



Roj: **STSJ GAL 4923/2013 - ECLI: ES:TSJGAL:2013:4923**

Id Cendoj: **15030340012013102488**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2013**

Nº de Recurso: **687/2011**

Nº de Resolución: **2928/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL MARIÑO COTELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 27028 44 4 2010 0001230

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000687 /2011 IP

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000380 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de LUGO

Recurrente/s: CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MIÑO-SIL

Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FULCRUM PLANIFICACION ANALISIS Y PROYECTO SA, NOEGA INGENIEROS SL , Constancio

Abogado/a: JOSE JORGE CANURIA ATIENZA, FELIX ARNAEZ CRIADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO/A SR/SRA PRESIDENTE

D/Dª JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ

FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a siete de Junio de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española , ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000687 /2011, formalizado por el/la D/Dª ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MIÑO-SIL, contra la sentencia número / dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DEMANDA 0000380 /2010, seguidos a instancia de Constancio frente a FULCRUM PLANIFICACION ANALISIS Y PROYECTO SA, NO EGA INGENIEROS SL ,



CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MIÑO-SIL , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSE MANUEL MARIÑO COTELO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Constanco presentó demanda contra FULCRUM PLANIFICACION ANALISIS Y PROYECTO SA, NOEGA INGENIEROS SL,CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MIÑO-SIL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veintitrés de Diciembre de dos mil diez

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El actor suscribió contrato de trabajo por obra o servicio con NOEGA INGENIEROS S.L., con categoría de vigilante desde el 19 junio 2003 hasta fin de obra, identificando como obra "Asistencia técnica para los trabajos de restauración de cauces de ríos en la provincial de Lugo" (folios 70-71). Las partes comunicaron variación de condiciones con efectos de 1 agosto 2003, consignando; que la obra, objeto del contrato es "Contrato de consultoría y asistencia dirección de las obras del plan hidrológico-forestal y de restauración de cauces y enclaves naturales en la provincia de Lugo en la Comunidad Autónoma de Galicia. - Clave: N1.803.074/0611.EXP.Nº37-03" (folio 73).

No consta en autos dato alguno sobre finalización de este contrato.

El actor suscribió contrato de trabajo por obra o servicio con GOC S.A., con categoría de vigilante, desde el 27 enero 2006, identificando como obra "Asistencia técnica a dirección de las obras del proyecto de los co(ilegible) en la fotocopia al folio 68] generales del río Miño en Lugo, tramo N.VI-EDAR" (folios 67-68).

No consta en autos dato alguno sobre finalización de este contrato

El actor Suscribió contrato de trabajo por obra o servicio con FULCRUM con categoría de vigilante DE OBRA, desde el 1 junio 2008 hasta fin de obra, identificando como obra "D.O. EDAR de Lugo", consignando que el centro de trabajo sería el ubicado en CL San Juan de Pena, s/n 27000 Lugo (folios'65 y 66).

No consta en autos dato alguno sobre finalización de este contrato.

El salario del actor asciende a 1700,92 euros mensuales brutos y prorrateados (nóminas a los folios 74 y 75).

SEGUNDO.-Obran en autos solicitudes de vacaciones y licencias por asuntos particulares del actor, autorizadas por D. Victor Manuel , que las firma en calidad de Ingeniero encargado de la oficina de Lugo, con el sello de la Confederación Hidrográfica codemandada, identificando 1 el destino del actor como "Oficina de Ríos" en 42004 (folios 1 79 a 87). Similares documentos, en 2005, constando como 1 Ingeniero encargado de la Oficina de Lugo D. Justino (folios 88 a 93). Iguales en 2006 (folios 94 a 105); 2007 (folios 106 a 113); 2008 (folios 114 a 124) y 2009, en que también firma D. Teodosio como "El responsable de la A.T." (folios 125 a 131).

TERCERO.- Obra en autos reclamación previa interpuesta por: el actor ante 1a Confederación el 8 abril 2010 (folios 133 y siguientes) y resolución denegatoria de 6 junio 2010, que se da por reproducida (folios 135 y siguientes) y diversas facturas de gastos de FULCRUM (folios 139 y siguientes), así como partes de kilómetros del actor de noviembre de 2009(folio 149 vuelto)

CUARTO.- Obra en autos pliego de prescripciones técnicas para contratación de asistencia técnica a la dirección de obra del proyecto de ampliación de la estación depuradora de aguas residuales de Lugo (folios 151 y siguientes) fechado en marzo de 2005 (folios 151 y 162).

QUINTO.- Obran en autos notas de gastos confeccionadas por FULCRUM a nombre del actor de algunos meses de 2008, 2009 y 2010 (folios 182 y 190), así como factura telefónica de FULCRUM de mayo de 2010 en que se identifica al línea NUM000 (folios 191 a 194), así como de junio y julio 2010 (folios 195 a 197). En ellas, sin embargo, no es posible identificar al usuario de la línea. Obran en autos factura de contrato de alquiler de vehículos a FULCRUM de noviembre 2009 a octubre 2010 (en que se identifica el vehículo Renault Clio matricula-CXW (folios 1908 a 209), así como facturas similares anteriores (folios 210 y siguientes)

SEXTO.- Los contratos del actor se firmaron en las dependencias de la Confederación, en la 2ª planta del este edificio en que esta tiene sus dependencias, sin comparecencia alguna de representantes de las empresas con las que se formalizaba la contratación. El actor tenía llaves de la oficina y del aparcamiento de dicho centro de



servicio trabajo. El trabajo era organizado por un Ingeniero Técnico que era personal laboral de la Confederación (D. Cristobal) y otro ingeniero de una empresa de la que esta se trabajo ,servía para la asistencia técnica a las obras (D. Leoncio). El actor, aun cuando tenía obras asignadas en función de las empresas en las que estaba contratado, prestaba sus servicios en todas las obras, especialmente de este los viernes tarde, en que se organizaba un turno rotatorio de vigilancia en todas las obras. usuales El actor, así coma otro personal de asistencia técnica en las obras, pasaba de una a otra empresa según iban cesando y suscribiéndose entre la Confederación y las Empresas los contratos de asistencia técnica. En cierta ocasión, los tres vigilantes de obra que prestaban servicios en las diferentes obras acudieron a la 2ª Planta del edificio de .la Confederación para negociar con el Director de Obra una subida salarial. . Dicho director de obras fue D. Victor Manuel y después D. (folios Justino , siendo el primero personal de lado coma Confederación. Justino Las vacaciones del actor eran gestionadas y autorizadas par 94 a 's124) y la Confederación, a través de su personal (Dña. Marisol va coma Constancio) y su dirección (D. Victor Manuel y D. Justino). D. Justino tiene despacho en la Confederación pese. a no ser personal de esta -actualmente está contratado por una empresa llamada PROFER- y da esta instrucciones a los trabajadores de la Confederación coma director de las obras. Anteriormente, D. Justino que diversas estuvo contratado como autónomo para realizar las tareas de asistencia técnica a obras.

No existían cláusulas de subrogación de los contratos de trabajo en los pliegos de condiciones que la Confederación elaboraba para licitar las asistencias técnicas a obras. FULCRUM, que es la empresa que mantiene actualmente contrato con el actor, tiene su domicilio social en Bilbao, sin que mantenga instalación alguna en Lugo. Para la contratación del trabajador, se le indica a esta empresa quien era la persona seleccionada, sin que al apoderado de esta empresa le conste como se hizo el contrato, ni quien lo firmó, ni conozca al actor. Se le indicaban, asimismo, las Condiciones pactadas con cada trabajador y se le pasaban los gastos de coche y teléfono (testificales).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

FALLO :Que debo estimar y estimo la demanda presentada por D. Constancio y en virtud de ello declaro la existencia de cesión ilegal entre el resto de codemandadas CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MI&O-SIL así como la condición del actor de indefinido-no fijo de dicha empresa, con un salario mensual bruto y prorrateado de 1700,92 euros y condeno a CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MI1-0-SIL; NOEGA INGENIEROS S.L.; COC S.A. y FULCRUM PLANIFICACION ANALISIS Y PROYECTOS S.A. a estar y pasar por ello con todas sus consecuencias.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL MIÑO-SIL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 10 de febrero de 2011.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de junio de 2013 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda rectora del procedimiento en los términos "ut supra" reseñados, se alza en suplicación la Abogacía del Estado en la representación que legalmente tiene atribuida de la Confederación Hidrográfica del Miño - Sil y, aquietándose con los hechos declarados probados, interesa, en un único motivo con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), el examen de la normativa aplicada, denunciando la infracción del artículo 43.4 del Estatuto de los Trabajadores , para solicitar en el suplico del recurso que, estimando el mismo, se declare que el salario del demandante ha de ser el correspondiente según la normativa de la empresa citada, esto es, la Confederación Hidrográfica del Miño - Sil (CHMS). La parte demandante, Constancio , impugnó el recurso e interesó la confirmación de la resolución combatida en el mismo.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso articulado por la Confederación Hidrográfica del Miño - Sil (CHMS) se circunscribe al puntual aspecto relativo al salario del trabajador demandante, solicitando, la entidad recurrente, que se declare que el salario del demandante ha de ser el correspondiente según la normativa de la empresa citada, arguyendo, en esencia, que al haber optado por incorporarse a dicha empresa el actor habrá de tener los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores de la misma y ello incluye el salario que le corresponda pues, añade, la opción por la empresa cesionaria que efectuó el trabajador no puede ser parcial y ha de partirse del criterio "a igual trabajo, igual salario" y, así las cosas, conviene dejar patente que declarada



la existencia de cesión ilegal y habiendo optado el demandante por incorporarse a la empresa citada (CHMS), cabe señalar que la doctrina jurisprudencial, por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 25/1/2011 , deja patente, entre otras consideraciones, que "...cuando la trabajadora ha optado...por su integración en el Ministerio de Defensa, lo ha hecho a todos los efectos entre ellos, por supuesto, por la aplicación del Convenio Colectivo Único, como le sería igualmente de aplicación aun en el supuesto de que, por su integración en el Ministerio, el salario de éste fue superior al abonado en su día por la empresa cedente, por la simple razón de que la propia y verdadera relación laboral se ha mantenido con el Ministerio, debiendo ser las previsiones de su Convenio las que se apliquen", y la del propio Alto Tribunal de 25/5/2010, señala que "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...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 (sentencia del Tribunal Constitucional 208/1993, de 28 de Junio), como en los afectados por ésta y que sólo serán contrarias al artículo 28.1 de la Constitución Española 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 (sentencias del Tribunal Constitucional 105/1992, de 1 de Julio ; 107/2000 de 5 de Mayo y 225/01 de 26 de Noviembre)...Y se añade en el siguiente fundamento de derecho de esa sentencia que unifica doctrina que "...el art. 43.4 del Estatuto de los Trabajadores 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 (sentencia del Tribunal Supremo de 5/12/2006) 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 convenios 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, sentencias del Tribunal Supremo 14//2006; 7/12/2006 , 14/02/2007 , 13/6/2007 y 4/6/20089, añadiendo que"...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 (10/12/1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19/12/1966), el Tratado constitutivo de la Unión Europea y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y como tal principio, que indudablemente tiene también amparo en el artículo 14 de la Constitución Española , 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, sentencias del Tribunal Supremo de 21/12/2007 , 27/02/2009 , 5/5/2009 y 30/6/2009)...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 artículos 21 y 27 del EBEP , sino que se deduce - aunque con menor contundencia, todo hay que decirlo - del artículo 15 de la Ley de Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de Agosto)", de manera que la aplicación al caso de la doctrina antedicha determina el éxito de la censura jurídica contenida en el motivo único del recurso, siendo de tener en cuenta, a mayor abundancia, que



el hecho de que no se fije expresamente el salario no es óbice para la consideración de que la pretensión de la empresa recurrente haya de ser acogida, sin que pueda soslayarse que en el juicio celebrado en la instancia la empresa CHMS se opuso a la demanda negando los hechos alegados lo que, obviamente, incluye lo relativo al salario, de manera que, por lo hasta ahora expuesto, el salario del demandante, aquí recurrido, ha de adaptarse a las directrices marcadas en las tablas salariales contenidas en el Convenio de aplicación, en atención a la categoría profesional del demandante, vigilante de obra, como se desprende del incombato ordinal primero del relato histórico de la sentencia de instancia.

En consecuencia,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación de la Confederación Hidrográfica del Miño - Sil, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, de fecha 23/12/2010, en autos nº 380/2010 instados por Constancio frente a la empresa recurrente y las empresas Noega Ingenieros S.L., COC S.A. y Fulcrum Planificación, Análisis y Proyectos S.A., revocamos la sentencia de instancia en el puntual aspecto relativo al salario del actor y declaramos que el salario ha de adaptarse a las directrices marcadas en las tablas salariales contenidas en el Convenio de aplicación, en atención a la categoría profesional del demandante, manteniendo, en lo demás, la parte dispositiva de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).
- El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.