

Roj: **STS 4508/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4508**Id Cendoj: **28079140012002100083**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/06/2002**Nº de Recurso: **3846/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento:

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil dos.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D<sup>a</sup> MARTA MARÍA RIPA GANDARIASBEITIA en nombre y representación de D. Plácido contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2001, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en recurso de suplicación nº 1.370/2.001, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vizcaya, en autos nº 452/00, seguidos a instancia de D. Plácido contra CONSORCIO DE AGUAS ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL GRAN BILBAO Y DIRECCION000, sobre OTROS CONCEPTOS.

## ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de enero de 2001 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vizcaya dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) El actor, D. Plácido, viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa DIRECCION000) desde el 5 de Julio de 1991, primero en virtud de un contrato temporal como medida de fomento del empleo y desde el 5.1.96 en virtud de un contrato por obra para prestar sus servicios como Guarda de Seguridad, siendo su objeto el servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones del Consorcio de Aguas, convirtiéndose en indefinido el 27.10.97, ascendiendo el salario bruto mensual que percibe a 121.136 ptas., incluida la prorrata de pagas extras al mes de Agosto del 2000. 2º) El actor, desde el año 1992, viene realizando el trabajo en las dependencias del Consorcio de Aguas, sitas en DIRECCION001 NUM000, sin uniforme, en horario de 8,30 a 14,00 horas y de las 15,00 horas a las 18,00 h., excepto en los meses de Junio a Septiembre cuyo horario es de 8,00 horas a 14,30 horas. siendo coincidente su horario con el de personal del Consorcio y desarrollando funciones, entre otras, de gestión de cobros y pagos en los bancos (por cuenta del Consorcio) y ante la TGSS, el INEM y el Ayuntamiento de Bilbao, etc., también realiza algún tipo de compra de material, de librería y papelería, cobro de cheques y algún tipo de transferencia, en función de las órdenes que le da el Jefe de Tesorería del Consorcio. Excepcionalmente lleva a cabo la compra de determinados artículos de alimentación, compra de moneda extranjera, compra de entradas para museos, teatros, que le encomiendan las distintas Secretarías de Dirección. En general lleva a cabo el reparto de documentación y determinados envíos por Bilbao. Excepcionalmente el trabajador Plácido realiza otras funciones en distintos centros, como por ejemplo Venta Alta, y en el Campillo al objeto de cumplimentar su horario, En estos dos sitios sólo realiza funciones de seguridad y protección. Por lo tanto sus labores son propias de la categoría de Ordenanza, de conformidad con el Art. 12 del Reglamento de Régimen Interior del consorcio de Aguas de 27.12.78, i difícilmente coinciden con las de vigilancia de Seguridad. 3º) La Inspección de Trabajo en el expediente 3.928, derivada de la Orden de Servicio 3.292, ha entendido que existe cesión ilegal del trabajador con el levantamiento de la correspondiente acta de infracción, por haber incurrido las codemandadas en cesión ilegal de mano de obra y quedando probado, a juicio de la Inspección, que el trabajador Plácido, perteneciente a la plantilla de DIRECCION000, como Vigilante de seguridad, ha sido cedido al Consorcio de Aguas, realizando bajo su exclusiva dirección las funciones de Ordenanza. Esa conducta infractora ha sido tipificada como muy grave en materia laboral. No consta que dicha acta de



infracción sea firme. 4º) El demandante el 2-10-2000 interpuso demanda, que se ha seguido en el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao con el nº de autos 552/2000, sobre Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que a partir del 30-8-2000 se le notificó verbalmente que desde Septiembre debía de prestar sus servicios en las dependencias de dicho Consorcio, sitas en la Depuradora de Venta Alta en régimen de trabajo a turnos y como Vigilante de Seguridad sin arma, en un horario de 8 a 3 y de 22 a 8 horas, de 15 a 22 y de 22 a 8 horas, habiendo recaído sentencia el 12-12-2000 que estima la nulidad radical de esa decisión, comunicada verbalmente, de pasar a prestar servicios desde septiembre en dependencias del Consorcio en la Depuradora de Venta Alta, condenando a la empresa DIRECCION000 a reponer al trabajador en las anteriores condiciones y en tanto en cuanto se defina la existencia del trámite sobre la cesión ilegal de mano de obra que aquí se discute, por haber desempeñado tareas propias de la Ordenanza para el Consorcio. 5º) El Consorcio de Aguas, Abastecimiento y Saneamientos del Gran Bilbao tiene suscrito, al menos desde el año 1992, contratos administrativos de asistencia técnica del servicio de Seguridad Privada con la empresa DIRECCION000 ., en los que se especifican las dependencias e instalaciones donde se debe desarrollar el servicio, cuyo contenido obra en autos incorporado por ambas empresas demandadas dándose por reproducido y en lo que particularmente afecta a la presente litis en el DIRECCION001 I, NUM000 donde el actor venía desarrollando su prestación de servicios. 6º) La empresa DIRECCION000 cumple, respecto al trabajador, todos los formalismos laborales y de Seguridad Social, así constan documentalmente todas las nóminas habidas y los seguros sociales, al menos desde 1995 hasta el año 2000. Igualmente, la empresa de seguridad establece el calendario vacacional, lleva a cabo determinados cursos de formación, en concreto de ejercicios de tiro, en los años 97 a 2000. 7º) Las labores que ha venido realizando el demandante, a modo y manera de Ordenanza, coinciden desde el año 1992 con la baja del conserje. D. Jon , a finales de 1991 por Incapacidad Permanente Absoluta. El Jefe de recursos humanos del Consorcio, Sr. Paulino , reconoce realiza parte de las funciones que han sido relatadas, (en concreto sin perjuicio de que él no le encomendaba muchas de ellas) y que es cierto que le ha enviado, entre otros, al INEM, a correos y a otros servicios. Reconocen que no tienen ordenanza desde finales de los ochenta en los que se ascendió a los Conserjes. Igualmente viene a reconocer que se han servido de esas funciones con el carácter de Ordenanza, sin perjuicio de que ahora lo estén realizando dos personas: un antiguo Fontanero y el Lector-Cobrador de Galindo. Igualmente el Jefe de Tesorería, el Sr. Bravo, reconoce las labores que realiza el demandante a modo y manera de cobro de cheques y sacar fondo de caja, compra-venta de moneda y temas de dinero en general. Igualmente el Presidente del Comité de Empresa, el Sr. Alexander , reconoce que le ve realizar funciones de Seguridad, que está sin uniforme y que, en determinados momentos, le encarga recados como, llevar correo urgente a la Diputación, u otras labores de envío de documentos. 8º) El 17-7-2000 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia y consta la existencia de presentación de reclamación previa por el trabajador frente al Consorcio, denegada por escrito de 28-12-2000, aunque la sesión parece que está celebrada el 17-1-2001 y la fecha de salida es la del 19-1-2001."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: " Que estimando la demanda presentada por D. Plácido frente a CONSORCIO DE AGUAS ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL GRAN BILBAO Y DIRECCION000 ., debo declarar y declaro el derecho del trabajo, a su elección, a adquirir la condición de fijo en el CONSORCIO DE AGUAS (en la empresa de Seguridad ya lo sería), condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, con los efectos inherentes a las mismas, reconociéndole una antigüedad del año 1992, por haber existido una cesión ilegal del trabajador."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Gregorio actuando en nombre y representación de DIRECCION000 . y por el letrado D. Augusto actuando en nombre y representación de CONSORCIO DE AGUAS ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL GRAN BILBAO ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 11 de septiembre de 2001, en la que consta el siguiente fallo: "Se estiman los recursos de suplicación interpuestos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao el 29 de enero de 2001, procedimiento 452/2000 por D. Gregorio , que actuaba en nombre y representación de DIRECCION000 ., y el interpuesto por el Consorcio de Aguas de Bilbao, representado por Letrado D. Augusto , y revocando la sentencia recurrida, se desestima la demanda interpuesta por D. Plácido , absolviendo a los demandados de la pretensión deducida en el pleito, sin hacer pronunciamiento sobre costas."

TERCERO.- Por el letrado D<sup>a</sup> MARTA MARÍA RIPA GANDARIASBEITIA actuando en nombre y representación de D. Plácido se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 15 de Noviembre de 2001, al amparo de lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 26 de septiembre de 1998 (Rec. 792/98). .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de Febrero de 2002 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada



para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado únicamente el CONSORCIO DE AGUAS, ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL GRAN BILBAO.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de Junio de 2002.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercitó el trabajador la pretensión de ser declarado fijo en el Consorcio de Aguas, Abastecimiento y Saneamiento del Gran Bilbao desde 1992 con categoría de Ordenanza basándose en los servicios prestados en virtud de contratos que celebró con DIRECCION000 ), mediante contrato de fomento de empleo de 5 de julio de 1991, de obra como Guarda de Seguridad desde el 5 de enero de 196, o indefinido desde el 27 de octubre de 1997, desempeñando desde 1992 sus tareas en las dependencias del Consorcio de Aguas, sin uniforme, consistentes en gestión de cobros y pagos en los bancos para el Consorcio, ante Organismos Públicos, compras de material tales como librería, papelería, entradas para museos, teatros por encargo de las Secretarías de Dirección, y excepcionalmente tareas sólo de seguridad y protección en otros centros de trabajo para cumplimentar su horario, pretensión que fue estimada por el Juzgado de lo Social y recurrida la sentencia favorable al trabajador por las dos codemandadas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso de suplicación sobre la base de dos criterios, el primero la consideración de hallarse en presencia de un negocio jurídico público, el celebrado entre el Consorcio y DIRECCION000 cuyos derechos y obligaciones dimanados no pueden trascender a la esfera privada-laboral, como es el vínculo entre la mercantil privada y el trabajador, sin que pueda aplicarse en la litis sustanciada el artículo 43-5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores, y el segundo la conculcación de principios constitucionales rectores del acceso a la función pública, para el caso de admitir a través de la figura de la cesión ilegal la conversión del trabajador, fijo en una empresa privada, en fijo de una Administración Pública.

SEGUNDO.- Formula el trabajador el recurso de casación para unificación de doctrina y, al objeto de cumplir las exigencias del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, analiza al modo en que el citado precepto impone, los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia aportada con fines de contradicción, que el Tribunal Superior de Aragón dictó el 26 de septiembre de 1998 en la se confirmaba la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión de fijeza derivada de cesión ilegal ejercitada por quienes prestaban servicios de telefonistas en el Aeropuerto de Zaragoza en virtud de contratos de trabajo celebrados con una empresa con la que a su vez Aeropuertos Nacionales Españoles había concertado por trabajador y hora de trabajo, cualquiera que fuera el resultado que los trabajadores de la contratista desempeñarían los puestos de telefonistas bien por vacante bien en razón de permisos, licencias, etc., estando en todo momento a las órdenes de AENA, razonando la favorable acogida de la pretensión que una duración contractual indefinida no es lo mismo que "fijo de plantilla", en nada afecta a la normativa general de ingreso de personal en la empresa, no convalida una forma de selección de personal y simplemente se atiene a lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores a consecuencia de una conducta empresarial prohibida por Ley, sin distinción a entes públicos o privados, sin perjuicio de su sistema general de selección de personal.

TERCERO.- De cuanto se ha expuesto debe concluirse la presencia de los requisitos que el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para apreciar la necesaria contradicción entre sentencia recurrida y sentencia de contraste, que en ambos supuestos litigiosos una empresa privada emplea sus trabajadores en tareas de su principal, organismo público, bajo la dirección de este último, en el caso de la recurrida, además, desempeñando cometidos alejados de su función, llegando a diferentes soluciones a través de razonamientos opuestos pero que versan sobre un mismo objeto, la posible conculcación de los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública, resuelto en la sentencia recurrida en sentido afirmativo de quebrantamiento en caso de reconocer la condición de trabajador fijo del Consorcio de Aguas del Gran Bilbao, y en sentido negativo por la sentencia de contraste que no considera violentadas las normas de acceso a la función pública por el hecho de reconocer la condición de fijo a quien fuere objeto de cesión ilegal a una entidad pública.

CUARTO.- El Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que el recurrente cita como infringido, en relación con los artículos 9-14 de la Constitución Española, analiza el supuesto de las contrataciones hechas con el fin de ceder temporalmente a los trabajadores a otra empresa, en la modalidad lícita se encuentra la efectuada por empresas de trabajo temporal con la debida autorización y en la modalidad ilícita, las restantes, mostrando una primera contratación de la cedente con el trabajador, que puede ser temporal o indefinida, aunque lo primero suele ser lo habitual con la consecuencia de que los trabajadores cedidos tendrán derecho a adquirir la condición de fijos a su elección en la empresa cedente o cesionaria, siendo los derechos en ésta última los



que en condiciones ordinarias corresponden 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.

QUINTO.- El derecho más trascendental que confiere la norma estatutaria al trabajador cedido es la condición de fijo, y además que la fijeza pueda adquirirse en la cedente o en la cesionaria, sin que en la reclamación que se dirime haya controversia acerca de la naturaleza del vínculo con la empresa cedente pues queda establecido que desde 1997 el contrato era indefinido, si bien los servicios se prestaron a la cesionaria cuando aún todavía el contrato celebrado era temporal, y tampoco se suscita debate acerca de la incardinación del supuesto a tenor de la resultancia fáctica, en el artículo 43 del Estatuto, por lo que en definitiva se trata de establecer las consecuencias de la actuación de cedente y cesionaria habida cuenta de la naturaleza pública de ésta última, lo que nos conduce a una solución que forzosamente deberá coincidir con la Doctrina unificada por esa Sala, si bien, hasta ahora, con un planteamiento originado en el incumplimiento de las condiciones para dotar de temporalidad a los contratos, resultando de la aplicación de los artículos 8-2 y 15. 2º y 3º del Estatuto de los Trabajadores la conversión en indefinido o la atribución de fijeza ya sea como fórmula directamente punitiva, ya adoptando la más matizada del mecanismo de las presunciones, y siempre con una especial determinación cuando la empresa es sujeto de Derecho público, y a este respecto cabe reproducir dicha Doctrina puesta de manifiesto en las sentencias de esta Sala de 29 de Mayo de 2000 (rec. 1840/99), 20 de enero de 1998, 20 de abril de 1998, 20 de octubre de 1999 y 8 de febrero de 2000, "estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas a los intereses que con aquélla se tutelan" reproduciendo también la meritada sentencia el contenido del Auto de 858/1998 de 4 de julio del Tribunal Constitucional "es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es por si mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales, artículos 23-2º y 103-3, y en todo caso, a mandatos legales justificados por la exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingresos como personal al servicio de la Administración."

"A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia ... el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

SEXTO.- Idéntica razón de ser a lo que preside la anterior doctrina es la que impide atribuir al trabajador la fijeza cuando la consecuencia no obedece al resultado de conculcar las normas sobre contratación temporal sino las que impiden la cesión de trabajadores fuera del marco legalmente previsto, y por lo expuesto el recurso deberá ser desestimado sin que haya lugar a imposición de costas por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D<sup>a</sup> MARTA MARÍA RIPA GANDARIASBEITIA en nombre y representación de D. Plácido frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 11 de septiembre de 2001, dictada en el recurso de suplicación nº 1.370/2001 formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vizcaya, en autos nº 452/2000 en virtud de demanda formulada por D. Plácido frente al CONSORCIO DE AGUAS, ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DEL GRAN BILBAO Y DIRECCION000 . en reclamación sobre Otros conceptos. Sin especial pronunciamiento en costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ