



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -AN-

-PLAZA DE GALICIA
Tfno: 981184 845/959/939
Fax:881881133 /981184853
NIG: 36057 44 4 2013 0001481
084000

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003341 /2014 AN
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314 /2013
JDO. DE LO SOCIAL n° 004 de VIGO
Recurrente/s: CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA),

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

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: GALAICONTROL SL

Abogado/a: BELEN GARCIA BALADO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Juan Lage Fernández-Cervera
Procurador de los Tribunales
F/NOTIFICACIÓN:01/07/2015

D/D^a. MARIA ISABEL FREIRE CORZO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA,DOY FE Y TESTIMONIO:

Que en los citados autos se ha dictado resolución que
literalmente dice:

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 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 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 , respectivamente,
contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en
el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314 /2013,
seguidos a instancia de frente a
GALAICONTROL SL, CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA), siendo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a 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 D^a , 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 30-08-10, 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

(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."



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

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

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. , 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), ; 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.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

material del Consejo; sustituía a la
..., cuando se iba de vacaciones, cuyo cuadro se realizaba por los propios trabajadores a nivel interno; también sustituyó a otra trabajadora de la oficina; 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 concededores 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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,

F A L L A M O S

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por D^a \ , 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 n^o **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n^o 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a diecinueve de Junio de dos mil quince. Doy fe.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

XDO. DO SOCIAL N. 4
VIGO

SENTENCIA: 00312/2014

CONCELLO DE VIGO - REXISTRO DE ENTRADA
<http://www.vigo.org/consultadocumento>



140055363

12/05/14



RÚA LALÍN 4-3°
Tfno: 986.81.74.51 -52-53
Fax: 986.81.74.54
NIG: 36057 44 4 2013 0001481
N02700

8000.111
COPIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314 /2013

Procedimiento origen: /
Sobre: ORDINARIO

DEMANDANTE D/ña
ABOGADO/A: MATIAS MOVILLA GARCIA
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO, DEMANDADO D/ña: GALAICONROL, S.L., CONCELLO DE VIGO
ABOGADO/A:
PROCURADOR:
GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA

En la ciudad de Vigo, a cinco de Mayo de dos mil catorce.

Vistos por mí, Carmen López Moledo, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número Cuatro de Vigo, los presentes autos sobre reconocimiento de derecho y cantidades seguidos entre partes, como demandante D^a. [redacted] asistida del letrado Sr. Movilla García y como demandada la empresa GALAICONROL, S.L. representada por la letrada Sra. García Balado, y el CONCELLO DE VIGO representado por el letrado Sr. Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19-03-13 tuvo entrada en este Juzgado de lo Social demanda presentada por la citada parte demandante en la que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaba suplicando que se dictase sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.

Segundo.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 07-02-14, el cual se celebró el día señalado en todas sus fases con el resultado que consta en el acta, confiriéndose traslado a las



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

partes de las resoluciones dictadas el 10-04-13 y 03-03-14, quedando los autos conclusos para sentencia.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Primero.- La demandante D^a. 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 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 30-08-10, 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 C/ 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 oficina 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 l 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.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Acciona la parte actora solicitando se declare que la misma es trabajadora indefinida del Concello de Vigo con una antigüedad de 02-10-08, con categoría de administrativa y un salario de 2.141,72 euros. Reclama asimismo diferencias retributivas, fijando la cantidad adeudada en 8.315,87 euros en el periodo de 01-02-12 a 31-01-13, y en 10.680,91 euros por el periodo de 01-02-13 a 15-06-13. De contrario se alega la excepción de litispendencia, pues existe un procedimiento anterior por modificación sustancial de condiciones de trabajo, que se encuentra pendiente de firmeza.

Entrando a analizar dicha excepción, resulta acreditado que efectivamente se dictó sentencia en procedimiento de MSCT, sentencia que fue recurrida y anulada por resolución del TSJ de Galicia de 22-01-14. Allí también se accionaba por cesión ilegal de trabajadores, al igual que en el procedimiento de despido, cuya sentencia desestimatoria si se encuentra pendiente de recurso de suplicación. Ahora el procedimiento iniciado es un ordinario de reconocimiento de derecho y cantidades. La excepción debe ser desestimada pues como ya ha manifestado el T.S., entre otras en sentencia de 22.04.10 (RJ 2010/4859), que razona del siguiente modo: "en nuestro Derecho procesal la litispendencia es una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de la litispendencia". Podríamos hablar de prejudicialidad, o efecto positivo de la cosa juzgada, pero esto no es lo alegado, y además ni en el procedimiento de MSCT ni en el de despido se entró a valorar la cuestión e la cesión ilegal.

Segundo.- Entrando en el fondo del asunto, entiende la parte actora que nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores, siendo la demandante en realidad trabajador del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Concello de Vigo, a pesar de la contratación formal por parte de Galaicontrol.

A este respecto, en aplicación de lo previsto en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia matiza que para que la cesión de trabajadores no constituya cesión ilegal, han de darse las siguientes notas: que la empresa cedente ejerza su actividad propia, a cargo de su propio patrimonio, maquinaria instrumentos etc.; que ejerza funciones de dirección y gestión en la ejecución del servicio prestado, asumiendo el riesgo correspondiente, y mantenga con sus empleados el núcleo esencial del poder de dirección propio de todo empleador. Y la doctrina jurisprudencial aplica el instituto de la cesión ilegal también a supuestos en donde intervienen las administraciones públicas, sin paliativo alguno. Aunque nuestra postura no coincide con dicha posición, debemos de aplicar lo que el T.S. ya ha consolidado como doctrina jurisprudencial. Y decimos que nuestro entender es distinto, porque la figura de la cesión ilegal está prevista para defender al trabajador en el ámbito de las empresas privadas, que se mueven por criterios de productividad dentro de una economía de mercado, finalidad que desde luego no es la de la Administración, cuyo único fin es el bien público. En este sentido hacemos nuestras las palabras del TSJ de Canarias de fecha 10-010-13, que textualmente matiza: "En primer lugar, este problema coincide en el fondo con la importantísima colisión entre los principios constitucionales de legalidad (art. 9.1) y de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a las funciones públicas (arts. 103.3 y 23.3.) que subyace a todos los litigios en los que se proyecta la aplicación del Derecho Laboral a la Administración Pública, es decir, la aplicabilidad "tout court" del Derecho Laboral "versus" la introducción de mecanismos correctores que afinen los efectos de las instituciones laborales, cuya "ratio" y fin último es la de proteger a los trabajadores frente a las Empresas privadas, movidos por un "animus lucrandi" que tiende a la explotación de los que en ella prestan servicios. Naturalmente que cuando este esquema se traslada a la Administración Pública como empresaria, estos mecanismos protectores chirrían porque en absoluto están pensados para operar con la Administración Pública quien, aunque formalmente ocupe la posición jurídica del empresario, materialmente no es así, ya que no sólo no está movido por un "animus lucrandi" depredador (así ha actuado la Empresa privada, históricamente, cuando no ha existido freno eficaz a través del Derecho Laboral) sino que, al contrario, defienden un interés público que merece mayor protección que el interés privado. Si estas consideraciones generales se trasladan al concreto campo de la institución que aquí se examina (la cesión ilegal de trabajadores) aun se exhibe con mayor claridad esa inadecuación, ya que, aquí, la traslación de la institución de la cesión ilegal al campo del empresario público no sólo chirría, sino que deslumbra por ser "antinatural".

Al igual que realiza la Sala del TSJ de Canarias, nos vemos obligados a acatar la doctrina jurisprudencial, "ex arts. 1.6 del Código Civil, 53 y 59 LOPJ y 217 LPL".



Tercero.- Sentado lo anterior, en el presente supuesto lo que ha resultado acreditado es que 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 C/ Santa Cristina; Construcción adecuación y mejora de pistas deportivas en la ciudad; Humanización Severino Cobas; Humanización C/Panamá y Nicaragua 1ª fase. Como consta al folio 776 de los autos, la oficina de supervisión de proyectos nació con la finalidad de supervisar los proyectos municipales que no necesitan visados, bien redactados por técnicos municipales a por terceros contratados. Y así se contrató con GALAICONTROL la asistencia técnica a la dirección e obras, redacción de proyectos y/o control de calidad según los casos. Como consta al folio 772 dentro de las funciones de la adjudicataria, están la de realización de visitas a las obras, traslado a la dirección facultativa de los problemas que surjan en la ejecución, revisión de las certificaciones de obras, gestión de la documentación de las obras etc. Todo esto se llevaba desde la OSPIO, y allí trabajaba la demandante. Prestaba servicios en las instalaciones del Ayuntamiento, y con material de Ayuntamiento, pero no queda claro que concretas tareas realizaba, pues la documental aportada por la parte actora puede coincidir con el contenido de la asistencia técnica, o no; cuestión que desconocemos. Que realice trámites necesarios para la ejecución y supervisión de las obras, no significa que tramitase y realizase las labores propias del personal del Concello, pero tampoco frente a dicho indicio probatorio, de contrario no se ha acreditado que se dedicase solamente a obras objeto de la contrata.

Hemos de resaltar que los demandados aportaron únicamente prueba documental, de la que no puede inferirse que la actora permaneciera dentro del poder de dirección de su empresario, y que únicamente realizase labores propias del contrato de asistencia técnica. De dichas documentales no podemos saber el tiempo de duración de las asistencias técnicas, ni su concreta ejecución. La parte actora si solicitó prueba testifical, que tampoco resulta muy esclarecedora pues Begoña Bujan es la otra trabajadora contratada por GALAICONTROL que demandó por cesión ilegal, no pudiendo desplegar su testimonio plena virtualidad probatoria. El resto de los testigos relatan de forma poco específica las labores de la demandante, sin distinguir periodos, sin poder especificar los concretos trámites que realizaba la actora etc. Tampoco sabemos fehacientemente quien le daba las órdenes, pues unos hablan del Sr. Crespo, otros de Begoña, otros que realizaba trabajos distintos a los de la asistencia técnica etc. Pero frente a dichas manifestaciones,



lo que si podemos valorar es la ausencia de prueba de los demandados, que no propusieron testifical, ni documental de la que se infiera que la actora realizase sólo trabajos pertenecientes a lo contratado.



Galaicontrol no aporta documentación relativa a solicitud/concesión de permisos, vacaciones, etc., ni tampoco documentación relativa a partes de trabajo, o control de cualquier tipo. Y esta documental no es una prueba extraordinaria, sino habitual en supuestos de trabajadores que prestan servicios fuera de su centro de trabajo. Tampoco consta que persona supervisaba el trabajo de la demandante por parte de GALAICONTROL; y todas estas lagunas no pueden interpretarse más que en sentido negativo. Esta ausencia de prueba por parte de GALAICONTROL deje en una situación muy difícil al Ayuntamiento, que se ve privado de poder acreditar fehacientemente su desvinculación con la demandante. Ya sabemos que acreditar hechos negativos constituye un prueba diabólica, máxime cuando no cuenta con la ayuda de la empresa privada contratada, que sin duda poco arriesga con dicha postura, lo que no indica posiblemente, que poco arriesgaba antes también.

Es cierto que el Ayuntamiento se encuentra, digamos que sólo, ante la ausencia probatoria de la empresa, pero también debemos aquí resaltar la dejación que de sus funciones ha realizado. Aunque partamos de la legalidad inicial de los contratos de asistencia técnica, la patología puede surgir en el día a día de la vida de la misma, y es aquí en donde el ente público debe de ser prevenido, y ejercitar su sistema de control; pues sino nos encontramos, como ocurre en el presente supuesto, con una cesión ilegal no querida ni deseada por la Administración, que nace por "decisión" de las otras partes del triángulo, y de la que debe defenderse el ente público. A este respecto ya son múltiples las Instrucciones dadas en otros organismos, nacidas de la elaborada por la Secretaria de Estado para las Administraciones Públicas, consecuencia de la moción elevada por el Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales, que motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011), por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se insta a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas que han venido llevándose a cabo durante los últimos años en las contrataciones de servicios. Y a ello puede añadirse la figura del "responsable del contrato", regulada en el art. 52 de la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Ley de Contratos del sector Público, que establece: "Los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan". Ninguno de estos dos métodos de "blindaje" se ha llevado a cabo en el presente supuesto.

Sentado lo anterior, debemos declarar el derecho de la demandante a ostentar la condición de personal laboral indefinido, que no fijo de plantilla, del Ayuntamiento demandado, pero no con la categoría de administrativo, sino con la de auxiliar administrativo. Y así ya se hizo constar en la sentencia dictada en procedimiento de despido. Allí textualmente se matizó: "... consta que realizaba funciones administrativas, sustituyendo en ocasiones a otro personal del Concello que ostentaba la condición de auxiliar, y sustituyendo a una jefa de negociado, esta si con categoría de administrativo, pero no realizaba la totalidad de las funciones de la misma; como se reconoció en prueba testifical. Debemos tener presente que para que sea procedente el reconocimiento de una categoría superior, no es suficiente con realizar parte de las tareas de dicha superior categoría, sino que es necesario realizar las que constituyan el núcleo esencial de la categoría superior, y esto en el presente supuesto no ha resultado probado". Y en orden a la antigüedad, entendemos correcta la de 02-10-08, pues desde ese primer contrato suscrito directamente con el Ayuntamiento hasta su cese, vino prestando servicios sin casi solución de continuidad, y aunque los posteriores contratos estuviesen suscritos por GALICONTROL debemos entender que lo fueron por el Ayuntamiento, en aplicación del instituto de la cesión ilegal.

Respecto a las diferencias retributivas, la parte actora reclama las generadas tomando en consideración la categoría de administrativo, categoría que como acabamos de exponer, no es la reconocida. No obrando en autos los parámetros necesarios para calcular las diferencias entre lo percibido y lo que le correspondería como auxiliar administrativo del Concello, no se realiza condena al abono de cuantía alguna, sin perjuicio de las acciones que la parte desee ejercitar al respecto.

Cuarto.- Según lo dispuesto por el artículo 191 de la LRJS, contra esta sentencia pueden la partes interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a.
i, 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.

Se hace saber a las partes de su derecho para interponer contra esta resolución recurso de Suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que podrán anunciar al notificarle esta resolución o ante este Juzgado de lo Social en el plazo de cinco días a partir de su notificación, por comparecencia o por escrito, debiendo designar letrado. Y debiendo consignar la parte, en su caso, el depósito especial de 300 euros en la cuenta de este Juzgado: ES55.0049.3569.92.0005001274 del Banco Santander, debiendo poner en el campo concepto 3629.0000.36.0314.13.

Así por ésta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.