



**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL
OVIEDO**

SENTENCIA: 01913/2014

LUIS ALVAREZ PEREZ
ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO
PROCURADORES
Marques de Pical, 7 - 1º izda.
Teléfono: 985 24 06 97 Fax: 985 27 24 58
33004 OVIEDO

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10
Tfno: 985 22 81 82
Fax: 985 20 06 59
NIG:
402250

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 1525/2014
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA JDO. DE LO SOCIAL N° 1 DE
GIJON, AUTOS N° 784/2013

Recurrente/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON
Procurador/a: LOPD

Recurrido/s: LOPD
Abogado/a: LOPD

SENTENCIA N° 1913/14

En OVIEDO, a veintiséis de Septiembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, 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 0001525/2014, formalizado por el Procurador D. LOPD, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GIJON, contra la sentencia número 83/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000784/2013, seguidos a instancia de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



LOPD

----- frente al AYUNTAMIENTO DE GIJON,
siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. LOPD presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 83/2014, de fecha diecinueve de febrero de dos mil catorce.

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

1º) El 15 de noviembre de 2002 se firmó el Convenio de colaboración entre la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón, para el desarrollo del Plan de ordenación de las Escuelas del Primer Ciclo de Educación Infantil. El convenio fue publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 24 de diciembre de 2002. El plan se acordó hasta el 31 de diciembre de 2002, entendiéndose prorrogado tácitamente por las partes siempre que no exista denuncia con una antelación mínima de dos meses.

2º) La cláusula segunda del convenio establecía que la escuela se desarrollará de conformidad con la Red Pública de Escuelas Infantiles. El Plan de Ordenación de las Escuelas Infantiles del Primer Ciclo de Educación Infantil fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias de 10 de mayo de 2002.

3º) Conforme a la cláusula cuarta, el personal técnico educativo y de atención a los niños sería contratado directamente por el Ayuntamiento

4º) La cláusula quinta del convenio establece que será la Consejería de Educación y Cultura la que dispondrá de una aportación económica para garantizar el funcionamiento, aportación equivalente al gasto neto e personal, manutención y funcionamiento correspondiente a una escuela de primer ciclo de educación de seis unidades. Si este importe resultare insuficiente, la Consejería, en función de sus necesidades presupuestarias, tramitaría el correspondiente expediente de concesión de subvención al Ayuntamiento para cubrir esos gastos.

5º) También la cláusula quinta dispone: [1]a *Consejería de Educación y Cultura, en los supuestos de finalización de la actividad por decisión unilateral de la Administración Autónoma, o en caso de minoración de unidades por descenso de los niños/niñas y en función e sus disponibilidades presupuestarias, tramitará el correspondiente expediente de concesión de subvención al Ayuntamiento de Gijón en cuantía idéntica a la correspondiente a las indemnizaciones del personal que determine la legislación laboral vigente, por cese y por esta causa.*

6º) La demandante, Doña LOPD, con DNI n° LOPD mayor de edad, viene prestando servicios para ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON con la categoría profesional de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

técnico de educación infantil, en la Escuela de Primer Ciclo de Educación Infantil de La Serena, en Gijón, en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo por obra o servicio determinado, suscrito el 3 de marzo de 2003. El 1 de septiembre de 2004 se firmó por las partes un contrato idéntico y un tercero el 1 de septiembre de 2005 en el que se indicaba que los servicios finalizarían el 31 de agosto de 2006.

7º) En la cláusula primera de todos los contratos celebrados se indicaba que el mismo se inscribía dentro del Convenio de Colaboración suscrito entre la Administración del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón, de 15 de noviembre de 2002, para la realización de los trabajos y servicios determinados en el Plan de Ordenación de las Escuelas del primer ciclo de Educación Infantil.

8º) El 22 de abril de 2013 la actora presentó reclamación previa solicitando el reconocimiento de su relación como indefinida.

9º) Por resolución de 14 de noviembre de 2013 se desestimaron las reclamaciones previas presentadas por las actoras y por otras 41 trabajadoras.

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

“ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Doña LOPD LOPD, contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, declarando el carácter indefinido de la relación laboral que une a la actora con el Ayuntamiento”.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el AYUNTAMIENTO DE GIJON 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 fecha 25 de junio de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 24 de julio de 2014 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.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada contra el Ayuntamiento de Gijón y declara indefinida la relación laboral que vincula a las partes. Frente a la misma se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la corporación local interesando en primer término la revisión del relato fáctico.

Con amparo procesal en el artículo 193 b) de la LJS solicita la parte recurrente la incorporación de dos nuevos hechos que recojan de un lado, que según Convenio publicado en el BOPA el 24 de diciembre de 2002, la Consejería de Educación



es la competente en materia de enseñanza de acuerdo con el Estatuto de Autonomía para Asturias y ha desarrollado el Plan de Ordenación de las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil, y de otro, se transcriba el apartado 4.2 del citado Plan de Ordenación referente a los Objetivos Generales de la Planificación y también la cláusula quinta del Convenio de Colaboración suscrito con el Ayuntamiento de Gijón. Con tales intentos revisorios se pretende dejar claro que la competencia en materia de educación reside, no en dicho Ayuntamiento, sino en la Comunidad Autónoma, y que por tanto la contratación obedece realmente a un servicio concreto con autonomía dentro de la actividad del recurrente que, además, es temporal al estar condicionado su mantenimiento a la decisión unilateral de la administración autonómica o al descenso de niños/as.

Resulta innecesaria la trascripción de apartados y cláusulas de convenios que se pretende pues la sentencia ya se remite al acuerdo de colaboración, pero es que, además, de tal documental, en concreto del Convenio de Colaboración en materia de Educación Infantil del año 2002, suscrito entre la Administración del Principado de Asturias y el Ayuntamiento recurrente, en cuyas cláusulas se regulan, entre otros extremos, las funciones de cada uno de dichos Organismos, entre las que figura la contratación del personal técnico educativo, resulta que al asumirse por la Corporación Local tal obligación, y en consecuencia actuar en calidad de empleador, los eventuales efectos de una contratación irregular sólo pueden incumbir, en el estricto plano laboral, a quien en exclusividad ejerce como empresario.

SEGUNDO.- Por el cauce procedimental del artículo 193 c) de la LJS, en el motivo dedicado al examen del derecho aplicado, se denuncia por el recurrente infracción de la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación; Disposición Adicional 2ª.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación; Real Decreto 2081/1999, de 30 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado al Principado de Asturias en materia de enseñanza no universitaria, y Convenio de Colaboración entre la administración del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón para el desarrollo del Plan de Ordenación de las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil, se consideran también infringidos los artículos 25.2 n) y 28 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Entiende la parte recurrente que la competencia en materia educativa corresponde a la Administración del Principado y que su actuación se limita a colaborar en las concretas materias que el Convenio recoge, siendo una la contratación mediante la correspondiente subvención del Principado.

Asimismo, considera que se ha vulnerado en la sentencia de instancia el artículo 15 del ET en relación con la anterior normativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita. Insiste en que como consecuencia de lo anterior el servicio tiene autonomía y sustantividad propia dadas las competencias de las distintas Administraciones, la ejecución de la actividad está limitada en el tiempo y resulta de duración incierta, y la obra está perfectamente identificada en el





contrato al suscribirse dentro de aquel Convenio de Colaboración.

Tal como señala la sentencia en su tercer fundamento de derecho la materia objeto de litigio ha sido resuelta por la Sala en la sentencia de 8 de febrero de 2013 (RSU 2.979/12) que en la actualidad es firme, de ahí que por evidentes razones de seguridad jurídica ha de estarse a lo allí resuelto y a tal fin se transcriben a continuación los fundamentos de derecho tercero y cuarto de dicha sentencia:

"TERCERO.- El *Tribunal Supremo* en su sentencia de 21 de julio de 2008 recuerda que, "el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza -entre otras notas- porque la actividad a realizar por la empresa responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario, lo que en su caso determinaría que la contratación hubiese de reputarse fraudulenta [Art. 6.4 CC] y que, consecuentemente, según lo dispuesto en el Art. 15.3 ET, la primitiva relación laboral haya de ser calificada como indefinida (SSTS 01/10/01 (RJ 2001, 8.490) - rcud 3.286/00 -; 22/04/02 (RJ 2002, 7.796) - rcud 1.431/01 -; 04/10/07 (RJ 2008, 696) - rcud 1.505/06 -; y 21/02/08 (RJ 2008, 3.477) - rcud 178/07 -)".

En el caso enjuiciado solo cabe confirmar la ilegalidad de la contratación de la actora, que desde el año 2003 viene prestando servicios para el demandado como técnico de educación infantil, pues tal contratación responde al carácter permanente de la actividad de guardería municipal desarrollada durante varios años, y es esa premisa de permanencia (que se deriva del tiempo que se viene desarrollado tal actividad) la que actúa como factor que determina la ilicitud e irregularidad de una modalidad contractual utilizada con ausencia del requisito esencial del contrato para obra o servicio determinado: que se trate de trabajos con sustantividad y autonomía propia dentro de la actividad de la empresa. Al carecer la actividad de educadora de autonomía y sustantividad dentro de la habitual de la empresa, actividad realizada por el demandado durante 12 años -11 desde la contratación de la actora-, el vínculo se transforme ex lege en indefinido a tenor de los artículos 6.4 CC y 15.3 del ET. Y sea o no convenida la actividad educativa entre la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento, y corresponda a quien corresponda la competencia en dicha materia, lo cierto es que la contratación del personal al servicio del mismo, cuestión que incumbe al demandado, debe de obedecer a las reglas y principios que son naturales y propios de las modalidades o clases respectivamente reguladas en el ordenamiento jurídico.

CUARTO.- La sentencia de esta Sala de lo Social de 1 de octubre de 2010 confirma el anterior razonamiento ya que según se declara en el conflicto colectivo promovido en relación con la aplicación del convenio al colectivo afectado por el conflicto, es decir al personal contratado por el Ayuntamiento



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



de Gijón para prestar servicios en las escuelas infantiles, "... y al efecto cabe señalar que estos trabajadores han sido contratados por el Ayuntamiento no para realizar un programa temporal sino como personal de funcionamiento permanente y en este sentido y en relación con el ámbito personal el convenio en su Art. 2 establece que afecta a todos los empleados adscritos a plazas permanentes o no permanentes, con lo cual en principio están incluidos en el mismo pues lo que debe ser expreso es la exclusión no la inclusión de estos trabajadores".

A mayor abundamiento como declara la *sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2010*, que se reproduce en la resolución recurrida, en supuesto idéntico, "y mal puede sostenerse que una Escuela Municipal de Educación Infantil constituya una obra o servicio con autonomía y sustantividad propias, cuando, dentro de las competencias conferidas a los Ayuntamientos por el artículo 25 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, se encuentra la de "participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participaren la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria" -apartado n)-, o que la actividad contratada sea de carácter temporal cuando las labores de Técnico de Educación Infantil, para cuya realización fue contratada la actora, son las que de forma permanente han de llevarse a cabo en la Escuela de Educación Infantil que el Ayuntamiento recurrente ha creado y gestiona (...)".

Lo expuesto determina la desestimación del motivo y del recurso, y la íntegra confirmación de la sentencia impugnada. debiendo significarse por último en relación con la modificación de la redacción del Art. 25 n) de la ley 7 /85 reguladora de las Bases del Régimen Local, operada por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local publicada en el BOE del 30-12-2013, en base a la cual alega el recurso que el Ayuntamiento ya no tiene competencias para la programación de educación infantil que, como sostiene el escrito de impugnación de la actora, estemos o no hablando de competencias obligatorias para los Ayuntamientos ello no incide en la relación laboral de la trabajadora toda vez que el Ayuntamiento asume dar o prestar estos servicios de forma estable y permanente de modo que la participación en la programación de la enseñanza que ahora se omite, se complementa necesariamente con la mención del Art. 27.3 donde expresamente se incluye la potestad de delegación por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas de la e) "creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil".

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GIJON contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón en autos seguidos a instancia de D^a LOPD contra dicho



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



recurrente sobre Relación Laboral y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Condenando al referido recurrente a abonar al Letrado de la parte impugnante en concepto de honorarios la suma de 400 euros.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el Art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS