



Roj: **STS 3470/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3470**

Id Cendoj: **28079140012010100397**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2010**

Nº de Recurso: **3077/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 978/2009,**
STS 3470/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta 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 de 30 de junio de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso de suplicación núm. 117/09, interpuesto frente a la sentencia de 15 de diciembre de 2.008 dictada en autos 696/08 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander seguidos a instancia de D. Pedro contra la Confederación Hidrográfica del Norte sobre Cesión ilegal.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Pedro representada por el Procurador D. Marcos Juan Calleja García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de diciembre de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que desestimando la demanda interpuesta por don Pedro contra CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE, absuelvo a la demandada de la reclamación contra ella formulada>>.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** El demandante y la demandada celebraron dos contratos administrativos:.- 10-7-02 a 10-7-04.- 15-9-04 a 15-9-06.- **2º.-** El 27-11-06 el demandante y la empresa Payma Cotas SAU celebraron un contrato de trabajo temporal.- **3º.-** El 24-5-07 se dictó sentencia por quien redacta con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Pedro contra PAYMA COTAS SAU y CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE (MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE), declaro que entre el 10-7-2002 Y 26- 11-2006 ha existido una relación laboral indefinida entre el demandante y la Confederación Hidrográfica del Norte.- A su vez, declaro que desde el 27-11-2006, en adelante, existe una cesión ilegal de trabajadores entre Payma Cotas SAU y la co- demandada Confederación Hidrográfica del Norte, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración".- Esta sentencia es firme (su contenido se tiene por reproducido).- **4º.-** El 9-5-08 se dictó sentencia por la magistrada del juzgado de lo Social nº 2 de Santander que falló la condena de la hoy demandada a favor del actual demandante por importe de 9.849,97 euros como consecuencia de retribuciones salariales del 15-9-06 al 27-11-06.- El contenido firme de esta sentencia se tiene por reproducido.- **5º.-** El demandante viene prestando servicios en las dependencias de la CHN (Santander). Lo hace en la sección servicio de expropiaciones, asistencia técnica, bajo la dirección técnica de la CHN.- El material con el que presta servicios el actor pertenece a CHN (ordenador, teléfono,



material de oficina...).- El demandante es titulado superior.- **6º.**- Por el periodo del 15-9-04 a 15-9-06 el demandante obtuvo 4.162 euros mensuales. La demandada ha venido pagando al demandante con excepción del período en el que éste trabajó para Payma Cotas S.A.- **7º.**- El demandante ha optado por la demandada en ejecución de la sentencia firme referida en el hecho probado tercero.- **8º.**- La demandada viene abonando al demandante 1.872,36 euros mensuales.- **9º.**- La vía administrativa previa ha quedado agotada (el expediente al efecto tramitado se debe tener por reproducido)>>.

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 30 de junio de 2.009, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Cantabria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Pedro , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Santander de fecha 15 de diciembre de 2008 , en virtud de demanda formulada por el recurrente contra la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE y, en su consecuencia, revocamos la resolución recurrida y condenamos a las entidad demandada al abono al actor de 21.442,11 €, en concepto de diferencias salariales en el período 15-8-2007 a 30-6-2008, más el 10% de interés de demora, en su pago>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la Confederación Hidrográfica del Norte el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 7 de septiembre de 2.009, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 5 de octubre de 2007 ; y la infracción del art. 14 de la Constitución Española en relación con el art. 43.4 del ET y con el art. 70.4 del CCU .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2.009 , se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 20 de mayo de 2.010, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar las consecuencias retributivas que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, y en concreto si cabe mantener en ésta las condiciones salariales superiores que tenían en la empresa cedente.

El demandante había obtenido una sentencia firme en virtud de la que se declaraba al amparo de lo previsto en el artículo 43.4 ET la existencia de una cesión ilegal desde la empresa en la que aparentemente prestaba servicios, "Payma Cotas, SAU" a la Confederación Hidrográfica del Norte, con efectos de 27 de noviembre de 2.006, optando en su día por permanecer como fijo en ésta última empresa. Al procederse por la Confederación a la integración del trabajador en la plantilla le aplicó el salario de 1.872,36 euros, correspondientes a su categoría de Titulado Superior en el II Convenio Colectivo Único del Personal Laboral al Servicio de la Administración General del Estado, cuando en la empresa cedente venía percibiendo la cantidad mensual de 4.162 euros mensuales.

Reclamó judicialmente las diferencias retributivas entre uno y otro salario en la demanda que dio origen a estas actuaciones, correspondientes al periodo comprendido entre el 15 de agosto de 2.007 y el 30 de junio de 2.008 -21.442,11 euros- dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Santander en fecha 15 de diciembre de 2.008 en la que se desestimó la demanda, por entender que las condiciones laborales que le correspondía, según lo que previene el artículo 43.4 ET son las de la empresa en la que opta por permanecer como fijo, y no las de la empresa cedente.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 30 de junio de 2.009, se estima el recurso del trabajador y se reconocen las diferencias retributivas solicitadas, porque el convenio colectivo es norma mínima que puede ser superada en materia salarial, por acuerdo entre las partes, de forma que para la fijación del salario habrá que estar a lo realmente pactado cuando se supera el salario de convenio, teniendo en cuenta que las contrataciones administrativas previas existentes como cobertura en la empresa cesionaria fueron fraudulentas, manteniéndose la actividad en la empresa cesionaria, pero ya sin esa cobertura fraudulenta, lo que supone que hayan de mantenerse las condiciones retributivas anteriores. Por eso se dice literalmente en ella que "*... el salario que corresponde es el relativo al último contrato suscrito administrativo de 15-9-2004 ...*"

SEGUNDO.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina que ha interpuesto la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) frente a la referida resolución, se propone como referencial la dictada por



la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el STSJ Asturias el 5 de octubre de 2.007 (rec. 3871/06) y se denuncia la infracción del artículo 14 de la CE , el artículo 43.4 ET , la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, y el art. 70.4 del II Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

Tal y como ya dijimos en un supuesto prácticamente idéntico, en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2.009, dictada en el recurso 339/2009 , entre la sentencia recurrida y la de contraste concurre la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la LPL , y así lo propone el Ministerio Fiscal en su informe. Se trata en ella también de un 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 -a diferencia de lo que ocurre en la sentencia recurrida- con derecho a la retribución colectivamente pactada en la misma y no a la percibida en la empresa cedente, como el trabajador pretendía.

De esta forma las decisiones comparadas aunque partieron de supuestos iguales llegaron a conclusiones completamente diferentes, lo que exige que esta Sala determine la doctrina que resulte ajustada a derecho, lo que ya se ha producido, tal y como hemos anticipado, en la referida sentencia de 9 de diciembre de 2.009 (Rcud. 339/2009).

TERCERO.- Tal y como decíamos en esa resolución, la sentencia recurrida -también es este caso- 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).

Y se decía literalmente en aquélla resolución que *"... tal doctrina no 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."*

CUARTO.- Y se añade en el siguiente fundamento de derecho de esa sentencia que unifica doctrina que *"... 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 inequividad- 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; 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 -rco 122/05-; 14/02/07 -rcud 196/05-, de Sala General; 13/06/07 -rco 129/06-; y 04/06/08 -rcud 1771/07 -).

En el caso de autos, al igual que en la sentencia de esta Sala que venimos reseñando cabe decir también que el trabajador no suscribió nunca contrato laboral alguno con la demandada CHN y únicamente había concertado con ella un contrato administrativo antes a la fecha en que -ya prestando servicios formalmente para la cedente Payma Cotas SAU y materialmente para la recurrente CHN- solicita la integración en la plantilla de la recurrente CHN; que en el momento en el que se opta por integrarse en la plantilla de la empleadora «real» [la referida CHN] estaba formalmente vinculado -por contrato de trabajo- con la indicada Payma Cotas SAU, de la que percibía el salario de 4.162 euros mensuales; y 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 1.872,36 euros mensuales.

Desde tal planteamiento, la repetida sentencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina en caso semejante, dice que "... 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 ... 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".

"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 -rco 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 -).

Como argumento final se utiliza en la sentencia a la que venimos refiriéndonos el siguiente: "...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 -rco 132/05-; 20/09/07 -rcud 3326/06-; 03/06/09 -rcud 2542/07-; y 03/06/09 -rcud 387/08 -).



QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos hemos de concluir, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, que la doctrina ajustada a derecho, que coincide con la unificada de esta Sala se contiene en la sentencia de contraste, y no en la recurrida en la que de forma jurídicamente inadecuada se sostuvo la conclusión desde los hechos antes descritos de que el salario que correspondía al demandante, cuando ejerció la opción de integrarse como fijo en la empresa cesionaria, era el que tenía asignado en la cedente, cuando ya se ha explicado que la decisión ajustada a derecho es la que adoptó la Confederación Hidrográfica demandada al establecer el salario del trabajador integrado en su plantilla como fijo en las mismas condiciones que las del resto de trabajadores de su categoría en la empresa, y con arreglo a las previsiones del II Convenio Colectivo Único del Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado.

Procede entonces la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Abogacía del Estado por la Entidad Pública Confederación Hidrográfica del Norte, lo que supone casar y anular la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación planteado en su día por el trabajador demandante desestimándolo y confirmando la decisión de instancia que había desestimado la demanda. Sin costas.

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 Abogacía del Estado, en representación de la «CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE» contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 30 de junio de 2.009, dictada en el recurso 117/2009, en la que se revocó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Santander de fecha 15 de diciembre de 2.008 que había desestimado la demanda planteada por D. Pedro frente a la indicada Confederación. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el de tal clase interpuesto en su día por el trabajador recurrente, confirmándose la decisión del Juzgado de Instancia, sin que haya imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,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. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.