

JDO. DE LO SOCIAL N. 2  
GIJON

SENTENCIA: 00451/2012  
JUZGADO DE LO SOCIAL N° 2  
GIJON



N° AUTOS: 579/12

DESPIDO

## S E N T E N C I A N° 451

En Gijón, a veintinueve de noviembre de dos mil doce.

El Ilmo. Sr. D. Jairo Álvarez-Uria Franco Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social n° Dos de Gijón, ha dictado la presente Sentencia tras haber visto los autos n° 579/12, sobre despido, en los que han sido parte:

Como demandante: **D. LOPD** asistido de la letrada D<sup>a</sup> LOPD

Como demandado: **AYUNTAMIENTO DE GIJON**, representado por el asesor jurídico D. LOPD

### ANTECEDENTES DE HECHOS

**PRIMERO.-** El día 28.8.12 tuvo entrada la demanda rectora de los autos de referencia en el Decanato de los Juzgados, recayendo en éste por turno de reparto en la que, tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho solicitaba se dictara sentencia en la que con estimación de la demanda, se declare que se declare la improcedencia del despido y se condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

**SEGUNDO.-** En el juicio celebrado el día 27.11.12 la parte actora se ratificó en su escrito de demanda, oponiéndose la demandada con apoyo de los alegatos que constan en el oportuno acta; recibido el juicio a prueba se aportó documental que se une a los autos.

### HECHOS PROBADOS



**PRIMERO.-** Dentro del Eje I del Acuerdo Gijón-Innova 2008-2011 se encuentra el programa innovador de mejora de la empleabilidad -PIME-, y en el punto 4 dedicado a la descripción de las actuaciones se prevé la contratación de un equipo técnico de 35 profesionales que desarrollen las actuaciones de planificación, coordinación técnica y administrativa del programa y de dirección operativa de los diferentes trabajos a abordar. Igualmente, se contempla que el plazo de ejecución de este programa tiene como fecha de inicio el 1 de enero de 2009 y fecha fin el 31 de diciembre de 2011, si bien finalmente el programa PIME tuvo durante su ejecución tres tandas de beneficiarios, durante las anualidades 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012, al ampliarse la vigencia durante la anualidad 2012, hasta el 30 de junio, en virtud Convenio de Colaboración entre la Administración del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón para la ejecución de su Programa Territorial de Empleo 2011-2012, suscrito el 30 de abril de 2011, que establece que "No se subvencionarán gastos devengados...con posterioridad al 30 de junio de 2012".

**SEGUNDO.-** En aplicación de dichas previsiones, el demandante D. LOPD ha venido prestando sus servicios desde el 18 de marzo de 2009 para el Ayuntamiento de Gijón, con la categoría profesional de Monitor / Técnico Medio / Monitor / Monitor / Monitor y un salario diario bruto de 60,28 euros, incluyendo la prorrata de pagas extras, formando parte del equipo técnico contratado par la gestión del PIME, en virtud de un contrato de obra o servicio determinado, a tiempo completo, dentro del ámbito del Convenio Colectivo para el Personal Laboral, Fundaciones y Patronato del Ayuntamiento de Gijón.

**TERCERO.-** En la cláusula primera de dicho contrato, relativa a la causa u objeto del mismo, se hace constar: "El presente contrato temporal se formaliza para la realización de la Obra o servicio denominada "realización de los trabajos propios de su categoría profesional en el Programa Innovador de la mejora de la Empleabilidad (PIME) del Ayuntamiento de Gijón". Teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, ya que el PIME es un programa Territorial de Empleo, que forma parte del Acuerdo Gijón-Innova 2008-2011 en el marco de los contratos programas definidos en el ACEBA (Acuerdo para la Competitividad, el Empleo y el Bienestar Social de Asturias), cuyo objeto es el desarrollo de proyectos dirigidos a favorecer la empleabilidad de las personas desempleadas en el municipio, procurando la articulación de itinerarios de inserción laboral entre los sistemas de orientación profesional, los recursos formativos y las empresas, con el fin proporcionar competencias que incrementen la empleabilidad de las personas participantes y lograr así su posterior inserción en el mercado de trabajo". Añadiendo la cláusula segunda que "La duración del presente contrato se extenderá desde el 18 de marzo de 2009 y será durante todo el desarrollo del PIME siempre que se mantenga el proyecto sectorial puesto en marcha, no exista imposibilidad de ejecución del mismo y/o el número de personas beneficiarias de la especialidad lo haga viable".

**CUARTO.-** El Ayuntamiento comunicó al actor mediante carta de fecha 19 de diciembre de 2011 que "...por Acuerdo de la Junta de Gobierno, en sesión de 3 de mayo de 2011 se aprueba el Convenio firmado por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón para la ejecución de su Programa Territorial de Empleo 2011-2012, lo que conlleva la continuidad de los trabajos propios de su categoría profesional hasta que dicho programa finalice, ya que es continuación del anterior, estando prevista en consecuencia la fecha de finalización de la obra o servicio para la que ha sido contratada, el próximo 30/06/2012".

**QUINTO.-** El Ayuntamiento entregó al trabajador una comunicación escrita, fechada el 16 de mayo de 2012, con el siguiente tenor literal:

"Muy señor mío:

De conformidad con el contrato suscrito por Vd. el pasado día 18/03/2009, y de orden de la Concejalía Delegada de Administración Pública y Hacienda, pongo en su conocimiento que el próximo día 30/06/2012, será el último de prestación de servicios, al finalizar sus funciones como MONITOR del Plan Innovador de Mejora de la Empleabilidad (PIME) para la puesta en marcha y desarrollo del Programa Territorial de Empleo (PIME) 2009-2011, para el que fue usted contratado, dando por extinguida la relación laboral en la indicada fecha 30/06/2012.

Todo ello de acuerdo con lo establecido al efecto en el artículo 49.1.b) del R.D. Legislativo 1/1995, 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".

**SEXTO.-** Durante los tres últimos meses de contratación, de abril a junio de 2012, el trabajador, además de realizar las tareas objeto de su contrato con beneficiarios del PIME, asumió también las funciones propias de su categoría que le encomendó la empleadora con respecto a beneficiarios del programa "Salario Joven", que es un proyecto de empleo distinto del PIME.

**SEPTIMO.-** Por el trabajador se presentó la correspondiente reclamación previa, que fue expresamente desestimada mediante Resolución de 29 de octubre de 2012.

**OCTAVO.-** El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni de representación de los trabajadores.

**NOVENO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Declarada la extinción de la relación laboral por finalización de contrato, reclama la parte actora que la misma en realidad encubre un despido, dado que el contrato de trabajo de obra o servicio determinado celebrado lo fue en fraude de ley, ya que carecía de la debida identificación o concreción, no había concluido la obra y no obedecía a la causa que formalmente figuraba en el mismo, sino que era en realidad un trabajador fijo de empresa que era destinado a diversas obras, ajenas al objeto contractual, siendo el contrato una mera cobertura legal para dar apariencia de temporalidad, pues estando destinado a la realización de los trabajos propios de su categoría profesional en el Programa Innovador de la mejora de la Empleabilidad -PIME- del Ayuntamiento de Gijón, el trabajador, además de realizar las tareas objeto de su contrato con beneficiarios del PIME, asumió también las funciones propias de su categoría que le encomendó la empleadora con respecto a beneficiarios del programa de empleo "Salario Joven", lo que a su juicio debe determinar la consideración de la relación laboral que unía a las partes como indefinida, y a la calificación del despido como improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración. Pretensión frente a la que se opone la contraparte por motivos de fondo, alegando el cumplimiento de los requisitos legales del contrato temporal formalizado entre las partes.

**SEGUNDO.-** Corresponde al empresario, por inversión legal de la carga probatoria, acreditar que el objeto del contrato se ha cumplido y con ello desaparece la causa que lo originó, deviniendo despido improcedente la extinción contractual fundamentada en la supuesta -y no probada- finalización de la obra (STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2006). Ciertamente que la jurisprudencia (STS de 28 de julio de 1995) viene admitiendo como especialidad, dado el carácter público del empleador, la posible identificación de una obra o servicio determinado con referencia a un programa público de actuación específica cuando se trata de una Administración Pública, pero en todo caso (STS de 10 de noviembre del 2009), se exige para su validez, tanto a las empresas privadas como a las Administraciones Públicas, que: a) se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y b) en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (así, entre otras, la STS de 11 de mayo de 2005). Tampoco cualquier irregularidad conduce a que adquieran firmeza los contratados, más ello es así siempre y cuando las modalidades contractuales se ajusten a lo previsto en los arts. 15 y 49.3 del ET (STS unificación de doctrina de 12 de febrero de 1995). Pues bien, aplicada esta doctrina al caso de autos, resulta que en el caso enjuiciado consta claramente la causa generadora determinante de la temporalidad en la

cláusula primera del mismo, transcrita en el relato de Hechos Probados, al vincular su objeto, precisamente, al programa público Territorial de Empleo PIME, que forma parte del Acuerdo Gijón-Innova 2008-2011, en cuyo Eje I se prevé una duración del proyecto desde el 1 enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, que se prorrogó finalmente hasta el 30 de junio de 2012, fecha de despido del actor, como consecuencia de la suscripción del Convenio de Colaboración entre la Administración del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Gijón para la ejecución de su Programa Territorial de Empleo 2011-2012, por lo que no tuvo una segunda convocatoria en 2012, como sostiene el actor, sino que consta finalización a esa fecha de la obra que motivó el respectivo contrato.

**TERCERO.-** Ahora bien, se desprende de la prueba practicada que el trabajador fue destinado a otra obra diferente de la prevista en el contrato, en contra de la antedicha doctrina, que exige que en el desarrollo de la relación laboral el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella y no en tareas distintas, motivo por el que opone la Administración que esta conducta no suponen una desviación del objeto contractual en la modalidad de obra o servicio determinado, por cuanto que al no estar previsto equipo de gestión propio del "Salario Joven", entendió razonable asignar a los beneficiarios de este plan al equipo técnico de gestión del PIME, para crear una carga de trabajo que evitase la finalización anticipada de la obra, en aplicación de la cláusula segunda del contrato, ante la baja ratio de beneficiarios del PIME. Sin embargo, se entiende que asignar a estos trabajadores, entre los que se encontraba el demandante, a un programa o proyecto de empleo, que, como reconoce la propia Administración, es distinto del PIME, durante un período de tres meses, no puede tener acogida en esa jurisprudencia que invoca sobre la concurrencia de simples tareas esporádicas o de una mera nota destipificadora de la específica naturaleza del contrato conforme a la que siempre se ha desenvuelto, pues se trata aquí de un período de tiempo considerable y esa supuesta falta de ocupación efectiva en el PIME resulta contradictoria con la ampliación de su vigencia al año 2012. Todo lo cual no puede sino llevarnos a considerar que 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 del trabajador, 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), pues la división de las diversas tareas que desarrollaba el actor en el PIME y en el "Salario Joven" y la causa de la misma, es algo que afectaría, en su caso, a los respectivos

beneficiarios y a su relación con la Administración, pero no al vínculo laboral del trabajador (STS de 22 de febrero de 2007).

**CUARTO.-** Como consecuencia de las declaraciones anteriores, y considerándose sin efecto la limitación temporal establecida en el contrato, la consecuencia necesaria es que la extinción del contrato de trabajo decretada por la empresa, en realidad encubre un despido que a tenor de lo establecido en los artículos 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 108 y 110 de la LRJS debe ser calificado como improcedente. En consecuencia procede condenar a la empleadora a la readmisión del demandante 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, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de 42 mensualidades computadas hasta la fecha de entrada en vigor del RDL 3/12 -12 de febrero de 2012-, y 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por el tiempo trabajado desde esa fecha hasta la del despido, con un máximo de 24 mensualidades -720 días- (art. 18, apartados Siete a Nueve RDL 3/2012 que modifican el art. 56.1, 2 y 4 ET, y DT 5.ª RDL 3/2012), tomándose como base el salario/día de 60,28 euros y tres años y cuatro meses de trabajo, conforme a la doctrina del TS, resultando por tanto una cuantía indemnizatoria de 8661,95 euros, sin que haya lugar en caso de no readmisión al abono de salarios de tramitación, al ser el despido de fecha posterior a la entrada en vigor del RDL 3/2012 -12 de febrero de 2012-, pues la STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012, recaída en el Recurso de Suplicación 221/12, ha entendido que esta supresión de salarios de tramitación sólo será de aplicación a los despidos posteriores a la entrada en vigor de la nueva regulación, de modo que quien hubiera sido despedido con anterioridad, tendrá derecho a su percibo, en base a la siguiente argumentación: el RDL 3/2012 nada prevé en cuanto al derecho transitorio relativo a los salarios de tramitación; se concluye que ha de aplicarse la normativa previa ya que, si la nueva Ley nada dice al efecto, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2, punto 3 del Código Civil; tal criterio es el que se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9, punto 3 de la CE; ello también se compadece mejor con el principio dogmático "tempus regit actum" y con la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir también en casos como el presente y que fija que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso). Lo expuesto conduce al acogimiento de la pretensión deducida.

**QUINTO.-** A tenor de lo establecido en el art. 191 y la D.T. Segunda de la LRJS, contra la presente Resolución puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## F A L L O

Que estimando la demanda presentada por D. LOPD LOPD i 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 celebrado entre las partes, contrato que debe calificarse como Ordinario de duración Indeterminada, declarándose **IMPROCEDENTE** el despido del que fue objeto el actor el 30 de junio de 2012, 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 60,28 euros/día, o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad total de 8661,95 euros, sin salarios de tramitación, 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.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndole que contra ella podrán interponer Recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, que deberá ser anunciado por comparecencia o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se practique la notificación. Adviértase al recurrente que fuese Entidad Gestora y hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, que al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación. Si el recurrente fuere una empresa o Mutua Patronal que hubiere sido condenada al pago de una pensión de Seguridad Social de carácter periódico deberá ingresar el importe del capital coste en la Tesorería General de la Seguridad Social previa determinación por esta de su importe una vez le sea comunicada por el Juzgado.

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





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

AUTOS 579/12

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe se hace pública incorporándose al libro de Sentencias. Doy fe.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS