

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

C/ SAN JUAN N° 10  
Tfno: 985 22 81 82  
Fax: 985 20 06 59  
NIG: 33044 34 4 2015 0103920  
N08150

**TIPO Y N° DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000248 /2015  
**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 908/2014 JDO. DE LO SOCIAL N°  
002 de GIJON



**Recurrente/s:** AYUNTAMIENTO DE GIJON  
**Abogado/a:** LOPD

**Recurrido/s:** LOPD  
**Abogado/a:** LOPD

Sentencia n° 307/15

En OVIEDO, a veinte de Febrero de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J. ASTURIAS, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN, 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 248/2015, formalizado por el Letrado D. LOPD, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GIJON, contra la sentencia número 380/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 908/2014, seguidos a instancia de LOPD frente al AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** D. 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 380/2014, de fecha veintiséis de Noviembre de dos mil catorce.

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

1º- El demandante, D. LOPD , mayor de edad, con DNI nº LOPD prestó sus servicios para el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, con la categoría profesional de peón, un salario bruto de 27,72 euros diarios, incluida prorata de pagas extras, y centro de trabajo en el Recinto Municipal de Las Mestas, sujeto en sus condiciones laborales al Convenio Colectivo del Personal Laboral Contratado por el Ayuntamiento de Gijón, dentro del Acuerdo Gijón Innova, en virtud de un contrato de trabajo por obra o servicio determinado, a tiempo completo, con una duración de un año, del 19 de agosto de 2013 al 18 de agosto de 2014, en cuya cláusula primera se indicó como causa "prestación de servicios como BENEFICIARIO del Programa PLAN EXTRAORDINARIO DE EMPLEO (Año 2013)", añadiendo que "El citado Plan tiene como finalidad la adquisición de los conocimientos, destrezas y el desarrollo de competencias profesionales de los beneficiarios del mismo a través de la ejecución, durante un año, de las tareas propias de su categoría profesional".

2º- Conforme a las tablas salariales aplicables al personal laboral del Ayuntamiento de Gijón, el salario correspondiente a un peón asciende a 52,27 euros diarios, por conformidad de las partes.

3º- Por parte de la empresa se entregó al demandante una comunicación escrita, fechada el 10 de julio de 2014, por la que se le notificaba la finalización del contrato temporal con efectos a 18 de agosto de 2014, del siguiente tenor literal:

"Muy Señor mío:

De conformidad con el contrato suscrito por Vd. el pasado día 19/08/2013, y de orden de la Concejalía Delegada de Administración Pública y Hacienda, pongo en su conocimiento que el próximo día 18/08/2014, será el último de prestación de servicios, al finalizar sus funciones como BENEFICIARIO del Programa "Plan Extraordinario de Empleo" (año 2013) para el que fue usted contratado, dando por extinguida la relación laboral en la indicada fecha 18/08/2014.

Todo ello de acuerdo con lo establecido al efecto en el artículo 49.1b) del R.D. Legislativo ;/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Lo que le notifico, haciéndole saber que, contra esta comunicación de cese, podrá Vd. interponer reclamación previa a la vía laboral ante la Concejalía Delegada de Administración Pública y Hacienda, conforme al artículo 120 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Dicha reclamación previa suspenderá el plazo de caducidad de 20 días para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores y 69 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtiéndole que así mismo podrá Vd. interponer cualquier otra reclamación o recurso que estime conveniente a derecho.

Sírvase firmar duplicado para constancia".

4º- El actor percibió una indemnización por cese de 364,37 euros.

5º- El trabajador solicitó se reconociera la naturaleza indefinida de su relación laboral, lo que le fue desestimado mediante Resolución de 7 de octubre de 2014, en cuyo Fundamento de Derecho Décimo se hace constar que "Los contratos que los trabajadores alegan celebrados en fraude de ley, no responden a la naturaleza jurídica de un contrato de obra o servicio común, el contenido del contrato se sitúa más ante un contrato temporal de formación y ocupación de personas desempleadas, y así consta claramente en los contratos de trabajo".

6º- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación de los trabajadores.

7º- Por el trabajador se presentó la correspondiente reclamación previa, que no fue estimada.

8º- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda presentada por D. <sup>LOPD</sup> contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, sobre acción de despido, debo declarar y declaro celebrado en Fraude de Ley el contrato para obra o servicio determinado suscrito entre las partes en fecha 19 de agosto de 2013, contrato que debe calificarse como Ordinario de duración Indeterminada, declarándose IMPROCEDENTE el despido del que fue objeto el actor el 18 de agosto de 2014, condenando a la demandada a que readmita al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, a razón de 52,27 euros/día, o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad total de 1724,91 euros, sin salarios de tramitación, parte de cuya indemnización se hará efectiva con cargo a la suma de 364,37 euros ya percibida, debiendo ejercitarse la opción en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente, entendiéndose caso de no ejercitarla que la opción es en favor de la readmisión."

**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 referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 3 de Febrero de 2015.

**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de Febrero 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.-** La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, recaída en autos 908/2014, estimó la demanda del actor, efectuando la siguiente declaración y condena: "debo declarar y declaro celebrado en Fraude de Ley el contrato para obra o servicio determinado suscrito entre las partes en fecha 19 de agosto de 2013, contrato que debe calificarse como Ordinario de duración Indeterminada, declarándose IMPROCEDENTE el despido del que fue objeto el actor el 18 de agosto de 2014, condenando a la demandada a que readmita al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, a razón de 52,27 euros/día, o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad total de 1724,91 euros, sin salarios de tramitación, parte de cuya indemnización se hará efectiva con cargo a la suma de 364,37 euros ya percibida, debiendo ejercitarse la opción en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente, entendiéndose caso de no ejercitarla que la opción es en favor de la readmisión".

Dicha Sentencia es recurrida por la representación letrada del Ayuntamiento demandado, formulando un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que solicita el examen del derecho aplicado en la citada Resolución. Denuncia infracción de los artículos 83.1 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, referido al ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos, en relación con el artículo 2.2.b) del Acuerdo de las condiciones de trabajo comunes de los empleados del Ayuntamiento de Gijón y de las Fundaciones y Patronatos dependientes del mismo, acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 11 de noviembre de 2008 y publicado en el BOPA de 23 de febrero de 2009, Resolución de la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, por la que se ordenaba su inscripción en el Libro de Registro de Pactos Colectivos de la Dirección General de Trabajo. Y, asimismo, en relación al artículo 1.2.d) del Convenio Colectivo del Personal del Ayuntamiento de Gijón y de sus Fundaciones y Patronatos, otorgado en el BOPA de 29 de noviembre de 2013, en virtud de la Resolución de 20 de noviembre de 2013, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se disponía su inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos dependiente de la Dirección General de Trabajo.

Añade que dicha denuncia se pone en relación con el artículo 2.1 del Convenio Colectivo Gijón Innova otorgado por las partes negociadoras en la fecha de 20 de febrero de 2009, y publicado, previas las formalidades y resoluciones de ley, en el BOPA de 30 de mayo de 2009, Resolución de la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias del día 11 de mayo inmediato anterior.

**SEGUNDO.-** La cuestión debatida se centra en decidir cual es el salario que debe aplicarse a los efectos del despido declarado, ya que la parte recurrente no discute la declaración de que el contrato suscrito con el trabajador como beneficiario del plan de empleo local es un contrato en fraude de ley, debiendo considerarse al mismo como trabajador por tiempo indefinido. Sostiene la recurrente que se vulnera el art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor los Convenios Colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

De esta norma deduce que es aplicable a la relación que nos ocupa el Convenio Innova mencionado, cuyo art. 2.1 dispone que "será de aplicación a las personas beneficiarias contratadas por el Ayuntamiento de Gijón, dentro de los Planes de Empleo Locales (Programa Innovador de Mejora de Empleabilidad -contrato programa- y programa de acciones complementarias) u otros planes de empleo de similares características gestionados por el Ayuntamiento de Gijón."

Por otra parte manifiesta que el Convenio Colectivo del Personal del Ayuntamiento de Gijón y Fundaciones y Patronatos, que el Juzgador aplica en su salario correspondiente a la categoría de la demandante, no solo no incluye en su ámbito de aplicación personal a los trabajadores contratados en el marco de los programas y planes de empleo, entre ellos el programa Innova, sino que expresamente los excluye. Transcribe el art. 2.2.b) del citado Convenio para 2009 (prácticamente repetido en el de 2013, art. 1.2.d): "quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Acuerdo las personas contratadas como beneficiarias dentro de los Planes de Inserción Laboral o de Empleo Social que ponga en marcha este Ayuntamiento, bien directamente o en colaboración con otras Administraciones. En todo caso, se garantiza a estos trabajadores un Convenio de referencia".

Invoca la recurrente una Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, pero debemos recordar que las resoluciones de Tribunales Superiores no constituyen jurisprudencia a los efectos del art. 193 c) del Texto Procesal. También señala una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, que, a pesar de declarar en caso idéntico fraude de ley en la contratación y despido improcedente el cese, contiene esta declaración: "Por lo que respecta al salario a efectos de indemnización éste ha de ser el que el trabajador percibía al momento del cese. Entiende el Juzgador que el hecho de que se haya declarado un fraude en la contratación no empaña la circunstancia relevante de que los servicios que el actor prestó se enmarcaron en un plan extraordinario de empleo, al

que se aplica un convenio propio y que despliega sus efectos no obstante la calificación como indefinido del contrato”.

**TERCERO.-** Pero la Sala no comparte esa posición, teniendo en cuenta que las circunstancias que llevan a la declaración de improcedencia del despido configuran la existencia de un contrato que no corresponde con los incluidos en el Convenio Colectivo de Innova, sino que pertenece a los contratos indefinidos a los que debía haberse aplicado el Convenio “normal” para el personal del Ayuntamiento.

Esas circunstancias (y su calificación no impugnada en el recurso) se derivan del fundamento de derecho segundo “in fine” de la Sentencia de instancia: “el contrato celebrado por obra o servicio determinado no fue sino una fórmula meramente aparente que encubría en realidad un contrato ordinario, empleándose la fórmula del contrato de duración determinada para la obtención de un beneficio patrimonial por parte de la empresa en perjuicio de la trabajadora, al privarle de esa manera de los derechos que le corresponderían con un contrato indefinido, utilizando de esa manera una norma de cobertura cual es el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, para calificar formalmente una relación laboral cuando la realidad demuestra que ello no era así; conducta constitutiva de un fraude de ley que con arreglo a lo establecido en los artículos 6.4 del Código Civil, 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y en el R.D. 2720/1998, debe conducir a calificar el contrato celebrado como común u ordinario de carácter indefinido, con las consecuencias inherentes a tal declaración (SSTS de 21 de septiembre de 1993, de 5 de mayo de 2004, de 7 de noviembre de 2005).

La aplicación del salario correspondiente al Convenio del personal del Ayuntamiento y de sus Fundaciones y Patronatos (ampliamente argumentada en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia recurrida) debe ser confirmado, ya que la declaración de fraude de ley en la contratación, que consiste en aparentar la existencia de una relación laboral determinada para evitar la aplicación de la norma que verdaderamente corresponde a la relación que efectivamente se contrata, no puede tener otra consecuencia que la dispuesta en el art. 6.4 del Código Civil, esto es, que los actos ejecutados en fraude de ley “no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir”.

Esa aplicación no puede ser parcial, lo que supone rechazar la pretensión de la recurrente.

En su virtud,

### F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GIJON contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón en autos seguidos a instancia de <sup>LOPD</sup> contra dicho ente recurrente sobre Resolución de Contrato, 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 600 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 apercibimientos 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.