por supuesto- de mejorar la retribución pactada colectivamente, sino de defraudar la relación laboral con unas condiciones económicas en la contraprestación que interesasen al trabajador, pero que ya no serían tan siquiera sostenibles en el marco de la declarada relación laboral; y menos al cabo de los años.

3.- Esta última afirmación la hacemos teniendo en cuenta que la proposición contraria -la pretendida en demanda y admitida por la sentencia objeto de recurso- sería incoherente y opuesta a la doctrina de los propios actos, porque de un lado se mantiene la nulidad del contrato administrativo para justificar la persistencia de cesión ilegal de mano de obra y la unidad de vínculo contractual, pero a la par se sostiene no sólo su validez a efectos retributivos y su primacía sobre la propia regulación laboral, sino que llega incluso a sostenerse la proyección de su eficacia más allá -dos años- de su vigencia temporal [sobre los actos propios, recientemente SSTS de 24/02/05 -rec. 46/04-; 23/05/06 -rec. 8/05-; 19/12/06 -rec. 2659/05-; y 02/04/07 -rec. 11/06 -].

Y ni que decir tiene que tal planteamiento es insostenible desde la perspectiva del principio de igualdad, pues no se alcanza a comprender porqué la trabajadora -ciertamente sometida a tráfico ilegal de mano de obra- puede por tal circunstancia verse privilegiada con un salario que duplica -y algo más- el que corresponde a quienes ostentan la misma categoría y puesto de trabajo en la empresa por cuya integración en plantilla ha optado. Porque el principio general que rige la materia retributiva es el que representa el aforismo «a igual trabajo, igual salario», al que se refieren -incluso- la Declaración Universal de Derechos del Hombre [10/12/48], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [19/12/66], el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [25/03/57] y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Y como tal principio, que indudablemente tiene también amparo en el art. 14 CE, ha de inspirar toda interpretación que haya de hacerse respecto de normas o pactos -o situaciones, añadimos ahora- que establezcan o pudieran establecer diversidad de regímenes en materia salarial (así, SSTS 21/12/07 -rcd 1/07-; 27/02/09 -rcud 955/08-; 19/02/09 -rcud 425/08-; 05/05/09 -rcud 2019/08-; y 30/06/09 -rcud 2544/08 -).

4.- Como corolario argumental hemos de indicar que la demandada ostenta cualidad pública que la sujeta -en materia salarial- al principio de legalidad presupuestaria, lo que no solamente se afirma de manera incontestable en los actuales arts. 21 y 27 del EBEP [Ley 7/2007, de 12 /Abril], sino que se deduce -aunque con menor contundencia, todo hay que decirlo- del art. 15 de la Ley de Reforma de la Función Pública [Ley 30/1984, de 2 /Agosto]. A lo que añadir -en todo caso- que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento



de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (entre las más recientes, SSTs 07/03/07 -rcd 132/05-; 20/09/07 -rcud 3326/06-; 03/06/09 -rcud 2542/07-; y 03/06/09 -rcud 387/08 -).

**CUARTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con 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. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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 la «CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE» [CHN] y revocamos la sentencia dictada por STSJ Cantabria 25/Noviembre/2008 [rec. 763/08 ], que confirmó la pronunciada por el Juzgado de lo Social nº Dos de Santander en fecha 19/Febrero/2008 [autos 763/07 ] a instancia de Doña Celia , y resolviendo el debate en Suplicación resolvemos que el salario anual correspondiente a la trabajadora es el previsto en el II Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado [26,003,32 euros para el año 2008], con el incremento que corresponde a una antigüedad de 14/01/00, manteniendo los restantes pronunciamientos.

Sin imposición de costas en ambos trámites de Suplicación y casación para la unificación de la doctrina.

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.