



Roj: **STSJ GAL 5238/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:5238**

Id Cendoj: **15030340012015103475**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2015**

Nº de Recurso: **3341/2014**

Nº de Resolución: **3691/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -AN-

- PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0001481

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003341 /2014 AN

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de VIGO

Recurrente/s: CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), Nuria

Abogado/a: MANUEL ANGEL CORDOBA ARDAO, MATIAS MOVILLA GARCIA

Procurador/a: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA, JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

Graduado/a Social: ,

Recurrido/s: GALAICONTROL SL

Abogado/a: BELEN GARCIA BALADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO.SR.D.JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO.SR.D.FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMO.SR.D.MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

En A CORUÑA, a diecinueve de Junio 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 NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003341 /2014, formalizado por los letrados D. Manuel Angel Córdoba Ardao y D. Matías Movilla García, en nombre y representación de CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA) y Nuria , respectivamente, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314 /2013, seguidos a instancia de Nuria frente a GALAICONTROL SL, CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Nuria presentó demanda contra GALAICONTROL SL, CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha cinco de Mayo de dos mil catorce .

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

"Primero.- La demandante Dª Nuria , mayor de edad, presta servicios para la empresa GALAICONTROL, S.L, desde el día 01-03-11, con la categoría profesional de administrativa. En dicha fecha suscribió contrato de trabajo para obra o servicio determinado, siendo su objeto "colaboración en obras de humanización Plan E de Vigo." Segundo.- Con anterioridad suscribió otros contratos, el primero el 11-09-09 con duración hasta el 31-12-09, eventual por circunstancias de la producción, siendo su objeto refuerzo departamento de administración. El segundo del 31-05-10 a 3008-10, y prorrogado hasta el 28-02-11, eventual por circunstancias de la producción, para "refuerzo verano". Tercero.- Suscribió contrato con el Concello de Vigo del 2-10-08 a 31-08-09, para obra o servicio determinado, siendo su objeto "mantenimiento de zonas verdes". Cuarto. - La actora presentó papeleta de conciliación por cesión ilegal de trabajadores en fecha 12-02-13, y asimismo reclamación previa ante el Concello el 11-02-13; y el día 18 de dicho mes, por GALAICONTROL se le comunica que "de acuerdo con los ritmos de nuestra empresa, hemos tomado la decisión de suspender temporalmente los trabajos del Concello, a la espera de nuevas propuestas laborales. Por ello le comunico que a partir de la fecha de hoy, debe personarse en las oficinas centrales de nuestra empresa, en horario habitual". Quinto.- En fecha 17-10-12 GALAICONTROL notificó a la demandante el inicio de periodo de consultas para proceder a una modificación colectiva de las condiciones retributivas. Dicho periodo finalizó con acuerdo por acta de fecha 14-02-13, acordándose supresión de dos pagas extras, supresión gratificaciones voluntarias, acumulación de las horas extras una bolsa de horas que los trabajadores podrán utilizar a lo largo del año, movilidad geográfica dadas las posibilidades de apertura de nuevos mercados, etc. En fecha 19-02-13 notificó a la actora dichas modificaciones. Sexto.- Entre el Concello de Vigo y GALAICONTROL se llevaron a cabo distintos contratos menores de asistencia técnica para las obras: proyecto de construcción, adecuación y mejora de centros de servicios sociales, sanitarios, culturales y deportivos de Bembrive; Proyecto de protección y conservación de patrimonio histórico y paisajístico de los jardines del Castro; Proyecto de eficiencia en la gestión de recurso hídricos y otras redes de suministro en la CJ Santa Cristina; Construcción adecuación y mejora de pistas deportivas en la ciudad; Humanización Severino Cobas; Humanización C/Panamá y Nicaragua 1ª fase. Séptimo. - La actora venía realizando sus tareas en el Ayuntamiento de Vigo, Oficina de Supervisión de Proyectos e Inspección de Obras, planta 11, utilizando material del Concello. Dicha ofician nació con la finalidad de supervisar los proyectos municipales que no necesitan visados, bien redactados por técnicos municipales o por terceros contratados. Octavo.- La actora sustituía a Elvira Casas, Jefa de Negociado del Área de Fomento y con categoría de administrativo, cuando ésta se iba de vacaciones, pero no realizaba la totalidad de las funciones de la misma. El cuadro de vacaciones se realizaba por los propios trabajadores a nivel interno. Con anterioridad sustituyó a otra trabajadora de la oficina de obras, que tampoco tenía la categoría de administrativo. Noveno.- En fecha 25-10-12, consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva, se comunicó a la actora que desde la nómina del mes de octubre se disminuirá la gratificación voluntaria, quedando fijada en 321 euros. Con posterioridad, GALAICONTROL notificó a la demandante el inicio de periodo de consultas para proceder a una modificación colectiva de las condiciones retributivas. Dicho periodo finalizó con acuerdo por acta de fecha 14-02-13, acordándose supresión de dos pagas extras, supresión gratificaciones voluntarias, acumulación de las horas extras una bolsa de horas que los trabajadores podrán utilizar a lo largo del año, movilidad geográfica dadas las posibilidades de apertura de nuevos mercados, etc. En fecha 19-02-13 notificó a la actora dichas modificaciones. Décimo.- Con fecha 19-03-13 se presentó demanda en procedimiento de MSCT, impugnando el anterior hecho. Se dictó sentencia en fecha 10-04-13 desestimatoria de la demanda, apreciándose la inadecuación de procedimiento. Dicha



sentencia ha sido anulada por sentencia del TSJ de Galicia de 31-03-13 . Undécimo.- En la misma fecha presentó demanda de reconocimiento de derecho y cantidades, en la que suplicaba se reconociese que la misma es trabajadora del Concello por cesión ilegal, ostentando la categoría de administrativa, y reclamando las correspondientes diferencias retributivas. Duodécimo.- Por carta de 18-09-13 se comunicó a la actora su despido por causas económicas, organizativas y de producción, con efectos del día 03-10-13, abonando en concepto de indemnización la suma de 2.459,60 euros. La empresa procedió a despedir a un total de 7 trabajadores. Presentada demanda por despido, en la que también se accionaba por cesión ilegal, se dictó sentencia el 03-03-14 desestimatoria de la demanda. Dicha sentencia se encuentra recurrida."

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

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. Nuria , declaro su derecho a ostentar la condición de personal laboral indefinido del CONCELLO DE VIGO, con una antigüedad de 02-10-08, y categoría de auxiliar administrativo, condenando al CONCELLO DE VIGO y GALAICONTROL, S.L. a estar y pasar por tal declaración."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), Nuria formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación respectivamente por ambas contrapartes.

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 14 de julio de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de junio 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 de instancia que estimado parcialmente la sentencia de la actora declara su derecho a ostentar la condición de personal laboral indefinido del Concello de Vigo, con una antigüedad de 2-10-08 y categoría de Auxiliar Administrativo, recurren ambas partes y como quiera que la actora interesa la revisión de hechos probados, es preciso determinar la redacción fáctica definitiva para sobre ella resolver las cuestiones jurídicas planteadas.

Segundo.- Con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte actora interesa la adición de un nuevo párrafo a hecho probado sétimo, con la refacción que se señala y que consiste en la reproducción del acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Vigo, que crea una oficina de supervisión de proyectos e inspecciones técnicas de obras (Ospio) en la que se prevé una plaza de administrativo.

No se admite, porque dicha acuerdo está previsto para la constitución de dicha oficina con personal del Ayuntamiento, pero en modo alguno es válido para acreditar que las funciones que realizaba la actora era de administrativo, frente a lo ya resuelto sobre ello en la sentencia.

Tercero.- Se rechaza igualmente la pretendida adición de un hecho probado sétimo, bis, por los mismos razonamientos anteriores.

Cuarto.- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la demandante denuncia la infracción del artículo 26,3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 43,4 del mismo, manteniendo que la categoría de la trabajadora era de Administrativo, y no de Auxiliar administrativo como señala la sentencia, lo que llevaría a la aceptación y condena de las diferencias salariales que reclama.

La sentencia señala que la actora no realizaba la totalidad de funciones de administrativo, sustituyendo a la Jefa de Negociado, que sí lo era, e igualmente sustituyó a otra trabajadora con la categoría de auxiliar administrativo, por lo que no cabe extender los efectos de la cesión más allá de la actividad realmente realizada. Y por otro lado, aun cuando exista una cierta confusión en la redacción de la sentencia, al señalar que la categoría profesional con la que fue contratada la actora en Galaicontrol era de administrativa ello no es extensible a las funciones realizadas en el Ayuntamiento, y lo cierto es que es reiterada la jurisprudencia que viene manteniendo la necesidad del desempeño de todas las esenciales funciones de la categoría superior que se pretende, sin que la falta de adecuación o correspondencia entre la asignada a la categoría que tiene reconocida o la ocasionalmente realizada de otras suponga derecho al percibo de las retribuciones propias de la superior, ni la efectiva prestación de alguna o algunas de las propias de la misma generen la posibilidad jurídica de obtener el importe del salario correspondiente a ella, porque de conformidad con lo que al efecto señala el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de febrero de 1.987 , la categoría hace referencia a la especial



capacitación profesional del trabajador como aptitud personal del mismo dentro de la que cabe la realización de trabajos múltiples, y cuya efectividad viene ligada en cada ocasión a las facultades del empresario, por lo que en un momento dado o determinado período de tiempo pueden estarse prestando sólo parte de los trabajos para los que se está capacitado y que aisladamente considerados pueden formar parte también del contenido funcional de otra categoría superior, aunque sin llevar a cabo la totalidad ni las características codeterminantes de tal nivel, lo que ni implica de principio que se realicen funciones que no se correspondan ni da base para fundar agravios o exigir diferencias salariales. Y ya hemos dicho que aunque estuviera prevista la plaza de administrativa en el departamento en el que prestó servicios la demandante, no se justifica que lo hubiera realizado en dicha plaza, salvo ocasionalmente.

Por ello se desestima el recurso de la demandante.

Quinto.- Por su parte el Ayuntamiento de Vigo con a amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de los artículo 1 y 43,3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores al haber apreciado al sentencia la existencia de cesión ilegal de trabajadores en el Ayuntamiento de Vigo.

Básicamente lo motiva en que no consta acreditado ninguno de los "indicadores" que la jurisprudencia viene estableciendo para ello, porque no supuso degradación alguna de sus condiciones de trabajo, que la regulación profesional de la relación laboral de la actora con la codemandada fuera menos beneficiosa para la trabajadora, disminución de las garantías laborales de la demandante o que la empresa principal fuera ficticia.

Esta Sala en su reciente sentencia de 11-9-2014, dictada en recurso 2116/14 , decía lo siguiente:

"Por lo que atañe a la cesión ilegal, declarada en la sentencia de instancia y combatida por la parte recurrente, cabe señalar que reiterada doctrina jurisprudencial viene declarando que lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes."

De lo hechos probados de la sentencia, no combatidos de contrario por la ahora recurrente, se deduce que la demandante venía prestando servicios habitualmente en el Ayuntamiento de Vigo Oficina de Proyectos e Inspección de Obra, utilizando material del Consejo; sustituía a la jefa del Negociado de dicha Oficina, cuando se iba de vacaciones, cuyo cuadro se realizaba por los propios trabajadores a nivel interno; también sustituyó a otra trabajadora de la ofiicia; en hechos probados esto es exclusivo. Por si solos estos no serían suficientes, pero dada la extensión de la demanda con sólidos argumentos en favor de la existencia de cesión ilegal, y aunque la carga de la prueba del fraude corresponde a quien lo alega, la dificultad probatoria de aquellos hechos frente a la facilidad de lo contrario por las demandadas, obliga a estas a probar como mínimo el cumplimiento de las normas y exigencia contractuales que acrediten el verdadero desempeño de las funciones de mando y dirección básicas para excluir la posibilidad de fraude, lo que como señala la sentencia de instancia es inexistente, y para concluir, con verdadero valor de hecho probado, que de la prueba aportada no puede inferirse que la actora permaneciera dentro del poder de dirección de su empresario principal, y que únicamente realizara labores propias del contrato de asistencia técnica, no acreditándose el sistema de disfrute y concesión de vacaciones, ni tampoco el control a través de un sistema de partes de trabajo o similar, ni la supervisión del trabajo de la demandante por Galaicontrol, alegaciones de las que unos y otros eran conocedores de la pretensión actora porque tenían conocimiento previo de los hechos de la demandada; no se trata de invertir la carga de la prueba, sino de actuar en el proceso dentro de los principios de buena derivados del contrato de trabajo y de las facultades probatorias de las partes. Por ello el motivo de desestima.

Y también se opone el Ayuntamiento a la cesión ilegal, en base a que cuando reclamó ya no existía dicha situación, porque la actora dejó de prestar servicios en el Ayuntamiento el 18 de febrero de 2013 porque Galaicontrol le comunicó que desde esa fecha deja de prestarlos en aquel para hacerlo en las sede de la



empresa. Efectivamente esa es la doctrina fijada por el TS en la sentencia citada en el recurso, pero no se puede ignorar que la actora había presentado la reclamación previa contra el Ayuntamiento el 11 de febrero de 2013, y la conciliación previa contra la empresa el 12 del mismo mes, reclamando en ambas la cesión ilegal, por lo que si estaba viva en dicho momento e incluso cabría pensar en una actuación irregular pensada para precisamente colocarse en dicha situación.

Sexto.- Finalmente, en una curiosa manera de motivar el recurso, dado que es en el último motivo cuando se denuncia por el apartado a) cuyo objeto es la nulidad de actuaciones que implicaría la nulidad de la sentencia, se denuncia la infracción de los artículos 97,2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con los artículos 218,1, 2, y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De aplicación supletoria pretendiendo la reposición de los autos al momento del dictado de la sentencia, por entender que existe contradicción interna en el proceso discursivo de aquella, lo que en ningún caso es causa de nulidad, porque el apartado a) está previsto para los supuestos de infracción de normas y garantías de procedimiento que produzcan indefensión lo que no sucede cuando la sentencia de instancia llegan a través de la valoración de la prueba y sus razonamientos a conclusiones distintas a las del recurrente, que es en definitiva lo que se denuncia, supuesto que en su caso sería combatible a través de los apartados a) y b) por lo que igualmente se rechaza el motivo, al igual que todo el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por D^a Nuria, y EL AYUNTAMIENTO DE VIGO, contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número cuatro de Vigo, en juicio seguido por la trabajadora citada contra la empresa GALAICONTROL S.L. y el AYUNTAMIENTO DE VIGO, la Sala la confirma en su totalidad condenando al citado Ayuntamiento a abonar al letrado impugnante de su recurso la cantidad de 601 € en concepto de honorarios.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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 37 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 37 **** ++**).

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.