



JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

DEMANDA. 576/12

SENTENCIA: 00549/2012

En Gijón, a trece de diciembre de 2012.

DOÑA FRANCISCA SABATER DíEZ DE TEJADA, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número 4, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º 576/2012, sobre **Despido** instado por D. LOPD representado por el Letrado Doña LOPD frente a **AYUNTAMIENTO DE GIJÓN** asistido del letrado D. LOPD LOPD, teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de agosto de 2012 el arriba mencionado presentó demanda denunciando la improcedencia del despido del que había sido objeto y solicitando la declaración de improcedencia del mismo. Citadas las partes para la celebración de la vista que tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2012, compareció la demandada. Se propusieron pruebas y fueron admitidas las declaradas pertinentes.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El demandante Doña LOPD inició relación laboral el 18 de marzo de 2009 con el Ayuntamiento de Gijón al haber sido seleccionado como monitor en el marco del programa territorial de empleo desarrollado por el Ayuntamiento de Gijón denominado PYME (programa innovador de mejora de la empleabilidad). Dicho programa se desarrolla en el marco del Pacto de Concertación Social firmado en el año 2008 entre el Ayuntamiento de Gijón y los agentes sociales, conocido como Gijón Innova. Dicho programa tenía como finalidad la ejecución del denominado EJE I del pacto de concertación social que pretendía mejorar los niveles de cualificación, promocionando el reciclaje profesional e impulsando la inserción laboral de aquellas personas con dificultades en el mercado de trabajo. Así, se desarrollaría un programa territorial de empleo, en el marco de los programas definidos por el pacto de concertación social desarrollándose un programa territorial para





umentar la empleabilidad de personas desempleadas. Para la coordinación, planificación y coordinación técnica y administrativa del programa, tutela y monitorización de los trabajadores contratados se contempló la contratación de un equipo de 35 profesionales, entre los que se incluyó al aquí demandante.

SEGUNDO.- El vínculo laboral se estableció con carácter temporal para obra o servicio consistente en "realización de trabajos propios de su categoría profesional en el programa innovador de la mejora de la empleabilidad (PIME) del ayuntamiento de Gijón", con autonomía y sustantividad propia en el ayuntamiento de Gijón, con la duración que mediase hasta la finalización del PYME 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. Su categoría profesional era la de monitor subgrupo C2, en concreto, monitor de mantenimiento de áreas rurales. Rige la relación el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gijón.

TERCERO.- A lo largo de la vigencia del PYME fueron contratadas tres tandas de beneficiarios durante las anualidades 2009-2011, 2010-2011 y 2011-2012. El 19 de diciembre de 2011 el Ayuntamiento de Gijón comunicó al trabajador que el programa de empleo territorial 2011-2012 y su actividad laboral continuaría hasta la finalización del programa previsto para el 30 de junio de 2012, fecha en que expiró el plan PIME.

Desde el 23 de marzo y el 9 de abril de 2012, los trabajadores beneficiados del plan de empleo "Salario Joven", ajeno al plan Gijón Innova, se incorporaron en los equipos de trabajo formados por beneficiarios del plan PYME y bajo, por ende, la tutela del aquí demandante. El ayuntamiento mantiene la ejecución del Programa Salario Joven.

CUARTO.- El día 16 de mayo el Ayuntamiento de Gijón comunica al trabajador la extinción de la relación laboral el día 30 de junio, por finalización del programa PYME.

QUINTO.- El demandante percibía un salario mensual con bases de cotización de 1829,36 euros. Percibía además un complemento de productividad en los meses de diciembre, marzo y junio por importe de 620 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos que alega la parte actora para considerar primero el contrato como indefinido por celebración fraudulenta de contrato temporal y consiguiente calificación de su extinción como despido improcedente:



- El contrato temporal carece de concreta y correcta concreción y determinación del objeto incumpliendo el requisito de identificar con claridad la obra o servicio que lo justifica
- Ausencia de contrato para la segunda convocatoria del Plan Pyme 2011-2012
- Realización continua de funciones distintas a las que constituía su objeto.

A dichas afirmaciones se opone la demandada alegando que el objeto se encuentra determinado y que no existió nueva convocatoria del programa PYME. Respecto al tercero de los motivos, afirma que temporalmente se dio una ocupación efectiva al actor en el marco de la ejecución del programa Salario Joven sin que pueda considerarse una desviación de funciones ajenas al objeto del mismo, que por lo demás concluyó por vencimiento del programa de empleo en el que se insertaba.

SEGUNDO.- Concorre en este caso un manifiesto defecto del contrato concertado: falta de determinación suficiente del objeto del mismo. Efectivamente, adolece de la mínima exigencia de concreción: se limita a declarar que el objeto será la realización de trabajos o funciones propios de su categoría profesional en el programa correspondiente. Siendo como es el objeto del Plan Pyme tal y como se ha declarado probado, de extrema amplitud, no existe identificación alguna de la concreta actividad a desarrollar por el actor en el ámbito de éstos. Y por ende, al igual que el Tribunal Supremo declaró en sentencia de 13 de septiembre de 2009 que las referencias abstractas e inconcretas no cumplen con la exigencia de identificar con precisión y claridad la obra o servicio que constituye el objeto, no permitiendo al trabajador conocer cual es el acontecimiento concreto que determina la terminación del contrato, procede aquí considerar la definición del mentado contrato como imprecisa con la consiguiente sanción de su mutación en indefinido.

TERCERO.- Se exige jurisprudencialmente que en el desarrollo de la relación laboral el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de la obra o en el cumplimiento del servicio para el que fue contratado y no en tareas distintas. Sin bien esta constituye la regla general, lo cierto es que Jurisprudencia y Doctrina han ido suavizando el rigor de tal afirmación pudiendo decir que no toda ocupación ajena o "desviada" del objeto declarado del contrato supondría la consideración de fraude en la contratación. Así, "la desviación intencional propia de una actuación defraudatoria en el ámbito de la contratación laboral exige una abierta y manifiesta contradicción entre los términos del contrato y el ulterior comportamiento adoptado por las partes que lo suscribieron en relación con la finalizada objetiva perseguida con el mismo, sin que, por tanto, quepa tachar de fraudulento a aquel por





la simple aparición en su desarrollo de alguna ocasional nota destipificadora de su propio carácter". Pues bien, teniendo en cuenta tales premisas y existiendo un evidente desvío de funciones desarrolladas por el demandante durante los últimos tres meses de vigencia de su relación laboral respecto a lo que constituía su objeto, debemos ponderar si efectivamente dicha desviación cumple los requisitos jurisprudenciales que denotan la existencia de un fraude en la contratación. Habiendo analizado la distinta doctrina que en desarrollo de los citados criterios jurisprudenciales se ha emitido por los Tribunales, podemos concluir que el carácter esporádico de los trabajos que se realicen al margen del objeto del contrato, determina la consideración de desvío fraudulento. Y dicha característica no puede predicarse de la actividad desarrollada por el actor en relación con el plan Salario Joven, ya que se desarrolló de manera continuada, durante tres meses, en una duración contractual de 3 años, generando una ocupación de la misma intensidad al menos que la que constituía su objeto. La ocupación diversa es esporádica cuando responde a momentos o períodos puntuales, pero no cuando ésta es utilizada de manera continuada durante tantos meses y con la finalidad de evitar además la contratación de nuevos profesionales en el nuevo programa de empleo y para cubrir así su período de formación.

CUARTO.-Consecuentemente con la anterior declaración, la extinción del contrato de trabajo con efectos el 30 de junio de 2012, debe calificarse como despido improcedente, procediendo condenar a la empresa 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, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, tomándose como base el salario/día de 64,76 euros y tres años y cuatro meses de antigüedad que conforme a la disposición adicional quinta del Decreto 3/2012 debe computarse: hasta el 12 de febrero de 2012 dos años y once meses a razón de 45 días y cinco meses restantes a razón de 33 días haciendo un total de 9390,2 euros. El salario día obtenido se extrae de las bases de cotización del mes anterior al despido que asciende 1829,36 euros en doce mensualidades ya que en la misma se incluye la prorrata de paga extra a lo que debe añadirse tal y como consta en los recibos de salarios, tres pagas por productividad de 620 euros, según dispone el Convenio Colectivo del Personal laboral del Ayuntamiento de Gijón en su artículo 27 y se acredita en las nominas aportadas de diciembre, marzo y junio, arrojando un salario día de 66,14 euros, debiendo tomar por ser inferior el solicitado por el actor de 64,76 euros.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



QUINTO.-A tenor de lo establecido en el apartado 1 a) del artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, contra la presente Resolución puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

Vistos los artículos citados, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando** la demanda presentada por **DOÑA** ^{LOPD} ^{LOPD} frente a **AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**, debo declarar y declaro **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 64,76 euros/día o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad de **9.390,2 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.

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

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. 2768/0000/65/0576/12, 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.

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





DILIGENCIA.- En Gijón a trece de diciembre de dos mil doce se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 266 de la LOPJ y 212 de la LEC. Doy fe.

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 06526544512753331540 en <https://sedelectronica.gijon.es>



PRINCIPADO DE
ASTURIAS