

Roj: STS 997/2011  
Id Cendoj: 28079140012011100122  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1219/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. MINISTERIO DE DEFENSA. EL SALARIO QUE CORRESPONDE AL TRABAJADOR QUE OPTA POR INTEGRARSE EN LA 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 O EL QUE EN UN PERIODO ANTERIOR HUBIESE SATISFECHO LA CESIONARIA, DURANTE LA VIGENCIA DE UN FRAUDULENTO CONTRATO ADMINISTRATIVO. REITERA DOCTRINA STS 09/12/2009 - RCU 339/2009- y STS 25/05/2010 -RCUD 3077/2009-.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Gonzalo Velasco Recio, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Natividad , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de febrero de 2010, recaída en el recurso de suplicación nº 4623/2009 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, dictada el 8 de mayo de 2009 , en los autos de juicio nº 1578/2008, iniciados en virtud de demanda presentada por D<sup>a</sup> Natividad contra el Ministerio de Defensa, sobre Reclamación de Derecho y Cantidad.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de mayo de 2009, el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la petición principal de la demanda de reclamación de cantidad entablada por D<sup>a</sup> Natividad contra el MINISTERIO DE DEFENSA, declaro que la antigüedad de la actora en la Entidad demandada es del 10-9-86 y condeno a la misma a abonar a la actora la suma de 3.751,86 euros en concepto de diferencias salariales por el periodo de abril a septiembre del 2008."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D<sup>a</sup> Natividad con DNI NUM000 viene prestando servicios en el Colegio de Huérfanos de la Armada (Ministerio de Defensa) desde el 10-9-86, con la categoría de Ayudante de Gestión y Servicios comunes (grupo profesional 5); SEGUNDO.- En fecha 11-10-07 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social 30 de Madrid en procedimiento instado por despido frente a la Entidad demandada en cuyo fallo se declara la nulidad del despido y se condena al Ministerio de Defensa a la inmediata readmisión de la actora en su puesto de trabajo de Auxiliar en el Colegio de Huérfanos de la Armada con abono de los salarios dejados de percibir a razón de la cuantía que se declara probada, desde el despido hasta que tenga lugar la readmisión, condenando a la Entidad demandada a estar y pasar por esta resolución. En el hecho probado primero de dicha Sentencia se hace constar: "La parte actora, Natividad ha prestado servicios en el Colegio de Huérfanos de la Armada, del que es titular el Ministerio de Defensa y en el que presta enseñanza a hijos del personal civil y militar del Ministerio, como celadora, con categoría de Auxiliar, desde el 10-9-86, con un

salario último de 1.660,58 euros mensuales incluida prorrateada de pagas extras, que más la antigüedad total supondría un importe mensual de 1.791,98 euros, importe no impugnado de contrario."; TERCERO.- Dicha Sentencia es firme y en ejecución de la misma ambas partes suscribieron un contrato denominado en "ejecución de Sentencia" en fecha 29-1-08 , en los términos que constan en la documental obrante a los folios 34 y siguientes del procedimiento y cuyo contenido se da por reproducido; CUARTO.- La Entidad demandada viene abonando a la actora su salario con arreglo a lo previsto en el Convenio Colectivo Unico para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado, en concreto para la categoría de Ayudante de Gestión y Servicios Comunes Grupo 5, reclamando la actora el abono de diferencias por dicha suma abonada y que asciende a los 1.000 euros mensuales según consta en las nóminas aportadas por la parte actora como documento 7 y la suma que se declaró probada como salario en la Sentencia de despido y por el periodo de abril a septiembre del 2008, y en concreto la suma de 3.751,86 euros; QUINTO.- En fecha 27-3-09 se dictó Sentencia por el Juzgado 38 de Madrid en los mismos términos que la presente demanda si bien por el periodo de 10-12-07 al 31-3-08 estimando dicho Juzgado la demanda en los términos que constan en el comentario 5 aportado por la parte actora cuyo contenido se da por reproducido; SEXTO.- No se discuten por la Entidad demandada las cantidades reclamadas para el caso de estimarse la demanda; SEPTIMO.- Consta agotada la vía previa administrativa."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, el Sr. Abogado del Estado en representación del MINISTERIO DE DEFENSA formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 9 de febrero de 2010 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimando el recurso de suplicación formulado por MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia nº 264/09 de fecha 8 de mayo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid en autos 1578/08 seguidos a instancia de DÑA. Natividad , debemos revocar y revocamos la citada resolución, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos en su contra formulados."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la representación letrada de DOÑA Natividad , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de noviembre de 2009 (rec. 4172/09 ).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar IMPROCEDENTE el recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 13 de enero de 2011, siendo suspendido por necesidades del servicio y señalado nuevamente para el día 18 de enero de 2011 llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- 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 una trabajadora sometida a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fija en la empresa cesionaria, y en concreto si cabe mantener en ésta las condiciones salariales superiores que tenían en la empresa cedente.

2.- La demandante ha venido prestando servicios para el Ministerio de Defensa desde el 10/09/1986 en el Colegio de Huérfanos de la Armada, y en fecha 11/10/2007 se dictó sentencia por el Juzgado de lo social en procedimiento de despido frente a la Administración demandada, cuyo fallo calificaba como nulo dicho acto extintivo, previa declaración de existencia de cesión ilegal, y condenaba al Ministerio de Defensa a la inmediata readmisión de la demandante en su puesto de trabajo, con las demás consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Resulta del relato fáctico de dicha sentencia que la trabajadora percibía "un salario último de 1.660,58 # incluida la prorrateada de pagas extras que, más la antigüedad total, supondría un importe mensual de 1.791,98 #, importe no impugnado de contrario". Dicha sentencia es firme, y en ejecución de la misma, ambas partes suscribieron un contrato denominado "en ejecución de sentencia" de fecha 29/01/2008 . Desde entonces, la Administración demandada viene abonando a la trabajadora el salario conforme a lo previsto en el convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado (CUAGE), reclamando la actora el pago de diferencias salariales al ser lo abonado de cuantía inferior a lo que venía percibiendo con anterioridad al despido. La sentencia de instancia estimó la petición principal de la demanda y condenó al Ministerio de Defensa a pagar a la actora la cantidad reclamada de 3.751,86 # por diferencias salariales correspondientes al periodo de abril a septiembre de 2008. Ahora bien, la sentencia de suplicación, ahora recurrida, revoca dicha decisión porque hay que tener en cuenta que la trabajadora ejercitó el derecho a opción que le otorga el art. 43 ET por la

existencia de cesión ilegal, y se integró en la plantilla del Ministerio de Defensa a todos los efectos, lo que determina la aplicación a la relación laboral de las previsiones del CUAGE. A ello añade la sentencia recurrida que la firma del contrato señalado conduce a la misma conclusión, y que la actora no puede tomar del convenio citado lo que le interesa y rechazar lo que no. Finalmente, la Sala descarta que la sentencia de despido anterior pueda tener el efecto de cosa juzgada "al no existir la necesaria identidad" y entender que tampoco "condiciona la presente decisión habida cuenta de las circunstancias y razones que hemos puesto de manifiesto".

**SEGUNDO.-** 1.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina que ha interpuesto la demandante, se insiste en el efecto positivo de la cosa juzgada (*art. 222.4 LEC*) de la sentencia firme de despido y, en particular, del salario que ésta fija como percibido por la actora de forma incontrovertida conforme al relato fáctico. Aporta como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de noviembre de 2009 -rec. 4172/2009-, que decide un supuesto sustancialmente igual al de autos, sustanciado entre las mismas partes, y en el que se reclamaban diferencias salariales por el mismo concepto pero referidas a un periodo anterior (de 10/12/2007 a 31/3/2008) y la misma Sala resuelve en sentido diferente y favorable a la parte actora, al considerarse vinculada por el efecto positivo de la cosa juzgada derivado de la misma sentencia firme de despido a que se alude en la sentencia ahora impugnada.

2.- 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.

**TERCERO.-** Como hemos dicho, la sentencia recurrida fundamenta su decisión sobre el único punto combatido en el recurso [el salario], argumentando que hay que tener en cuenta que la trabajadora ejerció el derecho a opción que le otorga el *art. 43 ET* por la existencia de cesión ilegal, y se integró en la plantilla del Ministerio de Defensa a todos los efectos, lo que determina la aplicación a la relación laboral de las previsiones del CUAGE. Añade, dicha sentencia que la firma del contrato señalado conduce a la misma conclusión, y que la actora no puede tomar del convenio citado lo que le interesa y rechazar lo que no. Finalmente, la Sala descarta que la sentencia de despido anterior pueda tener el efecto de cosa juzgada "al no existir la necesaria identidad" y entender que tampoco "condiciona la presente decisión habida cuenta de las circunstancias y razones que hemos puesto de manifiesto".

Denuncia la recurrente la infracción del *art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en cuanto dispone que: *"Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por imposición legal"*.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo resolviendo un supuesto sustancialmente igual al ahora examinado, en sentencia de fecha 25 de mayo de 2010 -rec. 3077/2009- que reiterando y reproduciendo la doctrina contenida en la anterior de fecha 9 de diciembre de 2009 -rec. 339/2009-: *"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."*

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 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; 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 -rcod 122/05 -; 14/02/07 -rcud 196/05-, de Sala General ; 13/06/07 -rcod 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 la trabajadora no suscribió nunca contrato laboral alguno con la demandada Ministerio de Defensa, y únicamente -como queda dicho- ambas partes suscribieron un contrato denominado "en ejecución de sentencia" de fecha 29/01/2008 , y desde entonces, la Administración demandada viene abonando a la trabajadora el salario conforme a lo previsto en el convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado (CUAGE), después de que la trabajadora optara por integrarse en la plantilla de la empleadora «real» [Ministerio de Defensa], constando que el último salario percibido a la fecha del despido declarado nulo ascendía a 1.660,58 # incluida la prorrata de pagas extras que, más la antigüedad total, supondría un importe mensual de 1.791,98 #, importe no impugnado de contrario (constando formalmente que prestaba servicios como celadora, con categoría de auxiliar, en el Colegio de Huérfanos de la Armada)..

Desde tal planteamiento, la repetida sentencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina en caso semejante, (STS de 09/12/2009 ) 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 -rcod 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 «influenciar» 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 recurrida, en la que se establece que el salario que correspondía a la demandante, cuando ejerció la opción de integrarse como fija en la Administración demandada, es el mismo que el resto de trabajadores de su categoría con arreglo a las previsiones del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado. En consecuencia, no se aprecia la infracción denunciada, pues lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en el proceso de despido, no expande sus efectos al punto de ignorar lo dispuesto en el *art. 43.4 ET*, pues a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que "los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo", aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal". Al firmar la trabajadora la opción por la integración en el Ministerio de Defensa, lo ha hecho a todos los efectos, y entre ellos se encuentra la aplicación del Convenio Colectivo Único del que resulta el concreto salario abonado por la demandada a partir de tal opción.

Procede por ello, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, o que supone confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dña. Natividad contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2.010, dictada en el recurso 4623/2009, en la que se revocó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid de fecha 8 de mayo de 2.009 que había estimado la demanda planteada por la recurrente frente al MINISTERIO DE DEFENSA. 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. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.