



JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 OVIEDO

DEMANDA (PO) Nº: 147/2017

SENTENCIA Nº: 408/2017

En OVIEDO, a cuatro de julio de dos mil diecisiete.

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES ANDRÉS VEGA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de OVIEDO, tras haber visto los presentes autos sobre: **DERECHO Y CANTIDAD**, seguidos entre partes:

Como demandante **D^a** , que comparece representada por el Letrado Sr. .

Como demandado el **AYUNTAMIENTO DE OVIEDO**, que comparece representado por la Letrada Sra. .

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28-2-17, se presentó la demanda rectora de los autos de referencia en la que, tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho, solicita se dicte sentencia por la que se reconozca que la relación que mantiene la demandante con el Ayuntamiento de Oviedo es de naturaleza laboral e indefinida no fija de plantilla, reconociendo una antigüedad desde el 16-10-12, y se condene al Ayuntamiento a dar de alta a la actora en la seguridad social con efectos desde la fecha de incorporación y con ingreso de las cotizaciones correspondientes, y a abonar a la demandante la cantidad de 21256,94 € en concepto de diferencias



salariales devengadas, acordándose el abono de dicha cantidad con el correspondiente incremento de un 10% de intereses moratorios.

SEGUNDO.- En el acto del juicio celebrado el día 3-7-17, la parte actora se ratificó en su demanda pidiéndose de contrario su desestimación en base a las alegaciones que constan en la correspondiente Acta. Practicada la prueba propuesta con el resultado que consta en autos, las partes concluyeron insistiendo en sus respectivas pretensiones. Se aportó prueba documental.

HECHOS PROBADOS

1º) () viene prestando servicios en régimen de colaboración social para el Ayuntamiento de Oviedo como conserje, de biblioteca en los últimos tiempos/años, adscrita a la de Ventanielles, iniciando dicho régimen de colaboración el 16-X-12 siendo perceptora de prestación/subsidio por desempleo, siendo sus funciones las propias de personal de plantilla de la categoría: apertura y puesta en funcionamiento de las instalaciones y en su caso del equipo, atención al correo y transporte de materiales entre la red de bibliotecas, control de entrada y salida, atención al público usuario, información sobre la oferta y condiciones del servicio, comunicación de emergencias o cualquier alteración en el normal funcionamiento del servicio.

Presta servicios de L a V en turnos semanales alternos de M y de T, trabajando sábados alternos asimismo. No consta que durante la jornada de L a V supere las 37 h 30' de jornada ordinaria en la actividad.

2º) Fue llamada inicialmente para prestar servicios como ordenanza/conserje a petición de la entidad local en concejalía de inmigración, siendo destinada después a centros sociales y últimamente a la biblioteca referida.

El inicial llamamiento se produjo de 16-10-2012 al 31-12-2012, con base reguladora de 29,94 € día y siendo la cantidad a aportar por el ente local de 10,74 € día.

El régimen de colaboración social se vino prorrogando por el SEPEPA a petición siempre del Ayuntamiento demandado en los periodos:

- 1 enero a 30 junio 2013 (BR 29,94 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 10,74 €)
- 1 julio a 31 diciembre 2013 (BR 25,09 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 10,89 €)
- 1 enero a 31-12-2014 (BR 25,09 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 10,89 €)
- 1 enero a 31-12-2015 (BR 25,09 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 10,89 €)
- 1.1.2016 a 31.12.16 (BR 25,09 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 10,89 €)
- 1.1.2017 a 31.12.17 (BR 25,48 € y cantidad diaria a cargo del Ayuntamiento de 11,28 €).

No acude a trabajar desde 5-8-16 por baja médica.

3º) Ha sido retribuida en 2016 a razón de 354,52 € brutos mes o paga (sueldo 326,70 + complemento retributivo de 27,82 €) abonándosele también en nómina de 08/16 bolsa de San Mateo de montante 683,71 € brutos.

4º) En demanda de 28-2-2017 postula la declaración del vínculo laboral indefinido, no fijo de plantilla, la condena a la entidad local al alta y abono de las cotizaciones sociales correspondientes desde 16-10-12 y se la condene, asimismo, a abonarle diferencias salariales del periodo 1.2.16 a 31.1.2017 que cuantifica en 21256,94 €, según desglose realizado al hecho sexto de la demanda que se da aquí por reproducido, con más el interés anual del 10% por mora salarial, sin perjuicio de las diferencias devengadas a partir de 1.2.17. Éstas las cuantificó en juicio en otros 9386,88 €; 1564,48 € mes en cada uno de los meses de febrero a mayo 2017 más en 06/2017 suma de 3128,96 € con paga extra incluida.

5º) Dentro de los conserjes de plantilla del Ayuntamiento de Oviedo existen los que no se han presentado a promoción interna y se mantienen en el grupo retributivo de agrupaciones profesionales, y los que sí han promocionado al grupo retributivo C2.

A los primeros (agrupaciones profesionales) en 2016 corresponde percibir:

- Sueldo: 553,96 €
- C. Destino: 262,68 €
- C. Específico: 621,91 €
- Productividad: 121,20 €
- Trienios: 13,61 T y paga
- Bolsa San Mateo 911,61 €.

A los segundos (grupo C2) corresponde lucrar:

- Sueldo: 605,25 € (599,73 € en las 2 extras)
- C. Destino: 262,68 €
- C. Específico: 621,91 €
- C. Productividad: 121,20 €
- Trienios: 18,08 € T y paga (17,91 € en las extras)
- Bolsa San Mateo 911,61 €.

6º) Trabajaba un domingo al mes en otro centro de trabajo, abonándosele por "comisión de servicios (indemnización)" 24,30 € brutos en nómina de 02/2016, 40,50 € en la de marzo/16, 65,70 € en la de abril/2016, 55,80 € en la de mayo de 2016, 48,60 € en la de junio/2016, 0 € en la de julio/16, 54,90 € en la de 08/2016, sin más abonos posteriores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la entidad local que no sido su intención incurrir en fraude de ley sólo proporcionar una vía de integración social a los desempleados, lo que evidentemente podría ser aceptado en los llamamientos anteriores a 2014 no en los posteriores al no desconocer tampoco el Ayuntamiento la doctrina jurisprudencial de aplicación a la litis, se opone a las diferencias salariales, niega servicios extraordinarios los sábados cuando además está de baja desde 5-8-16 (lo que no

niega la actora), entendiéndose finalmente ajena a este procedimiento y orden jurisdiccional social la cuestión del alta y cotizaciones sociales derivadas o aparejadas.

Conforme dispone el art. 38 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas Medidas de Fomento del Empleo:

"Uno. Las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo sin pérdida para éstos de las cantidades que en tal concepto vinieran percibiendo, en trabajos de colaboración temporal que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad.*
- b) Que la duración máxima del trabajo sea la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido.*
- c) Que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador.*
- d) Que coincida con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado.*

Dos. A los efectos consignados en el número anterior, las Administraciones Públicas deberán solicitar de las correspondientes Oficinas de Empleo los trabajadores desempleados que necesiten, con indicación de sus especialidades o categorías. Las Oficinas de Empleo seleccionarán a los trabajadores desempleados necesarios para atender a la referida solicitud, pudiendo determinar, en su caso, la rotación de los mismos o su sustitución en caso de colocación.

Tres. Los trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo vendrán obligados a realizar los trabajos de colaboración social para los que hubieran sido seleccionados. La renuncia no motivada de los mismos dará lugar a la suspensión de las prestaciones por desempleo durante un período de seis meses, de acuerdo con lo establecido en el art. 22.2 de la Ley Básica de Empleo.

Cuatro. Los trabajadores que participen en la realización de obras, trabajos o servicios a que se refiere el número uno de este artículo tendrán derecho a percibir con cargo al INEM la correspondiente prestación o subsidio por desempleo. Las Administraciones Públicas completarán, mientras realicen tales trabajos, la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio. En todo caso, se garantizará el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

Cinco. Las Administraciones Públicas que realicen trabajos de colaboración social mediante los servicios prestados por trabajadores desempleados deberán ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".

Y según ordena el art. 39 del citado el Real Decreto 1445/1982:

"Uno. Las Administraciones Públicas que pretendan realizar una obra, trabajo o servicio de las características antes reseñadas, deberán acompañar junto con su solicitud documentación acreditativa de los siguientes extremos:

- a) La obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización.*
- b) La utilidad social de tales obras, trabajos o servicios.*
- c) La duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías.*
- d) El compromiso de abonar a los trabajadores la diferencia entre la prestación o el subsidio por desempleo y las cantidades a que se refiere el apartado cuatro del*

artículo anterior, así como costear los desplazamientos que los trabajadores tuvieren que realizar.

Dos. Las Administraciones Públicas podrán solicitar del Instituto Nacional de Empleo, en su caso, la formación profesional necesaria para la adaptación de los trabajadores a las tareas que se les asignen. Esta prestación será siempre gratuita y prioritaria".

Por último, el art. 213.3 LGSS, cuya redacción coincide con el actual art. 272.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que:

"Los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda.

La entidad gestora promoverá la celebración de conciertos con administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro en los que se identifiquen, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, dichos trabajos de colaboración social que, en todo caso, deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad.*
- b) Tener carácter temporal.*
- c) Coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado.*
- d) No suponer cambio de residencia habitual del trabajador".*

No desconoce la entidad local demandada que la parte demandante ciertamente viene realizando desde 16-X-12 tareas permanentes, normales y habituales de la corporación municipal, por lo que estamos en un supuesto de fraude de ley y utilización desviada de la previsión legal, no en vano el TS vino interpretando tradicionalmente el art. 213 de la LGSS y el art. 38 del RD 1445/1982, en el sentido de que estos contratos son necesariamente temporales, puesto que solamente pueden concertarse con perceptores de prestaciones por desempleo, que nunca son indefinidas, pero, a partir de su sentencia de 27 de diciembre de 2013, rec. 3214/2012, con continuidad, entre otras, en las de 22 de enero de 2014, rec. 3090/2012, y 6 de mayo de 2014, rec. 906/2013, someten a revisión esa doctrina, para declarar que la temporalidad no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato; precisamente por esa necesidad de que el trabajador contratado sea un desempleado ya existe la temporalidad del objeto del contrato, lo que encierra una clara petición de principio consistente en afirmar que el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo, pues de lo contrario carecería de sentido que el art. 39.1 del RD 1445/1982 exija a las Administraciones públicas la acreditación de la obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización, así como la duración prevista de los trabajos, que deben ser temporales por necesidad. Se ha producido así un giro importante en su anterior doctrina, que concebía la temporalidad de la obra, el trabajo o el servicio, por la temporalidad que supone la situación de desempleo protegido, que por esencia es temporal, para situar el centro de gravedad en la temporalidad misma que es necesaria en los trabajos, obras o servicios, y por eso en estos casos cuando los servicios prestados son permanentes y normales en la Administración pública, es decir, no temporales por esencia, la permanencia en el mismo puesto, impide que se aprecie causa de temporalidad, y el cese es improcedente. En efecto, la STS de 27 de diciembre de



2013, rec. 3214/2012, se expresa en los siguientes términos: "Lo que dice el art. 213 LGSS es que "dichos trabajos de colaboración social, en todo caso, deben reunir los requisitos siguientes... b) Tener carácter temporal", precepto que es desarrollado por el art. 38 RD 1445/1982. Hasta ahora, esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha interpretado dichos preceptos en el sentido de que estos contratos son necesariamente temporales puesto que solamente pueden concertarse con perceptores de prestaciones por desempleo que nunca son indefinidas. Dicha doctrina se resume así en la STS/IV 23-julio-2013 (rcud 2508/2012): "De las citadas normas se desprende, pues, que la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aun cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter 'ex lege' temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido". (...) Esa doctrina debe ahora ser rectificada. La rectificación es necesaria porque la temporalidad que define en términos legales el tipo contractual no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la de la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato. En efecto, lo que dice el art. 213.3 LGSS es que dichos trabajos de colaboración social, en todo caso, deben reunir los requisitos siguientes: "... b) tener carácter temporal". La exigencia de temporalidad va referida al trabajo que se va a desempeñar y actúa con independencia de que se haya establecido una duración máxima del contrato en función de la propia limitación de la prestación de desempleo. Y ello es así aunque el Reglamento dijera otra cosa, pues, obviamente, no puede contradecir a la Ley. Pero es que, - y añadimos esto sólo a mayor abundamiento -, si leemos bien el art. 38 RD 1445/1982, no hay tal contradicción. En efecto, su párrafo 1 dice así: "Las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo... en trabajos de colaboración temporal...". Es ahí donde el Reglamento recoge el requisito legal de la temporalidad de los trabajos objeto de este tipo de contratos. Y más adelante, en la letra b), concreta esa temporalidad en que la duración del contrato no debe superar el tiempo que quede al desempleado de percibo de la prestación o subsidio por desempleo, lo cual va de suyo pues, en caso contrario, la entidad contratante perdería todo interés en la utilización de la figura: pagar al trabajador solamente la diferencia entre el importe de la prestación o subsidio por desempleo y el de la base reguladora que sirvió para calcular la prestación contributiva (art. 38.4 RD 1445/1982). 3.- El referido argumento de que, precisamente, por esa necesidad de que el trabajador contratado sea un desempleado ya existe la temporalidad del objeto del contrato, encierra una clara petición de principio consistente en afirmar: el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo y, por lo tanto, su objeto cumple "necesariamente" la exigencia de temporalidad que la propia ley prescribe. Si ello fuera así, carecería de sentido que el art. 39.1 RD 1445/1982 exija a la Administración Pública contratante la acreditación de "la obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización" (letra a), así como "la duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías" (letra c). Tales cautelas serían ciertamente superfluas si el carácter temporal de la contratación dimanara, simplemente, del hecho de que el trabajador contratado debe ser necesariamente un



perceptor de la prestación o subsidio de desempleo que, obviamente, no dura indefinidamente".

Sentado lo anterior, procede acreditarle la condición de trabajadora indefinida, no fija de plantilla, del Ayuntamiento de Oviedo como conserje/ordenanza (grupo de agrupaciones profesionales) desde el 16-10-12, condenando al Ayuntamiento de Oviedo a estar y pasar por ello y por sus consecuencias jurídicas inherentes; aunque no se ruegue la condición de fija de plantilla, no procedería tampoco porque no ha superado el correspondiente proceso selectivo en el acceso al empleo público de acuerdo a los principios de mérito, igualdad, capacidad, publicidad, ... , por lo que sólo cabe sancionar el fraude según reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial cuya cita deviene así ociosa con su consideración como trabajadora con vínculo indefinido no fijo.

En orden a las diferencias salariales, es obvio que no proceden desde el día 5-8-16 en adelante si la trabajadora está de baja médica, no siendo susceptibles de acumulación salarios con prestaciones de seguridad social, y mucho menos caben servicios extraordinarios en sábados como "horas extras festivas" que se reclaman en todas las mensualidades postuladas, al margen de que no acredita tampoco en las anteriores a la baja médica que con su horario los sábados alternos excediese la jornada semanal ordinaria en la actividad de 37 h 30', por lo que tal devengo no puede prosperar en las circunstancias probadas del caso, no reclamándose tampoco diferencias por los domingos trabajados (1 al mes hasta 5.8.16). Por otro lado, no habiendo la actora como conserje de biblioteca promocionado internamente al grupo retributivo C2, las diferencias que le pertenecen son las del grupo de agrupaciones profesionales por los siguientes montantes:

Febrero 2016	(1573,36 – 354,52) =	<u>1218,84 €</u>
Marzo 2016	(1573,36 – 354,52) =	<u>1218,84 €</u>
Abril 2016	(1573,36 – 354,52) =	<u>1218,84 €</u>
Mayo 2016	(1573,36 – 354,52) =	<u>1218,84 €</u>
Junio 2016	(3146,72 – 354,52) =	<u>2792,20 €</u>
Julio 2016	(1573,36 – 354,52) =	<u>1218,84 €</u>
Agosto 2016 (4 días y bolsa San Mateo) =	162,51 + 227,90 =	<u>390,41 €</u>

Siendo el total a acoger de 9276,81 € brutos, que desde el respectivo devengo mensual se ha de incrementar con el interés anual del 10% por mora salarial, dado su carácter resarcitorio de la ausencia de pago tempestivo.

En lo demás procede desestimar la pretensión, sin perjuicio de que la actora reclame las prestaciones de IT que le correspondiesen desde 5-8-16 en adelante en el correspondiente procedimiento de seguridad social.

Sin que tampoco se esté en el caso de acoger condena extraña a la jurisdicción social como lo es la relativa al encuadramiento en TGSS y gestión recaudatoria de cuotas sociales, con testimonio de la sentencia firme la propia parte demandante podrá solicitar de la ITSS-TGSS los efectos derivados de la sentencia, entre ellos el correcto encuadramiento y liquidación de las cotizaciones correspondientes, del propio modo que es ajena a la litis la regularización de la actora con el SEPE por la prestación o subsidio por desempleo lucrado de dicha entidad gestora.



SEGUNDO.- Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de conformidad con lo dispuesto en los arts. 191.1, 191.2 g) y 192 de la LRJS, al ser la cuantía litigiosa superior a 3.000,00 €, de lo que se advierte desde ya a las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por doña contra el Ayuntamiento de Oviedo, debo declarar y declaro que la relación que vincula a las partes lo es de naturaleza laboral indefinida, pero no fija de plantilla, con antigüedad de 16-10-2012 y categoría de ordenanza/conserje (grupo de agrupaciones profesionales), condenando al Ayuntamiento de Oviedo a estar y pasar por ello y por sus consecuencias jurídicas inherentes, entre ellas el abono a la demandante de diferencias salariales del periodo 1.2.16 hasta el 5.8.16 en que causó baja médica, que ascienden a 9276,81 € brutos y que se han de incrementar desde el respectivo devengo con el interés anual del 10% por mora salarial, todo ello sin costas y con desestimación de la demanda en lo restante.

Incorpórese esta sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia y notifíquese a las partes con indicación de que no es firme por haber contra ella **RECURSO DE SUPPLICACIÓN**, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación.

La presente resolución será firme una vez haya transcurrido el plazo para interponer Recurso de Suplicación sin haberlo anunciado ninguna de las partes, sin necesidad de declaración expresa por parte de este Órgano Jurisdiccional.

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

E./



PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de este Juzgado de lo Social que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública con asistencia de la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.