



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 558/2015
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA JDO. DE LO SOCIAL N° 1 DE GIJON, AUTOS N° 808/2014

LOPD
33005 - OVIEDO

Recurrente/s: [REDACTED] LOPD [REDACTED] LOPD
Abogado/a: [REDACTED] LOPD

Recurrido/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON
Abogado/a: [REDACTED] LOPD

SENTENCIA N° 690/15

En OVIEDO, a diecisiete de Abril de dos mil quince.

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. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. LUIS CAYETANO FERNANDEZ 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 0000558/2015, formalizado por el Letrado D. [REDACTED] LOPD [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] LOPD [REDACTED], contra la sentencia número 488/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000808/2014, seguidos a instancia de [REDACTED] LOPD [REDACTED] frente al AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ.**



PRINCIPADO DE ASTURIAS

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. [REDACTED] **LOPD** PITRIA 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 488/2014, de fecha diecinueve 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. [REDACTED] **LOPD**, con DNI nº [REDACTED] **LOPD**, mayor de edad, prestó servicios para AYUNTAMIENTO DE GIJON desde el 1 de julio de 2013 en virtud de contrato de trabajo temporal, por obra o servicio determinado a tiempo completo, con la categoría profesional de auxiliar administrativo. El objeto del contrato venía definido como prestación de servicios como BENEFICIARIO del Programa Gijón Inserta II (Convocatoria 2013). Se añadía que el citado Programa tiene como finalidad facilitar la adquisición de 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.

Se estableció la duración de 1 año desde el 1 de julio de 2013.

2º) En el contrato se estableció que la relación laboral se regiría por las disposiciones del Convenio Colectivo del Personal Laboral contratado por el Ayuntamiento dentro del Acuerdo "Gijón Innova" (publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de mayo de 2009).

3º) El demandante no ha desempeñado cargo de representación sindical o de los trabajadores en el último año.

4º) El trabajador venía percibiendo un salario mensual, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias de 1.108,28 euros.

5º) Conforme a las tablas salariales aplicables al personal laboral del Ayuntamiento de Gijón, publicadas en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 29 de noviembre de 2013, el salario anual correspondiente a un auxiliar administrativo asciende a 20.180,02 euros anuales.

6º) El 13 de mayo de 2014 se le comunicó cese por fin de obra, con efectos al 1 de julio de 2014.

7º) El actor percibió una indemnización por cese de 364,37 euros.

8º) El 17 de julio de 2014 el trabajador presentó reclamación previa.

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

"ESTIMAR la demanda interpuesta por [REDACTED] **LOPD**, contra AYUNTAMIENTO DE GIJON, declarando la improcedencia del despido con efectos al 1 de julio de 2014, condenando a la demandada a readmitir al trabajador, con abono en tal caso de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de la notificación de la presente

resolución a razón de 36,94 euros diarios o que le indemnice en la cantidad de 854,65 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por [LOPD] [REDACTED] [LOPD] [LOPD] 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 13 de marzo de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9 de abril 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 núm. 1 de Gijón declaró la improcedencia del despido del actor, quien recurre en suplicación al estar disconforme con el salario regulador del despido. El Juzgado considera hecho en fraude de ley el contrato de trabajo para obra o servicio determinado, concertado por el actor con el AYUNTAMIENTO DE GIJON para prestar servicios con la categoría de auxiliar administrativo, "como beneficiario del Programa Gijón Inserta II (Convocatoria 2013), que tenía prefijada una duración de un año, desde el 1 de julio de 2013, y finalizó el 1 de julio de 2014. A esta relación laboral el Ayuntamiento demandado aplicaba el Convenio Colectivo del Personal Laboral contratado por el Ayuntamiento dentro del Acuerdo "Gijón Innova" (publicado en el BOPA de 30 de mayo de 2009), que fija una retribución inferior a las previstas en las tablas salariales aplicables al personal laboral del Ayuntamiento publicadas en el BOPA de 29 de noviembre de 2013.

El actor, en el único motivo de su recurso, bajo la cobertura formal del Art. 193 c) de la LJS, defiende la aplicación de las tablas salariales establecidas para el personal laboral común, en vez de las fijadas para el personal incluido en el Acuerdo "Gijón Innova". A tal fin denuncia la infracción del Art. 14 de la CE, los Arts. 15.1 d), 15.3, 15.6, 4.2 c) y 4.2 f) del Estatuto de los Trabajadores, el Art. 6.4 del Código Civil, el Art. 1 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón en relación con los Arts. 1, 2 y 10 del Convenio Colectivo del Personal Laboral contratado por el Ayuntamiento de Gijón dentro del Acuerdo "Gijón Innova", así como de la jurisprudencia que cita.

El Ayuntamiento de Gijón, por el contrario, en el escrito de impugnación del recurso, alega a favor de la solución dada al tema salarial en la sentencia de instancia.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ante los casos de otros trabajadores en la misma

situación que el ahora recurrente, ha examinado la cuestión debatida. Así, en las sentencias de 20 de febrero de 2015 (Rec. 249/2015), y de 27 de marzo de 2015 (Rec. 544/2015 y 545/2015), confirma los pronunciamientos del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón favorables a la aplicación de la superior retribución fijada para el personal laboral común del Ayuntamiento de Gijón. En estas sentencias, se daba respuesta al recurso presentado por este empleador que, entre otras alegaciones mencionaba el criterio del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón ahora objeto de examen.

En nuestras sentencias decíamos:

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 [El Ayuntamiento] no discute la declaración de que el contrato suscrito con la trabajadora como beneficiaria del plan de empleo local es un contrato en fraude de ley, debiendo considerarse a la misma como trabajadora 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 RD 2.720/1998, 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.

No hay razones para, ante el recurso del actor frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, adoptar una postura diferente. Son todos supuestos en que la contratación temporal de los trabajadores demandantes presentó las mismas características y mereció idéntica calificación de incurrir en fraude de ley.

La consecuencia de aplicar las tablas salariales del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón, que para la

categoría profesional del actor fijan una retribución anual de 20.180,02 €, es el derecho de éste a una indemnización extintiva de 1.849,84 €, a cuyo pago ha de imputarse la suma de 364,37 € percibida por aquél en concepto de indemnización por cese.

Por lo expuesto.

F A L L A M O S

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por **LOPD** **LOPD**, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2014 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, en el proceso promovido por aquel litigante contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON. Declaramos que, para el caso de mantener el demandado la opción por la indemnización sustitutiva de la readmisión, su cuantía asciende a 1.849,84 €, de la que ha de deducirse la suma de 364,37 € ya percibida por el trabajador, por lo que deberá abonar la suma de 1.485,47 €. Confirmamos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, no afectados por la declaración precedente.

Dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia, el Ayuntamiento de Gijón podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, en los términos previstos en el Art. 111. b) de la LJS.

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 tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

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.