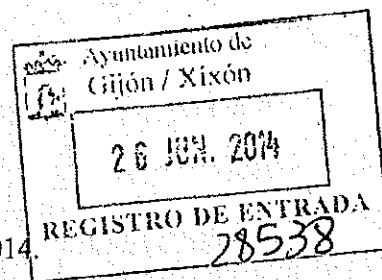




JDO. DE LO SOCIAL N. 4  
GIJÓN

SENTENCIA: 00273/2014  
DEMANDA 935/2013

LR 27-06-14



En Gijón, a 19 de junio de 2014.

**Dña. Francisca Sabater Díez de Tejada**, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número 4 de los de Gijón, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º 935/2013, sobre Despido y reclamación de cantidad instado por **Dña.** <sup>LOPD</sup>   
<sup>LOPD</sup> asistida por el Letrado **Dña.** <sup>LOPD</sup>   
<sup>LOPD</sup> frente a **Bilur 2000 S.L.** asistido del Letrado **D.** <sup>LOPD</sup>

<sup>LOPD</sup>, **Fundación Municipal de Cultura de Ayuntamiento de Gijón** asistido del Letrado **D.** <sup>LOPD</sup>, teniendo en consideración los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de diciembre de 2013 la arriba mencionada presentó demanda denunciando la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido del que había sido objeto, anudando una reclamación de cantidad. Se convocó a las partes a la celebración de la vista que tuvo lugar el día 27 de mayo, con el resultado obrante en autos.

#### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** La entidad demandada BILUR S.L. resultó adjudataria en fecha 21 de septiembre de 2009 del concurso para la prestación de servicios complementario de atención al público para los equipamientos de la Fundación Municipal de Cultura Educación y Universidad Popular de Asturias. Entre tales servicios se incluía el correspondiente al museo de Termas Romanas de Campo Valdés en Gijón.

**SEGUNDO.-** La actora fue contratada 1 de julio de 2011 por la entidad mencionada, por obra o servicio determinado consistente en "la realización de la obra o servicio en la fundación municipal de cultura de Gijón", prestando sus servicio como auxiliar conserje en el citado





museo de manera parcial. El salario mensual ascendía a 12,43 euros día, siendo de aplicación el Estatuto de los trabajadores.

**TERCERO.-** Con fecha 6 de noviembre de 2013 recibe siguiente comunicación:

“ Muy Sra. Mía:

Por medio del presente escrito, BILUR 2000, S.L., pone en su conocimiento que nuestro cliente FUNDACION MUNICIPAL DE CULTURA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJON, nos ha notificado una importante reducción del número de horas de prestación del contrato administrativo que tenemos firmado por adjudicación del concurso público para el Servicio de Conserjería en distintas dependencias de dicha Fundación. La reducción supone más de 500 horas mensuales menos de prestación de servicios.

Por dicho motivo nos vemos en la necesidad de extinguir cinco de los contratos de trabajo concertados por obra y servicio determinado con el personal auxiliar/conserje que tenemos adscrito al contrato citado, cuyas jornadas mensuales suponen 463 horas contratadas. **Respetando el orden inverso de antigüedad, usted es una de las cinco trabajadoras con menor antigüedad, por lo que nos vemos en la necesaria obligación de notificarle la finalización de su contrato de trabajo, con efectos de hoy, día 6 de noviembre de 2013.**

La documentación que precise con motivo de la finalización de su contrato de trabajo, será puesta a su disposición.

Agradeciéndole los servicios prestados, y expresándole que de ser ampliada nuevamente la prestación horaria del servicio con la citada Fundación Municipal, la empresa volverá a contratar al personal que, lamentablemente, ve ahora extinguido su contrato de trabajo, reciba un saludo.”

Permanecía de baja desde el 27 de septiembre de 2013. Otros 4 trabajadores vieron extinguido igualmente su contrato de trabajo. No se le abonaron los días 1 a 6 de noviembre de 2013.

**CUARTO.-** Presentó preceptiva papeleta de conciliación el 3 de diciembre de 2013 resultando sin avenencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Impetra la actora la nulidad del despido basada en la vulneración de derechos fundamentales que enumera entendiendo que el móvil lo fue la situación de incapacidad



temporal en que permanecía al momento de la extinción. Subsidiariamente entiende que la extinción debe ser calificada como despido improcedente pues el contrato temporal fue celebrado en fraude de ley y además, la extinción debió serlo un despido y no una comunicación de fin de obra. Anuda una reclamación de cantidad.

**SEGUNDO.-** En primer lugar y respecto al defecto de forma ( objeto del contrato) que determina según dice la actora el carácter indefinido de la relación laboral, cabe apreciar que la fórmula gramatical empleada omite la correcta concreción y determinación del objeto, resultando a todas luces insuficiente dado que nos hallamos ante un contrato de trabajo celebrado bajo la precitada modalidad, y vulnera el mandato contenido en el artículo 2.2 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de Diciembre, que exige la identificación suficiente con precisión y claridad de la obra o servicio que constituye su objeto, y ello fundamentalmente porque la naturaleza causal de esta modalidad contractual determina que no pueda celebrarse por cualquier motivo sino únicamente cuando exista causa justificativa de su temporalidad y la misma se haya plasmado con el detalle indicado en el contrato, no cumpliéndose esta obligación normativa con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que conforman la obra o servicio pues impiden conocer, como en el caso que nos ocupa, si tal contratación ha obedecido realmente a la causa limitativa de temporalidad que la caracteriza esencialmente. Ahora bien, los defectos formales en la redacción del contrato no convierten siempre la relación laboral en indefinida, sino que simplemente determinan la operatividad de una presunción "iuris tantum" de indefinición que puede ser desvirtuada mediante actividad probatoria de la empresa acreditativa de que efectivamente concurren esas especiales circunstancias que sirven de causa legítima a la contratación utilizada. Y en el presente caso, resulta evidente que la contratación temporal se encontraba justificada a la vista de la existencia de una contrata a la que la empresa BIDUR S.L. había concurrido y que motivó la contratación de la trabajadora para desarrollar los servicios a ella adjudicados en la Fundación Municipal. Ahora bien, el hecho de que la relación laboral se haya válidamente constituido como temporal, no faculta a la empresa a extinguirla por su propia voluntad. Esto es, los contratos temporales cesarán cuando la causa que los motivos, en este caso, la adjudicación del servicio de atención al público de la Fundación de Cultura, finalice. Ése es el válido y único motivo de extinción del contrato temporal por finalización de obra. Si los motivos que obligan a la empresa a extinguir el contrato son otros, como en este caso una reducción de la contrata, no nos encontramos ante un fin de obra, por lo que la empresa debería haber acudido a un despido de carácter objetivo, figura no reñida con la temporalidad de la relación laboral.





Es por ello que la extinción operada debe considerarse como un despido pues no se trata de una terminación de la circunstancia temporal que motiva la contratación y además improcedente, por no reunir los requisitos legales imperantes, con las consecuencias a ello anudadas.

Pretende la actora una nulidad de la extinción basada en la situación de baja de la actora al punto del despido. Resulta al respecto prolija la doctrina jurisprudencial al respecto. Hasta la sentencia del 31 de enero de 2011 cuando un trabajador de baja médica ha acudido a los tribunales para intentar conseguir la declaración de nulidad del despido, los pronunciamientos del Tribunal Supremo han rechazado esa pretensión, no considerando nulos esos despidos.

El 31-01-2011, el Tribunal supremo, en un caso de despido de un trabajador que se encontraba en situación de baja médica por Incapacidad Temporal, declara nulo el despido por que se habían vulnerado derechos contemplados en el artículo 15 de la Constitución Española.

Ahora bien, que el Tribunal supremo considerase en el caso enjuiciado en su sentencia del 31-01-2011 que el despido de un trabajador que estaba en situación de incapacidad temporal era nulo, no supone contrariamente a lo que pudieran parecer a primera vista, un cambio de parecer en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, y ello por los siguientes motivos:

1. En las sentencias anteriores, los hechos enjuiciados, infracciones alegadas, derechos constitucionales alegados infringidos, y causas acreditadas como desencadenantes del despido no son iguales a los de la sentencia de 31-01-2011.
2. En las sentencias anteriores no se han acreditado presiones de la empresa para que el trabajador se reincorpore cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública.
3. En los casos enjuiciados en las sentencias anteriores no se acredita una vulneración del derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española, que si se acredita por la sentencia de 31-01-2011.

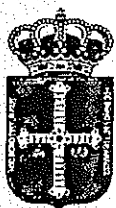
Así en Sentencia STS de 29-01-2009, en que se alegó por el trabajador la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (discriminación), no se reconoce la nulidad del despido por que la enfermedad, sola y por si misma, y con carácter general, no se causa de nulidad del despido, por no ser la enfermedad una de las causas o motivos de discriminación recogidos en el artículo 14 de la CE.

En STS, en que se invocaba por el trabajador despedido estando de baja que se le había discriminado por razón de discapacidad en los términos previstos en los artículos 4.2.c.2º y 17.1 del Estatuto de Trabajadores y de la directiva 2000/78, se rechaza la nulidad en



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 07617103137354706744 en <https://secedelectronica.gjfon.es>



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

base a la interpretación que hace de la citada directiva en Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de Junio de 2006, según la cual enfermedad no es discapacidad, y por lo tanto en el despido de un trabajador de baja médica no se vulneran los artículos 4.2.c ni el 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En STS de 21-02-2009, en que por el trabajador se invoca que se ha vulnerado su derecho a la salud y que tal vulneración implica una vulneración de los “derechos fundamentales y libertades públicas” previstas en el artículo 55.1 del Estatuto de los trabajadores. El Tribunal Supremo rechaza la nulidad por esos motivos alegados, ya que considera que el derecho a la salud no está dentro de los “derechos fundamentales y libertades públicas” contemplados en el Título Primero, Capítulo II, Sección 1ª de la Constitución Española y en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

En STS de 22-09-2008, en un proceso en que el trabajador alega que al ser despedido por enfermedad se lesionan sus derechos a la integridad física protegida por el artículo 15 de la Constitución Española, se indica por el Tribunal Supremo que en ese caso concreto, con el despido no se ha dañado ni perjudicado la salud personal, si no más bien su derecho al trabajo, lo cual no hace merecedora de nulidad la decisión empresarial del despido.

Tanto en esta sentencia como en las anteriores, el despido se había producido como consecuencia de una reacción que podríamos llamar económica del empresario ante las consecuencias para la empresa del estado de salud del trabajador, y no como consecuencia de una coacción o amenaza que suponga un riesgo o daño para la salud del trabajador con vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española según la doctrina del Tribunal Constitucional.

Llegados a este punto, y con objeto de analizar el aparente cambio del TS en su sentencia de 30-01-2011, es importante saber cuál es la doctrina al respecto del Tribunal constitucional recogida en sus sentencias 62/2007 y 160/2007 respecto a un despido en que hay una acción u omisión del empresario que supone un riesgo o daño para la salud del trabajador.

El Tribunal constitucional si considera que “ el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal”, pero indica que no todos los supuestos de riesgo o daño para la salud tienen por que implicar una vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la Constitución Española (Derecho a la integridad física), y que esa vulneración solo se daría en aquellos supuestos en que se acredite que mediante la acción u omisión del empresario se produce un peligro grave e inminente para la salud del trabajador.

En esas dos sentencias el Tribunal Constitucional considera que de entre las acciones u omisiones del empresario que suponen un riesgo para la salud y una lesión del derecho a la



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 07617103137354706744 en <https://sedelectronica.gjion.es>



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

integridad física protegido por el art. 15 de la CE, estaría la “presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico”.

Este supuesto, de presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico no se había dado en los supuestos contemplados en las sentencias anteriores del Tribunal Supremo, y si se habría dado en el caso enjuiciado en la sentencia de 31-01-2011, por eso en ese caso el Tribunal Supremo si que ha declarado como nulo el despido, sin que ello suponga en modo alguno un cambio interpretativo del mismo.

Así en el citado caso de despido de un trabajador de Mercadona, del relato de la citada sentencia del 31-01-2011 del TS, se deduce que se han dado los siguientes hechos que a juicio del TS si implican la nulidad del despido por vulnerarse el derecho a la integridad física protegida por el artículo 115 de la Constitución Española y que son:

- El trabajador estaba de baja médica, prescrita por facultativos de la sanidad pública.
- La empresa tiene un servicio médico propio, que mientras el trabajador está de baja se reúne al menos una vez con él manteniendo una conversación con el mismo.
- En la carta de despido se le achaca al trabajador no colaborar durante la baja laboral con el servicio médico de la empresa, ni con el resto del departamento.
- La empresa, en muchas ocasiones, ha despedido a trabajadores que se encuentran en situación de baja médica cuando no aceptan las recomendaciones del servicio médico de empresa encaminadas a una reincorporación paulatina.

En uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 31-01-2011, se recoge una afirmación “ en la que se menciona el comportamiento de la empresa que opera, como “práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”; coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”

La sentencia impugnada argumenta, con cita de la STC 62/2007, que la amenaza con el despido si no se abandona la protección de la salud que le brinda el sistema público, cuyos facultativos juzgaban necesaria la permanencia en la incapacidad temporal, constituye una vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 de la CE.

Por ello en este caso la sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso de la empresa y si declara la nulidad del despido.

Centrándonos en el caso presente, resulta que los hechos que la trabajadora describe en su demanda, no son subsumibles en el supuesto contemplado jurisprudencialmente, debiendo por ende no considerarlos constitutivos de vulneración de derecho fundamental alguno.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 07617103137354706744 en <https://sedelectronica.gijon.es>



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**SEGUNDO.-** Consecuentemente con la anterior declaración, procede condenar a la empresa contratante ( absolviendo a la Fundación Municipal por no ser órgano empleador) a la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, o alternativamente y a su elección, al abono de la indemnización de 45 días por año de servicio hasta la entrada en vigor de la reforma laboral ( decreto 3/2012, cuya entrada en vigor se produjo el 12 de febrero) y en adelante 33 días por año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, tomándose como base el salario/día de 12,43 euros y 2 años y 5 meses de antigüedad (a razón de 8 meses a 45 días y 1 año y 9 meses a 33 días), resultando por tanto una cuantía indemnizatoria de 1090,73 euros.

Señalar al respecto del salario día que acogemos los razonamientos expuestos por la parte demandada. No tiene cabida la relación contractual aquí analizada en la regulada por el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos, pues éste conectado con la Ordenanza Laboral de oficinas y despachos en cuanto a su ámbito de aplicación, no da cobertura a actividades de prestación de servicios propias de la empresa demandada.

Ello supone que la reclamación de cantidad anudada no tiene cabida, a excepción de la realizada correspondiente a los últimos días trabajados del 1 a 6 de noviembre que asciende, según se reclama , a la cantidad de 56,70 euros.

### FALLO

Que **estimando** la demanda presentada por **Dña.**<sup>LOPD</sup> asistido por el Letrado Dña.<sup>LOPD</sup> frente a **Bilur 2000 S.L.** asistido del Letrado D.<sup>LOPD</sup> , debo declarar y declaro **IMPROCEDENTE** el despido del que fue objeto el actor el once de 6 de noviembre de 2013 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 euros 12,43euros/día o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad de 1090,73 euros , 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. Además deberá abonarle la cantidad de 56,70 euros por salarios adeudados.

Absolver a **FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN** de todos los pedimentos efectuados en su contra.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expidase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia





Contra la presente Resolución puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 2768/0000/65/0935/13, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Para la tramitación del recurso será preciso justificar la liquidación de la tasa correspondiente, requisito del que están exentos trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

