



Roj: **STSJ GAL 10248/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:10248**

Id Cendoj: **15030340012015107035**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **3493/2013**

Nº de Resolución: **7076/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2011 0001299

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003493 /2013 -MJC

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000739 /2011

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S SACYR SA

ABOGADO/A: JORGE MARTIN BLANCO

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, CONSTRUNOR ESTRUCTURAS, S.L. , GRUPO CONSTRUNOR ESTRUCTURAS SL , Celestino , ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (Gustavo) , ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR(Onesimo) , ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (ENTIDAD NOVACAIXAGALICIA)

ABOGADO/A: MARIA SOL ROMERO SALGADO

ILMA SRª D. ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA SRª Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA SRªDª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

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 ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 3493/2013, formalizado por el abogado D. Jorge Martín Blanco, en nombre y representación de SACYR SA, contra la sentencia dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 739/2011, seguidos a instancia de D. Celestino



frente al FOGASA, SACYR SA, CONSTRUNOR ESTRUCTURAS, S.L., GRUPO CONSTRUNOR ESTRUCTURAS SL, ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (Gustavo), ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR(Onesimo), ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (ENTIDAD NOVACAIXAGALICIA, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Celestino presentó demanda contra FOGASA, SACYR SA , CONSTRUNOR ESTRUCTURAS, S.L., GRUPO CONSTRUNOR ESTRUCTURAS SL, ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (Gustavo), ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR(Onesimo), ADMON CONCURSAL EMPRESAS CONSTRUNOR (ENTIDAD NOVACAIXAGALICIA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha siete de Marzo de dos mil trece

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- Que el demandante D. Celestino mayor de edad con NIE- NUM000 viene prestando sus servicios como encofrador- OFICIAL 20 para la empresa CONSTRUNOR ESTRUCTURAS S.L. en razón al contrato de duración determinada para la realización de la obra GUNTIN-A54-MONTE DE MEDA desde el día 30 de Noviembre de 2009.//Segundo.- Que el contrato finalizó el día 30 de ABRIL de 2011.// Tercero.- Que el salario mensual MEDIO del trabajador es de 1.424'47 EUROS con el prorrateo de pagas extras.//Cuarto.- Que la fecha de comunicación del contrato es del 15 de Diciembre de 2009.//Quinto.- Que las empresas CONSTRUNOR ESTRUCTURAS S.L. GRUPO CONSTRUNOR ESTRUCTURAS S.L. pertenecen al mismo grupo empresarial.//Sexto.- Que la codemandada SACYR S.A. es la empresa principal de la que las anteriores son subcontratistas.//Séptimo.-Que al trabajador se le reconoce una antigüedad desde el 1 de Junio de 2009.//Octavo.-Que las nominas del trabajador recogen los devengos ss: Nomina de ABRIL de 2011 Salario Base -789'09 Euros. Plus de asistencia-205,96.Plus extra salarial-97'49 Euros. Pagas extras-183,40 Euros. A cuenta de convenio-34'19 Euros. FINIQUITO Parte proporcional de vacaciones -361'66 Euros. Indemnización fin de contrato-140 Euros. Remuneración Total- 1574'30 Euros. Bases SS-1574'30 Euros. BASE AT y DESP-1574'30 Euros. BASE IRPF-811'79 Euros. total devengado-1811'79 Euros. T a deducir -300'04 Euros. Liquidado a percibir-1.511'75 Euros.// Noveno.-Que a la empresa demandada SACYR SAU se le adjudicaron las obras en la autovía A-54. Lugo-Santiago. Tramo: Enlace de Guntín (Norte)-Enlace de Monte Meda. Provincia de Lugo, en Fecha de 20 de Marzo de 2009 por acuerdo de la Dirección General de carreteras.//Décimo-Que las empresa SACYR es la principal y las correspondientes al Grupo CONSTRUNOR son o fueron subcontratas.// Undécimo- Que el acto de conciliación tuvo lugar ante el SMACC el día 30 de Mayo finalizando sin efecto por incomparecencia de las codemandadas.//Duodécimo.-Que el trabajador no es representante legal de los trabajadores.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que con estimación la demanda presentada por D. Celestino a las empresas GRUPO CONSTRUNOR ESTRUCTURAS SL, CONSTRUNOR S. L. Y SACYR SAU que abonen al demandante la cantidad total de 4146'93 EUROS por los conceptos ss: a) La diferencia salarial de 100 Euros al mes correspondientes a los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2011. b) El salario de Abril de 2011 de 1.424'72 Euros. c) Dietas de alojamiento del mes de abril de 2011 a razón de 400 Euros. d) Combustible a razón de 261 Euros desde el mes de Enero, Febrero Marzo y Abril. e) así como Indemnización por fin de contrato en la cantidad de 1.400 Euros Y condeno a la ADMINISTRACION CONCURSAL formada por la entidad NOVACAIXAGALICIA- D. Gustavo y Onesimo , así como al FONDO DE GARANTIA SALARIAL-FOGASA a estar y pasar por esta resolución-

La cantidad reseñada se verá incrementada en un recargo del 10% por mora al tratarse la cantidad reclamada de una deuda salarial vencida, líquida y determinada, que no puede entenderse problemática en cuanto a su liquidación.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SACYR SA formalizándolo posteriormente. Tal recurso no 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 24/09/2013.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de diciembre de 2015 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 que estimando la demanda presentada por D. Celestino y condeno a las empresas Grupo construnor estructuras SL y Sacyr SAU que abonen al demandante la cantidad total de 4.146,93 euros por los conceptos de: a) la diferencia salarial de 100 euros al mes correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2011; b) el salario de abril de 2011 de 1424,72 euros, c) dietas de alojamiento de mes de abril a razón de 400 euros; d) combustible a razón de 261 euros desde el mes de enero, febrero, marzo y abril; e) así como indemnización por fin de contrato en la cantidad de 1400 euros, condenando a la administración concursal así como al fogasa a estar y pasar por esta declaración.

Se alza en suplicación la codemandada Sacyr SAU, interponiendo recurso en base a tres motivos, correctamente amparados en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, en los que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO: La codemandada -recurrente Sacyr SAU en el primer motivo del recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de lo establecido en los artículos 3 y 82 del ET en relación al convenio colectivo de aplicación, así como lo dispuesto en los artículos 26 y 42 del ET; y alega en esencia que estimando que el convenio colectivo de aplicación no es el de la Coruña, sino el de la provincia de LUGO, que es el lugar donde el trabajador vino prestando servicio, estimando que siendo Sacyr empresa principal, de las que las otras codemandadas son subcontratistas, a la luz de lo dispuesto en los artículos 42 y 26 del ET así como del convenio de aplicación, el de la construcción de la provincia de LUGO quedarían fuera de la responsabilidad de la Sacyr empresa principal, las siguientes cantidades: dentro de la nómina de abril de 2011, el plus extra salarial por importe de 97,49 euros. Y ello en base a su naturaleza extra salarial, y respecto de los 400 euros en concepto de dietas y 261 euros en concepto de gastos de combustible reclamado, tampoco entrarían dentro de la responsabilidad que el art 42 del ET confiere a la codemandada Sacyr, al tratarse de cantidades extra salariales; respecto de la indemnización de fin de contrato por importe de 1400 euros igualmente estima que el art 48 del convenio excluye la indemnización de fin de contrato de los conceptos objeto de responsabilidad por parte de la empresa principal; por lo que estima que cabría detraer la suma de los conceptos referidos, o sea, plus extrasalarial, dietas, combustible e indemnización por fin de contrato y que suponen una cantidad de 2.158,49 euros de las cantidades salariales de las que sería responsable en todo caso mi representada que supondrían un total de 1.988,44 euros.

En el segundo motivo del recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS y que formula con carácter subsidiario al anterior denuncia infracción de los artículos 42 y 26 del ET así como de los artículos 17, 24 y 32 del convenio colectivo de construcción de la provincia de la Coruña, pues aun entendiendo de aplicación el convenio de la provincia de la Coruña los citados preceptos del convenio disponen claramente la naturaleza extra salarial de los conceptos que se solicitan en el anterior motivo que se detraigan de las cantidades objeto de condena a la recurrente. Y así la empresa principal únicamente sería responsable de la cantidad de 1.988,44 euros; al excluirse los conceptos de plus extra salarial, dietas, combustible e indemnización por fin de contrato y que supone un total de 2.158,49 euros.

El artículo 42.2. del estatuto de los trabajadores establece que El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

Por su parte el artículo 26 del mismo precepto legal que regula el salario establece que:

1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.



Alegando la recurrente en primer lugar que si bien la sentencia de instancia considera de aplicación el convenio colectivo de la Coruña, lo cierto es que sería de aplicación el convenio colectivo de la construcción de la provincia de Lugo y ello por cuanto que es el lugar donde el trabajador vino prestando sus servicios.

Pues bien respecto de ello cabe decir que en efecto según resulta del HDP 9 de la sentencia de instancia el actor prestaba servicios en las obras de la autovía A-54 Lugo-Santiago Tramo: enlace de Guntín (norte) -enlace del monte Meda, provincia de Lugo (obra adjudicada a la empresa Sacyr), por tanto la prestación de servicios se realizó dentro del ámbito de disposición del convenio de la provincia de Lugo, y además en la propia demanda la reclamación salarial se realiza conforme a las tablas dispuestas en el convenio de la construcción de la provincia de Lugo publicado en el BOP de Lugo de 3 de marzo nº 51; por lo que el sometimiento de ambas partes al citado convenio ha de entenderse pacíficamente voluntario y por ello vinculante entre ambas. Y el citado convenio en el artículo 38 regula específicamente la naturaleza extrasalarial del plus extrasalarial por importe de 97,49 euros, que reclama el actor como uno de los conceptos que integran la nómina de abril de 2011; Y por su parte el artículo 49 del convenio citado establece que las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios responderán en los términos establecidos en el artículo 42 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores y en la ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Y en el número 2 establece que asimismo se extenderá la responsabilidad a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el art 62 del presente convenio, quedando limitado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este convenio general."

Por tanto la empresa recurrente estima que al referirse el artículo 42 a la responsabilidad solidaria por conceptos estrictamente salariales, y no lo son todos los reconocidos por la sentencia, reproche que ha de prosperar solo en parte, al no tener condición de salario como resulta de lo expuesto ni el plus extrasalarial por importe de 97,49 euros que es uno de los conceptos que integra la nómina del mes de abril de 2011 reclamada en demanda, y tampoco la indemnización por fin de contrato, todo ello en sintonía con el art. artículo 26 del ET, y artículo 38 y 39 del convenio que establece que las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios responderán en los términos establecidos en el artículo 42 y el la indemnización por fin de contrato tiene naturaleza extrasalarial, por tanto estaría excluida de la responsabilidad de la empresa principal. Que la empresa demandada estima asimismo que han de detraerse de la responsabilidad de la empresa principal asimismo los 400 euros en concepto de dietas y los 261 en concepto de gastos de combustible pues no entrarían dentro de la responsabilidad que la ley vía art 42 del ET confiere a la empresa principal.

Pues bien, respecto de ello decir que partiendo, pues de que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, la sala estima, al igual que apreció la juzgadora de instancia, que en el presente caso no nos encontramos con indemnizaciones o suplidos excluidos de la consideración de salarios, y ello por cuanto que pese a su denominación lo cierto es que de hecho el actor percibía los referidas dietas y gastos de combustible con regularidad y de forma homogénea, y además siempre una cantidad fija, con lo cual es obvio que no recompensa unos gastos, sino los servicios prestados, por ello han de merecer la calificación y consideración de salario a los efectos solicitados; por consiguiente la sala estima que proceder detraer únicamente de la ulterior responsabilidad salarial de la empresa Sacyr- recurrente la cantidad de 97,49 euros de plus extrasalarial del mes de abril de 2011 y la indemnización por fin de contrato en cuantía de 1400 euros, o sea un total de 1497,49 euros.

En corolario, se impone la estimación del recurso en parte, exonerando a la recurrente de la condena solidaria exclusivamente por los conceptos antes meritados (plus extrasalarial de abril de 2011 e indemnización por fin de contrato) que ascienden a la cantidad total de 1497,49 euros

La parte recurrente en el último motivo del recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracción del artículo 42 del ET en relación con el artículo 29.3 y la doctrina jurisprudencial sentada al efecto. y ello por estimar que no cabe condenar a la empresa principal a los intereses moratorios dispuestos en el art 29 del estatuto, por considerar que no ha de ser condenada al pago del interés por mora, en la medida en que no se trata de un concepto salarial,

Efectivamente el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto de la cuestión planteada de forma pacífica y reiterada, desde la sentencia de 20-5-1998, Recurso 3202/1997, que dice así: "En orden a la infracción que se denuncia en el recurso del artículo 42 del ET la cuestión debatida en casación estriba, como se ha dicho, en si quedan incluidos de la responsabilidad de la empresa principal solamente las obligaciones de naturaleza salarial, como dispone dicho artículo 42, o si el concepto de salario que debe aceptarse de la interpretación de dicho artículo es un concepto retributivo amplio, más de acuerdo con la protección del trabajador.



De lo dispuesto en el artículo 42 del ET resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a dos materias distintas: "las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores" ocupados en la contrata, y las referentes a la Seguridad Social.... Respecto de la primera materia, que es la que aquí se debate -obligaciones salariales-, el artículo 42.2 del ET precisa que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a "las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores", y esa circunscripción a las obligaciones salariales que introdujo el artículo 42.2 del ET de 1980 y que repite la versión del Estatuto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 no se contenía en el precepto legal precedente,.... Si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio Estatuto, con exclusión de retribuciones otras de naturaleza extra-salarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo."

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SACYR SAU contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2012 dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Santiago de Compostela en los autos nº 739/2011 seguidos a instancias del actor D. Celestino contra las demandadas grupo Construnor estructuras SL, Construnor SL, Administración concursal, SACYR SAU y FOGASA revocamos parcialmente la resolución impugnada exonerando a Sacyr SAU de la condena solidaria exclusivamente por los conceptos indicados en la fundamentación jurídica que ascienden a la cantidad total de 1.497,49 euros y absolviendo a la citada empresa del pago del 10% de interés por mora, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

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