



JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 OVIEDO

DEMANDA (PO) Nº: 134/2017

SENTENCIA Nº: 406/2017

En OVIEDO, a tres 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 22-2-17, 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 de servicios que mantiene la demandante con el Ayuntamiento de Oviedo es de naturaleza laboral e indefinida (no fija), encuadrable dentro del Grupo de Conserjes de Centros Sociales de la RPT del Ayuntamiento de Oviedo con las consecuencias inherentes a dicho reconocimiento en cuanto a retribuciones y derechos, y el derecho de doña _____ a percibir de ese Ayuntamiento la cantidad de 19922,19 € en concepto de atrasos derivados de las diferencias retributivas devengadas en el último año por los



servicios prestados a esa Administración como Conserje de Centro Social, 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 28-6-17, 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) (11.375.958C), de las demás circunstancias personales que en autos constan, viene prestando servicios como conserje/ordenanza para el Ayuntamiento de Oviedo en régimen de colaboración social desde 27-11-2008 en distintos Centros Sociales pertenecientes al Ayuntamiento de Oviedo, en los últimos años en el de Campomanes, siendo beneficiaria de subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años desde 10-5-2007.

En 2016 ha sido retribuida a razón de 12 pagas de 518,32 € (Sueldo 490,50 € + Complemento retributivo de 27,82 €), más la bolsa de San Mateo liquidada en nómina de 08/2016 de importe 911,61 €, total = 7131,45 € en 2016.

Desde 1.1.2017 el abono paga mensual es de 518,77 € al incrementarse a cuantía de 28,27 € el complemento retributivo.

2º) Los conserjes en centros sociales del Ayuntamiento demandado pertenecen al grupo retributivo C2 con Nivel 12 de C. Destino y C. específico 15 puntos, correspondiéndoles percibir en 2016:

Sueldo: 605,25 € (599,73 € en la extra)
C. Destino: 262,68 €
C. específico: 621,91 €
C Productividad: 121,20 €
Trienios a 18,08 € trienio, 17,91 € en las extras
Bolsa de San Mateo 911,61 €.

El total anual (partiendo de 2 trienios) es de 23960,69 € en 2016.

Las diferencias alcanzarían en 2016 (23960,69 – 7131,45) = 16829,24 €.

3º) La actora realizaba en el centro social de adscripción iguales cometidos que otro funcionario de plantilla de su categoría, esto es, 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 Centros Sociales, atención al público usuario, información de la oferta y condiciones del servicio, y comunicación de emergencias o cualquier alteración en el normal funcionamiento del servicio, control de entrada y salida, labores de mantenimiento ordinario de las instalaciones y del equipo asignado, suplencia de los otros conserjes de la Sección,

El horario del personal de la red de Centros Sociales es de:

- De L a V: mañanas 9 a 14,15 h
tardes 16 a 22:15 h
- Sábados (alternos): de 11 a 14:15 h y de 16 a 21:15 h
- Domingos (distribuidos entre todo el personal incluido el de la zona rural): de 11 a 14:15 y 16 h a 21:15 horas.

La actora ha venido prestando los servicios indicados sin especialidad alguna y sin diferenciación con el personal de plantilla.

4º) Interpuso reclamación previa potestativa el 11.1.17 y demanda el 22.2.2017.

5º) Tanto el inicial llamamiento como las prórrogas posteriores se producen por el SEPEPA a petición del Ayuntamiento de Oviedo, aquel (inicial) se produjo para el periodo del 27.11.2008 al 26.V.2009 con una base reguladora de 30,55 € día y cantidad a aportar por el Ayuntamiento de Oviedo de 16,77 € día. Las prórrogas se han extendido de:

- 27.V.2009 a 31.12.09 (BR 30,55, aportación municipal 16,49 € día)
- 1.1.2010 a 31.12.10 (BR 30,55, aportación municipal 16,49 € día)
- 1.1.2011 a 31.12.11 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2012 a 31.12.12 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2013 a 30.06.13 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.7.2013 a 31.12.13 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2014 a 31.12.14 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2015 a 31.12.15 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2016 a 31.12.16 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día)
- 1.1.2017 a 31.12.17 (BR 30,55, aportación municipal 16,35 € día).

Algunos de los llamamientos en prórroga se producen para categoría de "auxiliar administrativo" en Concejalía de Centros Sociales.

6º) Conforme al Anexo IV del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados del Ayuntamiento de Oviedo se contemplan retribuciones para servicios en Centros Sociales:

- Servicios en domingos 10 h ----- 169,29 €
- Servicios en domingos 8 h ----- 135,43 €
- Servicios en domingos 5 h ----- 84,65 €.

En orden a servicios extraordinarios para todo el personal C2 se contemplan:

- Hora diurna ----- 11,562
- Hora nocturna o festiva ----- 18,426
- Hora nocturna y festiva ----- 22,019 €.

7º) La Junta de Gobierno Local el 11-12-15 acordó, entre otros extremos, modificar el apartado 3 bis del art. 12 del Acuerdo/Convenio Regulador de las condiciones de trabajo de los empleados municipales del Ayuntamiento de Oviedo que quedaba redactado como sigue: "Todos los trabajadores municipales adscritos a servicios en que están establecidos turnos de trabajo, percibirán un complemento de productividad de 63,91 € por domingo trabajado y de 40 € por festivo trabajado, independiente del nº de horas realizadas de la categoría profesional y de la compensación horaria que tenga establecida. En el caso de turnos que afecten a más días del domingo o festivo, sólo se considerará jornada en domingo o festivo aquella en la que el cómputo de horas de servicio sea mayoritariamente en esta jornada de domingo o festivo". El art. 12 está dedicado al "trabajo a turnos" y el 3 bis del art. 12 a los trabajadores adscritos al área de seguridad ciudadana.

8º) No es objeto de discusión que la demandante trabajó 9 domingos en 2016. La jornada ordinaria semanal en el PT es de 37 h 30'.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el Ayuntamiento demandado que no ha tenido la intención de incurrir en fraude de ley sino únicamente de proporcionar una vía de integración social del desempleado, no desconoce eso sí los pronunciamientos del TS en la materia iniciados con la sentencia de 27-12-13, continuados con la de 22 enero 2014 y demás posteriores en igual línea, lo que si bien excluiría dicha intencionalidad en las solicitudes dirigidas al SEPEPA anteriores a esas fechas, sin embargo no cabe olvidar que dicho régimen de colaboración social se ha venido también prorrogando a su instancia o solicitud en los ejercicios posteriores 2015-2017.

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 27.11.2008 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 percceptor de la prestación o subsidio de desempleo que, obviamente, no dura indefinidamente".

Además la naturaleza temporal del servicio aparece desvirtuada en la litis si se atiende que su duración al menos se ha extendido desde 27.11.2008 a fecha del juicio, 28.junio.2017.

Las diferencias salariales empero sólo pueden ser acogidas en la suma referida de 16829,24 € brutos con más otros 1218,87 € por 9 domingos trabajados a 135,43 € cada uno, que devengarán los 18048,11 € que se acogen el interés del 10% anual por mora salarial desde el respectivo momento de su devengo mensual; interés por mora salarial que según la más reciente doctrina jurisprudencial tiene naturaleza resarcitoria con independencia de la liquidez o iliquidez del débito.

Los 135,43 € se establecen como compensación al trabajo en domingo y no por jornada extraordinaria alguna como ya tuvo ocasión de sentar antes esta juzgadora en sentencia de 11-V-17 (PO 763-16), que descartó igualmente que a los Conserjes de Centros Sociales les fuera aplicable en 2016 el sueldo de 553,96 € o los trienios de 13,61 € (T y paga) como encuadrados en el grupo de subalternos o "agrupaciones profesionales", además en la litis en muchas de las propuestas de prórroga cursadas al SEPEPA por la entidad local para prorrogar el régimen de colaboración social se alude a que ostentaba categoría de "auxiliar administrativo".

El importe de 63,91 € (domingo) se establece además para el personal de seguridad ciudadana pues el modificado en Junta de Gobierno Local de 11-12-15 lo es el art. 12.3 bis, en el que no se incardina evidentemente la demandante.

Aun no rogado en autos, no procedería reconocerle o acreditarle la condición de fija de plantilla 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.

Las regularizaciones con el SEPE a cargo de la demandante para evitar su enriquecimiento injusto, o los ingresos de las cuotas sociales no prescritas a cargo del Ayuntamiento de Oviedo, no son materia propia de este procedimiento tal como estaba planteado amén de escapar las últimas (cotizaciones) de la competencia del orden jurisdiccional social por incumbir a la jurisdicción contencioso-administrativa la impugnación de la liquidación de las mismas, así como conocer de toda materia de gestión recaudatoria al efecto.

Las diferencias salariales acreditadas se han de limitar a los indicados 18048,11 € del ejercicio 2016, frente a los 19922,19 € rogados según cálculos con sustento no corroborado y que se realizan al f. 5 útil de autos, amén de por periodo del 11.1.2016 al 10.1.2017, cuando es evidente que no cabe reclamar 10 días de enero de 2017, mes que cuando se interpone la R.P. no había vencido ni era así exigible, y en cuanto a enero 2016, o estaba prescrito en su totalidad o no lo estaba cuando se presenta la citada R.P., prescripción que no alega en todo caso el Ayuntamiento. Todo ello sin lógico perjuicio de que proceda condenar al Ayuntamiento a que mientras se mantengan las mismas circunstancias de desempeño profesional le abone a partir de esta sentencia el salario correspondiente a su categoría de conserje grupo C2 en centro social, como trabajadora indefinida no fija de plantilla que es, liquidándole desde 1.1.2017 los atrasos correspondientes a las diferencias habidas, ignorándose en este momento concretos domingos trabajados a lo largo de este ejercicio 2017 y por eso mismo cuantía en sí adeudada.

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, de lo que se advierte desde ya a las partes, al ser la cuantía litigiosa superior a 3000,00 €.

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

FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por doña
debo declarar y declaro que la actora está vinculada al demandado Ayuntamiento de Oviedo como personal laboral de carácter indefinido, no fijo de plantilla, con categoría de ordenanza/conserje en centro social del grupo retributivo C2 y antigüedad del 27.11.2008, condenando al Ayuntamiento demandado a estar y pasar por ello y por sus consecuencias jurídicas inherentes, abonándole por diferencias retributivas del ejercicio 2016 la suma bruta de 18.048,11 €, que se incrementará desde el respectivo devengo de cada mensualidad con el interés anual del 10% por mora salarial, todo ello sin perjuicio de la liquidación por el demandado de las diferencias devengadas desde 1.1.17 en adelante, y sin especial pronunciamiento en costas.



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 caber contra ella **RECURSO DE SUPLICACIÓN**, 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.

