



## JDO. DE LO SOCIAL N. 2 OVIEDO

SENTENCIA: 00254/2017

Nº AUTOS: 599/2016

Nº SENTENCIA: 254/2017

En Oviedo a veinticuatro de abril de dos mil diecisiete. La Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ, Magistrada Juez del Juzgado de lo Social nº dos de los de Oviedo, habiendo visto los presentes autos sobre PROCEDIMIENTO ORDINARIO, seguidos entre partes: de una como demandante representado por el letrado y, de la otra, como demandado AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por la letrada , en nombre de Su Majestad el Rey, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**- Que la parte actora presentó escrito de demanda con fecha 14/09/2016 por entender su derecho a que se dicte sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de su demanda. Alegó en derecho y suplicó sentencia conforme a sus pretensiones.

**Segundo.**- Abierto el acto del juicio, la parte actora se ratificó en su demanda y la demandada se opuso alegando lo que estimó oportuno. Suplicó la absolución.

**Tercero.**- Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta con el resultado que consta en el acta. En conclusiones las partes insisten en sus pretensiones, declarándose los autos conclusos y vistos para Sentencia.

**Cuarto.**- Se observaron las prescripciones legales.

#### HECHOS PROBADOS

**1º-** El actor prestó servicios para el Ayuntamiento de Oviedo desde el mes de abril de 2000, como personal cedido por el Servicio Público de Empleo, entonces INEM, en el régimen de colaboración social conforme con los RD 1445/80 y 1809/86, con la categoría profesional de Ordenanza, siendo su centro de trabajo, diversos centros sociales. Finalizó la relación laboral el 27 de octubre de 2015 por la jubilación del actor.



**2º** - El actor era perceptor del subsidio por desempleo para mayores de 52 años y figura de alta en convenio especial desde el 14 de noviembre de 2008.

**3º**- Se encuadra en el grupo C2 nivel 12.

**4º**- Las tareas habituales que realizaba el actor, en cuanto Ordenanza o Auxiliar de Servicios en un centro social son los siguientes:

- Control y registro de los accesos, entradas y salidas de las instalaciones.
- supervisión y acondicionamiento periódico de las distintas salas y espacios que componen el equipamiento.
- trabajos varios y labores de limpieza, conservación y mantenimiento básico del equipamiento.
- gestión de los servicios de navegación en Internet, incluyendo la anotación de los usos, el control del empleo de los equipos y la gestión de los turnos disponibles.
- transmisión y derivación al responsable del contrato de cuantas incidencias se produzcan durante el transcurso de la prestación de este servicios.
- distribución de información y publicidad remitida por el servicio municipal.
- operaciones derivadas del registro de datos estadísticos y de gestión relativos a la asistencia del público participante y de los espacios disponibles del Centro Social.
- servicio de seguridad y vigilancia de la instalación y respecto de los usuarios que utilicen los servicios del equipamiento.

**5º**- La retribución que percibió el actor durante el último año, fue de un salario con una base reguladora diaria de 25,09€, de la que el Ayuntamiento abonada 15,29€/día.

**6º**- El personal laboral indefinido, con la categoría de Ordenanza, grupo C2, nivel 12, percibió en el año 2015, un salario base mensual(2015) de 548,47€, un complemento de destino de 260,07€/mes, por productividad y complemento específico 735,75€/mes y como bolsa de San Mateo 902,58€ . La diferencia anual con lo percibido por el actor, es de 13.934,20€

En el periodo desde el 1 de junio al 27 de octubre de 2015, es de 5.767,21€.

**7º**- El actor presentó reclamación previa el 21 de junio de 2016 en la que reclamó el abono de las diferencias retributivas, que no fue resuelta. Interpuso la demanda el 14 de septiembre.

En la vista corrigió el importe por los conceptos reclamados e incluyó el importe del premio de jubilación.

**1º-** El actor reclama diferencias en las retribución básica en relación con el personal funcionario del Ayuntamiento demandado, alegando que se trató de un fraude de ley y se vulneró el principio de igualdad, sin que, por estar jubilado desde octubre de 2015, pueda solicitar otro reconocimiento.

En relación con los hechos probados, resultan sólo en parte de la documentación aportada por las partes; el Ayuntamiento no negó ninguno de los hechos que se recogen en la demanda, por lo que se le tuvo por conforme con ellos y las tareas habituales del actor, que no detalló en la demanda ni acreditó, resultan de otros procedimientos instados por conserjes destinados en los centros sociales y contratados en la misma modalidad.

El actor modificó a la baja el importe por los conceptos reclamados, pero mantuvo el importe del suplico incluyendo el premio de jubilación, que no es una retribución salarial sino indemnización, por lo que no puede equipararse a los conceptos reclamados, y sobre la que no aportó prueba alguna, de ahí que no pueda ser objeto de este procedimiento, conforme con el artículo 72 de la LJS., teniendo en cuenta que en la fecha de la reclamación presentada ante el Ayuntamiento, si era un requisito previo.

**2º-** El Ayuntamiento opuso la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento, que debe desestimarse porque la reclamación tiene su causa en la relación laboral que mantuvo el actor con el Ayuntamiento quien, en cuanto empleador (artículo 26 del ET) debe abonar la retribución, siendo las diferencias salariales en relación con el personal funcionario lo que se reclama. La vinculación con el Servicio Público de Empleo no es laboral sino protectora de la situación de desempleo sobre la que no se fundamenta la demanda.

**3º-** Es reiterada la jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores, como el de Asturias, que han resuelto la cuestión entendiendo que debe equipararse la retribución, objeto de este procedimiento, porque el personal realiza tareas habituales propias del normal funcionamiento del ente,

Sobre la naturaleza del vínculo de los beneficiarios del régimen de colaboración social con la Administración Pública se pronunció la jurisprudencia, con un cambio de criterio a partir de la sentencia de de 27 de diciembre de 2013, 22 de enero y 11 de junio de 2014 que examinan los requisitos exigidos por la LGSS y los RD que regulan el régimen de colaboración social.

Las sentencias previas habían examinado los requisitos de este régimen.

Dispone el artículo 213.3 de la Ley General de Seguridad Social, vigente a la fecha del inicio del vínculo, 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 la que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda". El precepto



excluye toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido.

Los requisitos, que conforme a los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/82, reformados por el RD de 28 de junio de 1986, condicionan la validez de un trabajo temporal de colaboración social, son que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter temporal y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.

La jurisprudencia actual reexamina esos requisitos y declara: "En relación con el primero de los requisitos hemos declarado que el legislador ha establecido que, para la validez de este tipo de contratos, el objeto del mismo debe consistir en la realización de trabajos "que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad". Poníamos de relieve que "el legislador no define cuales son esos trabajos y no podría hacerlo, pues es algo indeterminable a priori. Ahora bien, es razonable entender que todo trabajo realizado para una Administración Pública que se corresponda con los fines institucionales de ésta es, en principio, un trabajo de utilidad social y que redunde en beneficio de la comunidad, habida cuenta de que, por imperativo constitucional, "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales" ( art. 103.1 CE ). Por tanto, salvo casos excepcionales de desviación de poder, se puede afirmar que los trabajos realizados para cualquier Administración Pública cumplen el requisito exigido por el art. 213.3 a) LGSS y, en idénticos términos, por el art. 38 Uno a) del R.D. 1445/1982, sin necesidad de que dichos trabajos tengan una especial connotación "social" (por ejemplo, relacionados con la asistencia social) y pudiendo además consistir en tareas meramente instrumentales. Por ello la acreditación de que las obras, trabajos o servicios contratados son de utilidad social, como exige el art. 39, Uno, b) del R.D. 1445/1982 se deriva, en principio, de la propia naturaleza pública de la Administración contratante, si bien se trata de una presunción iuris tantum de veracidad, recayendo la carga de probar lo contrario en quien niegue que eso es así lo que, como hemos dicho antes, solamente ocurrirá en casos verdaderamente excepcionales ".

Así ratificábamos en esto nuestra anterior doctrina, con las matizaciones hechas. Ahora bien, destacábamos que "todo lo que acabamos de afirmar en el párrafo anterior solamente vale para los casos en que la entidad contratante sea una Administración Pública, entendiéndose por tal las relacionadas en el artículo 2.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril ). Se excluyen, pues, de la posibilidad de celebrar contratos de colaboración social cualesquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local que, conforme a la normativa vigente, forman parte del sector público pero no son Administración Pública en sentido estricto, salvo que se trate de entidades sin ánimo de lucro, de acuerdo con lo previsto en el art. 213.3 de la LGSS . Por otra parte, sí pueden celebrar contratos de colaboración social las "entidades sin ánimo de





lucro", a tenor del art. 213.3, párrafo segundo, de la LGSS ". Al respecto, avanzábamos que, "a diferencia de lo que hemos dicho respecto a las Administraciones Públicas, recaerá sobre estas entidades sin ánimo de lucro, tanto si son públicas como si son privadas, la carga de acreditar documentalmente que las obras, trabajos o servicios objeto del contrato en cuestión tienen "utilidad social", pues así lo exige terminantemente el art. 39, Uno, b) del R.D. 1445/1982 , sin que baste su mera y simple declaración y sin poder beneficiarse de ninguna presunción de que los trabajos por ellas contratados tienen utilidad social y/o redundan en beneficio de la comunidad. Y, naturalmente, la virtualidad de esa acreditación podrá ser objeto de control por parte del Servicio Público de Empleo Estatal - que suministra los trabajadores desempleados que van a ser contratados- así como del pertinente control judicial, en su caso " .

Analizando a continuación el requisito de la temporalidad.....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 de la 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 artículo 38 del R.D. 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 ( artículo 38.4 del R.D. 1445/1982 )" . Añadimos que "El 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 artículo 39.1 del R.D. 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 receptor de la prestación o subsidio de desempleo que, obviamente, no dura indefinidamente".

La conclusión es que la relación laboral que vinculaba al actor con el Ayuntamiento, debe ser calificada como indefinida no fija porque no concurre la temporalidad ya que el puesto de Conserje de Centros Sociales es estructural de la Administración; no se trata de unas funciones que puedan calificarse de temporales al tratarse de un servicio, el de los centros sociales, de la competencia de la Administración Local.

La sentencia dictada por la sala de lo social de Asturias el 6 de noviembre de 2015 en un caso idéntico de una persona beneficiaria del régimen de colaboración social en este Ayuntamiento en el grupo C2 como el actor, reconoció la existencia de la relación laboral en los siguientes términos:" "La proyección de la doctrina transcrita al presente caso determina la favorable acogida del motivo suplicacional examinado, y ello básicamente porque al igual que en los casos resueltos en las antes mencionadas Sentencias, los servicios prestados por el demandante se corresponden con las actividades normales y permanentes de la Entidad Local demandada, sin que se haya justificado ningún hecho determinante de temporalidad durante todo el lapso de ininterrumpida prestación de servicios . Así las cosas la vinculación jurídica del recurrente con dicha Entidad Local no tiene amparo ni cabida en el marco del artículo 213.3 Ley General de la Seguridad Social ni en el Real Decreto 1.445/1982, de 25 de Junio, no operando en consecuencia la exclusión de laboralidad prevista en el primero de tales preceptos . Considerando las funciones efectivamente asumidas por el accionante (ordinal Séptimo de la Sentencia), el lugar de trabajo, Centro Social, y el horario y jornada de prestación de servicios (Hecho Probado Sexto), la categoría profesional a él asignada, ordenanza adscrito a Centro Social, es equiparable a la de subalterno en centros sociales que se describe en el catálogo de puestos de trabajo del Ayuntamiento demandando (folios 94 y 95 de las actuaciones), dada la identidad de funciones y ante la falta de prueba de la cobertura con personal de plantilla de tales puestos. La aplicación a los trabajadores contratados por dicha Entidad del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de sus empleados justifica el derecho al cobro de los conceptos retributivos reclamados, incluido el de las horas extraordinarias que con habitualidad realizaba el actor, trabajaba dos sábados y un domingo al mes, dada la distribución horaria impuesta (folio 83)".



En relación con las diferencias salariales reclamadas, se está no sólo a la normativa estatal sobre su cuantía, no discutida por el demandado, y a la demanda, siendo el importe total debido, con las aclaraciones del fundamento de derecho primero de la presente, de 5.767,21€





4º- El actor interesa la condena en costas al demandado por temeridad al no haber contestado a la reclamación previa. El artículo 97 de la LJS permite que, a petición de parte, se impongan las costas al litigante que obró de mala fe o con temeridad.

La jurisprudencia ha admitido tradicionalmente dos tipos de temeridad, según el litigante actúe de forma dolosa o culposa. En el primer caso -temeridad fundada en actuación dolosa-, se considera temerario, a efectos de imposición de costas, al litigante que, aun teniendo conciencia de la injusticia de su pretensión o de su oposición, conociendo que no lleva razón, se decide a incoar un proceso o a defenderse, es decir, procede de mala fe, maliciosamente. A ello se refiere el TS cuando considera que debe pechar con las costas «no solamente quien litiga maliciosamente sabiendo que no tiene derecho en la cosa demandada, sino también el que actúa sin "razón derecha"» (STS 21 de abril de 1950). Así, por ejemplo, los Tribunales de instancia han condenado en costas «al entender que se ha tratado de tergiversar los hechos claros» (STS de 9 de diciembre de 1986) o cuando la defensa del demandado «no se limitó a discutir la cuestión de pagar, sino que pretendió la total absolución y resolución del contrato, cuya ejecución forzosa se produjo después de una meticulosa prueba que demuestra el pleno cumplimiento del actor, la buena calidad de la obra y la justeza del precio que exigía» (STS de 11 de julio de 1986).

No puede tacharse de culposa la actitud de quien no comparece en juicio y se le declara en rebeldía.

Existen otros supuestos -temeridad fundada en actuación culposa- donde el litigante no actúa maliciosamente, pero su conducta es igual de reprochable y merecedora de la condena en costas, porque está basada en una imprudente o negligente indagación y ponderación de las pretendidas razones que el litigante afirma que le asisten. A modo de ejemplo, el TS decidió que «sin duda ha de ser calificada como gravemente culposa la negativa al pago durante largos años, cuando tan palmaria es la razón que asiste al Banco acreedor» (STS de 21 de diciembre de 1985).

Tampoco puede tacharse de culposa la actitud del demandado, que no esgrime argumento alguno para oponerse a la demanda. Debe tenerse en cuenta que la comparecencia en juicio es una carga procesal que incumbe al demandado para prevenir los desfavorables efectos de la rebeldía (imposibilidad de realizar actos procesales, notificación en estrados de cualquier resolución o acto procesal...) y, en último término, evitar una sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, pero no permite por sí sola atribuir al rebelde una actitud maliciosa que justifique su condena en costas en caso de estimación parcial de la demanda.

En el presente caso no concurre la temeridad alegada, examinada a la vista de la jurisprudencia, valorando que es obligación del ente demandado en cuanto Administración, velar por los intereses públicos, principio en el que puede ampararse la negativa al reconocimiento de la cantidad reclamada, a pesar de los múltiples pronunciamientos de los juzgados y de la sala de lo social sobre cuestiones idénticas, por lo que no se imponen las costas.





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

### **FALLO**

Que desestimo las excepciones de falta de legitimación pasiva y de litisconsorcio pasivo necesario y estimo parcialmente la demanda interpuesta por

condeno al demandado a que abone al actor, en concepto de diferencias salariales, 5.767,21€ por los conceptos reclamados

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 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 el Banco de Santander a nombre de este Juzgado con el num. , 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, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en dicha entidad bancaria a nombre de este juzgado, con el nº , la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado 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, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.



**PUBLICACION.-** La anterior Sentencia fue leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el mismo día de su fecha, con asistencia del Secretario. Doy fe.