



Roj: STSJ AS 4595/2012
Id Cendoj: 33044340012012103053
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 2601/2012
Nº de Resolución: 3107/2012
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA VIDAU ARGÜELLES
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03107/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2012 0102672

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002601 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000221/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OVIEDO

Recurrente/s: Adrian

Abogado/a: ANTONIO MARTINEZ DIAZ CANEL

Recurrido/s: EDUCACION DEPORTIVA DEL PRINCIPADO SL

Abogado/a: PEDRO ANTONIO GUTIERREZ GOMEZ

Sentencia nº 3107/12

En OVIEDO, a treinta de Noviembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002601/2012, formalizado por el letrado D. ANTONIO MARTINEZ DIAZ-CANEL, en nombre y representación de Adrian , contra la sentencia número 360/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.2 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000221/2012, seguidos a instancia de Adrian frente a EDUCACION DEPORTIVA DEL PRINCIPADO SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA VIDAU ARGÜELLES .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Adrian presentó demanda contra EDUCACION DEPORTIVA DEL PRINCIPADO SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 360/2012, de fecha veintiséis de Junio de dos mil doce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º- El actor prestó sus servicios para la demandada en las siguientes fechas:

- Del 1 de agosto de 2008 al 31 de octubre de 2009 mediante un contrato temporal por obra o servicio a tiempo parcial cuyo objeto no consta.

- Del 1 de diciembre de 2009 al 18 de enero de 2010 en la misma modalidad contractual sin que conste su objeto.

- Del 1 de marzo al 7 de junio de 2010 en la misma modalidad sin que conste su objeto. Su categoría profesional era la de albañil con una jornada de 20 horas semanales.

- Del 8 de junio al 30 de septiembre de 2010 en la misma modalidad a tiempo parcial(20 horas semanales) cuyo objeto era el mantenimiento de las pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste según contrato con el Ayuntamiento de Oviedo, hasta la adjudicación definitiva. Su categoría profesional era la de Pistero.

- Desde el 4 de octubre de 2010 con la categoría de Pistero con un contrato temporal por obra o servicio determinado a tiempo parcial(36 horas semanales) cuyo objeto es el mantenimiento de las pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste. Pasó a jornada completa el 8 de febrero de 2011.

En el último contrato se pactó la sumisión al convenio colectivo de Instalaciones Deportivas y gimnasios.

No ostenta la representación de los trabajadores.

2º- El convenio colectivo estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios establece su ámbito funcional para las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o prestación de servicios de ocio-deportivo, ejercicio físico o práctica físico-deportiva y vigilancia acuática tanto en el interior como en el exterior.

El convenio colectivo del Principado de Asturias de Deportes tiene un ámbito funcional para las Federaciones deportivas del principado de Asturias, piscinas, Frontones, Boleras, Campos de Golf, Campos de Fútbol, Canódromos, Velódromos, palacios de deportes, sociedades polideportivas, tenis, tiro pichón, sociedades Hípicas, empresas de deporte de aventura, sociedades o agrupaciones de Caza deportiva, Gimnasios y empresas cuyo objeto sea la realización de actividades afines, auxiliares o conexas en instalaciones deportivas, etc.

3º- El salario bruto diario conforme con el convenio colectivo estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios es de 28,47#, y el que resulta de aplicar el convenio colectivo autonómico, es 50,83#.

4º- El Ayuntamiento de Oviedo adjudicó a la empresa demandada el 16 de septiembre de 2010 y formalizó un contrato el 30 del mismo mes, para el servicio de cuidado y preparación diaria para el juego de las pistas de tenis y padel de las instalaciones deportivas del Parque del Oeste así como diferentes servicios complementarios para el funcionamiento de dichas pistas.

El 30 de diciembre de 2011 el Ayuntamiento a través del responsable de las pistas de tenis y padel, entre otras instalaciones deportivas, comunicó a la empresa demandada la modificación de los servicios adjudicados con motivo de la aprobación de los nuevos presupuestos con efectos al 23 de enero de 2012 para reducir tanto los servicios como los horarios. Los servicios de información pasaban a ser de lunes a viernes de 11 a 23 horas(un operario por turno), de lunes a viernes de 15 a 23 horas(un operario por turno) y sábados y domingos de 9 a 21 horas(un operario por turno). El mantenimiento de las pistas pasaba a ser de miércoles a viernes de 15,30 a 22,30 (un operario por turno) y sábados y domingos de 9 a 16 horas (un operario por turno).

Se indicaba también que el resto de servicios serían cubiertos con personal municipal contratado a través de los Programas de Empleo.

5º- En las instalaciones de tenis y padel del Parque del Oeste prestan sus servicios, además de la demandada, personal de otros contratos del Ayuntamiento (parques y jardines, mantenimiento, etc.) y personal adscrito a la sección de deportes de planes de Inserción Laboral. Desde el 23 de enero de 2012 hay dos trabajadores del Plan municipal de Empleo cubriendo los horarios reducidos a la empresa demandada, uno en jornada de mañana y otro por la tarde.

6º- La empresa contrató a Fructuoso el 11 de marzo de 2009 mediante un contrato temporal a tiempo parcial (20 horas semanales) por obra o servicio determinado, cuyo objeto era el mantenimiento de las pistas de la escuela municipal de tenis y padel, con la categoría de Pistero. Fue contratado el 4 de octubre de 2010 en la modalidad de obra o servicio a tiempo parcial (36 horas) cuyo objeto era el mantenimiento de pistas de tenis y padel del Parque del Oeste. Su horario es de mañanas y tardes incluido el fin de semana.

7º- El horario del actor era de 9 a 15 horas y de 15,30 a 20 horas los lunes y martes, y de 9 a 15 horas los miércoles, jueves y viernes. La empresa le notificó un cambio de horario con efectos al 10 de octubre de 2011 que pasaba a ser los miércoles de 14,30 a 21,30, los jueves y viernes de 13,30 a 21,30 y los sábados y domingos de 9 a 14 y de 17 a 20 horas; dejó sin efecto la modificación en la conciliación ante la UMAC el 9 de noviembre del mismo año.

Durante un periodo de incapacidad temporal, la empresa contrató para sustituirle a Justino , desde noviembre de 2011 a enero de 2012, con un horario de 17 a 21 horas los miércoles, jueves y viernes y de 9 a 15 horas los sábados y domingos.

8º- El actor presentó conciliación previa reclamando la cantidad de 5.481,81#, el 19 de diciembre de 2011 que se celebró el 30 del mismo mes sin avenencia; interpuso la demanda y está pendiente de celebración ante el juzgado social nº1, el 9 de septiembre de 2012.

9º- El 4 de enero de 2012 la empresa le notificó la siguiente carta: Educación Deportiva del Principado, S.L. Oviedo a 4 de Enero de 2012. A/A DE Adrian . El motivo del presente escrito es el de proceder a notificarle que el Ayuntamiento de Oviedo nos ha notificado una modificación del contrato que tenemos suscrito con el mimo para la prestación de servicios de cuidado, adecuación y complementarios para el funcionamiento de las instalaciones de tenis padel de parque del Oeste, disminuyendo el horario y por tanto el personal que se precisa para la ejecución del mismo. Esto supone que no será preciso cubrir el horario que usted venía desarrollando, con lo cual el puesto de trabajo para el que fue contratado ya no lo ejecuta la empresa, quedando así extinguido el contrato que tiene con nosotros y ello de acuerdo con el art.49 de E.T . y el propio contrato. La fecha de finalización del contrato será el 23 de Enero, fecha a partir de la cual finaliza el servicio que usted venía desarrollando, al no tener que prestarlo la empresa. Sirva el presente escrito como preaviso de la finalización del contrato que tiene con Educación Deportiva del Principado. Sin otro particular, reciba un cordial saludo. Fdo. Valentín . Director Gerente de Educación Deportiva del Principado S.L. Recibí Adrian DNI: NUM000 .

10º- Presentó conciliación previa el 13 de febrero que se celebró el 27 del mismo mes. Interpuso la demanda el 2 de marzo.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda interpuesta por D. Adrian contra la empresa EDUCACIÓN DEPORTIVA DEL PRINCIPADO S.L. y absuelvo al demandado de todos los pedimentos de la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Adrian formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 2 de noviembre de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22 de noviembre de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda deducida por el actor en materia de despido frente a la empresa Educación Deportiva del Principado SL, y frente a dicha sentencia interpone recurso de suplicación su representación letrada quien estructura formalmente el recurso en dos motivos de suplicación, encaminado uno a la revisión de hechos probado y destinado el otro al examen del derecho aplicado.

Pero con carácter previo al análisis de tales motivos resulta obligado pronunciarse sobre la documental que por la parte recurrente se presentó con posterioridad al escrito de formalización del recurso y cuya incorporación solicitaba en el escrito presentado en fecha 18 de septiembre de 2012, del cual consta verificado traslado a la contraparte quien realizó las correspondientes alegaciones, y que consiste en una copia de sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Oviedo en fecha 6 de septiembre de 2012. En este sentido se ha de tener en cuenta que el artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece como la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos, estableciendo como una excepción que se puedan presentar alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido la parte aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en el presente caso es lo cierto que por la parte recurrente se aporta copia de una sentencia cuya firmeza no consta, lo que determina sin la necesidad de mayores consideraciones, que deba acordarse la inadmisibilidad de dicha documental.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se formula por el recurrente al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia, siendo en concreto sus pretensiones las siguientes:

a- la supresión del segundo párrafo del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia que es del siguiente tenor literal: "El 30 de diciembre de 2011 el Ayuntamiento a través del responsable de las pistas de tenis y paddel, entre otras instalaciones deportivas, comunicó a la empresa demandada la modificación de los servicios adjudicados con motivo de la aprobación de los nuevos presupuestos con efectos al 23 de enero de 2012 para reducir tanto los servicios como los horarios. Los servicios de información pasaban a ser de lunes a viernes de 11 a 23 horas (un operario por turno), de lunes a viernes de 15 a 23 horas (un operario por turno) y sábados y domingos de 9 a 21 horas (un operario por turno). El mantenimiento de las pistas pasaba a ser de miércoles a viernes de 15,30 a 22,30 (un operario por turno) y sábados y domingos de 9 a 16 horas (un operario por turno). Se indicaba también que el resto de servicios serán cubiertos con personal municipal contratado a través del Programa de Empleo". En apoyo de tal supresión invoca los documentos obrantes en los folios 78 a 130 de los autos señalando que en los mismos se comprueba que la supuesta modificación contractual es inexistente.

b- la supresión en el hecho probado quinto del párrafo que tiene el siguiente tenor literal: "Desde el 23 de enero de 2012 hay dos trabajadores del Plan Municipal de Empleo cubriendo los horarios reducidos a la empresa demandada, uno en jornada de mañana y otro por la tarde". Invoca en su apoyo los documentos obrantes en los folios 78 a 130 de los autos.

c- la adición de un nuevo hecho probado para el que propone el siguiente texto: "La demandada Educación Deportiva del Principado SL ha sido adjudicataria del contrato de servicio de información, atención al público y apoyo operativo en las instalaciones deportivas Corredoría Arena y Florida Arena (contrato puente) con un precio máximo 27.966.10 €/mes IVA excluido, y plazo de ejecución hasta nuevo contrato, aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo en la Sesión nº58/2011 de 29 de diciembre". Esta revisión la apoya la parte recurrente en el documento del folio 113.

En relación con tales intentos revisores resulta preciso poner de manifiesto como es el Juzgador de instancia el que tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso - artículo 97.2 de la LRJS - y en su examen sobre tales materiales dispone de amplios márgenes de actuación. El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos, por el contrario, su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, que queda reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores del Juzgador, cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial (artículo 193 b) de la LRJS). Así mismo se hace preciso recordar que es constante doctrina, la que establece que para que pueda apreciarse error de hecho en la valoración de la prueba, han de concurrir los requisitos siguientes: 1) que se señale con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico; 2) se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya complementándolos; 3) se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. Sobre tal requisito el Tribunal Supremo tiene declarado que "la cita global y genérica de documentos, carece de valor y operatividad a efectos del recurso..." (Sentencia de 14-7-95), añadiendo que "el recurrente está obligado a determinar con exactitud

y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia" (sentencia de 26-9-95), debiendo la parte recurrente señalar el punto específico de contenido de cada documento que ponga de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (sentencia de 3-5-01); 4) que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico; 6) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso. A ello hay que añadir que es doctrina reiterada que el artículo 97.2 de la LRJS y el vigente artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conceden al juzgador de instancia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios, llegando a una conclusión que debe prevalecer sobre la opinión interesada del recurrente mientras no aparezca desvirtuada por otra irrefutable.

Partiendo de tales consideraciones expuestas las pretensiones del recurrente no resultan atendible desde el momento mismo en que se apoyan las dos primeras revisiones en prueba documental que se invoca por el recurrente genéricamente (folios 78 a 130), sin expresar el mismo las razones por las que cada uno de tales documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia, siendo lo cierto que existe en autos otra documental, la obrante al folio 150 de los autos así como la incorporada en los folios 151 y 152, que fue valorada por la Juzgadora de instancia conforme a las facultades que le son propias y tenida en cuenta para formar la convicción que expresa en los hechos cuya supresión parcial se postula. Por otro lado aún resultando de la documental del folio 113 (Boletín del Ayuntamiento de Oviedo) el hecho de la adjudicación habida a la empresa demandada de un contrato de servicio de información, atención al público y apoyo operativo en las instalaciones deportivas Corredoria Arena y Florida Arena (contrato puente) y con plazo de ejecución hasta nuevo contrato, no procede su incorporación al relato de hechos probados al resultar el mismo intrascendente por no tener relevancia o incidencia alguna en orden al fallo de la sentencia, pues el contrato que vinculaba al actor con la empresa demandada tenía por objeto el servicio de mantenimiento de pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste.

TERCERO.- Ya en sede de censura jurídica se formula por el recurrente el segundo motivo de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que por dicha parte, y en dos apartados distintos, se efectúa las siguientes denuncias:

a- en primer lugar la infracción de los artículos 15.1 a) del ET y 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , así como la jurisprudencia aplicable a los mismos. Se alega que la modalidad contractual empleada por la empresa ha sido en fraude de ley ya que se ha utilizado para evitar un contrato de trabajo indefinido pese a que desarrolla la actividad normal y habitual de la empresa y no una actividad con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la misma. Se afirma que la sentencia recurrida infringe la doctrina consolidada respecto a la excepcionalidad del contrato de obra, señalando, tras hacer referencia a una sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de abril de 2007 y a las del TS de 31 de enero de 2005 y 22 de febrero de 2007 , que todo ello lleva a la inevitable constatación en el caso de autos del alegado fraude de ley en la contratación que conllevaría la presunción de contratación de carácter indefinido, y que una relación laboral indefinida no puede válidamente extinguirse en base al artículo 49 del ET por fin de obra, debiendo tal terminación se calificada como despido improcedente y no hacerlo así supone infracción del artículo 49 y 56 del ET , y que en todo caso, que aún obviando el carácter indefinido de la relación laboral, no puede estimarse acreditada en autos la finalidad de la pretendida obra pues el contrato que vincula al Ayuntamiento con la empresa sigue plenamente vigente lo que invalidaría, aún considerándose el contrato temporal, la causa esgrimida para la finalización del contrato, debiendo de tenerse en cuenta además la jurisprudencia aplicable a los supuestos de extinción de la relación laboral subsistiendo la contrata que motivó el inicio de la misma, haciendo seguidamente referencia a la STS de 22 de octubre de 2003 en la que se contempla el supuesto de no de finalización de la contrata sino de reducción de su objeto, y a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias de 30 de junio de 2006 y de Andalucía de 12 de enero de 2010.

b- en segundo lugar se denuncian como infringidos los artículos 49.1 , 56.1 a) y 56.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia relacionada. Se alega que en la sentencia impugnada se señala que la antigüedad del trabajador en la empresa es del 4 de octubre de 2010 considerando el recurrente que la antigüedad que se debe establecer es la fijada en el escrito de demanda (en la cual se indicaba por el actor la antigüedad al 1 de marzo de 2010). Igualmente sostiene que se aplica por la juzgadora un Convenio

Colectivo erróneo, ya que el Convenio Colectivo Grupo de Deportes del Principado de Asturias en su artículo 1 establece a quien obliga dicho Convenio, resultando claro que la actividad que realiza la empresa demandada, como establece los contratos que la vinculan con el Ayuntamiento, "servicio de cuidado y preparación diaria para el juego de las pistas de tenis y padel de las instalaciones deportivas del Parque del Oeste, se trata de actividades afines, auxiliares o conexas en instalaciones deportivas lo que determina la aplicación del Convenio Colectivo Grupo de Deportes del Principado de Asturias y que la empresa no ha querido aplicar dado que las retribuciones que establece son superiores a las fijadas por el Convenio que ha aplicado.

La Juzgadora de instancia entendió que el cese del actor en la prestación de sus servicios para la empresa demandada acontecido el 23 de enero de 2012 constituía un cese por fin de contrato y no un despido improcedente. Pero la Sala no puede compartir tal conclusión alcanzada en la instancia, debiendo de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a- la parte recurrente alega de forma reiterada que la contratación habida es fraudulenta habiendo devenido la relación laboral indefinida, pero tal alegación no resulta atendible al no existir en el relato fáctico de la sentencia de instancia datos que avalen tal pretensión, pues como se dice por la Juzgadora de instancia el fraude en la contratación no se presume sino que hay que probarlo, lo que determina, en relación al contrato temporal suscrito por el trabajador el 1 de marzo de 2010 con la empresa demandada (y en base al cual en la demanda señalaba su antigüedad y el inicio de la prestación de servicios), y cuya duración se extendió hasta el 7 de junio de 2010, que no haya posibilidad alguna de considerar el mismo fraudulento cuando se desconoce totalmente su contenido y objeto y el desarrollo del trabajo prestado por el actor, estando solamente acreditado de que en virtud del mismo el actor fue contratado por la empresa demandada para obra o servicio determinado con la categoría profesional de albañil y con una jornada de 20 horas semanales.

b- a dicho contrato sucedió un nuevo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial para obra y servicio determinado, suscrito por el actor con la empresa demandada el 8 de junio de 2010 para prestar servicios con la categoría profesional de pistero y cuyo objeto era el mantenimiento de pistas tenis y padel en el Parque del Oeste según contrato puente con Ayuntamiento de Oviedo hasta adjudicación definitiva. Dicho contrato finalizó el 30 de septiembre de 2010, y el 4 de octubre de 2010 se suscribió un nuevo contrato temporal por obra o servicio determinado a tiempo parcial (habiendo pasado posteriormente a jornada completa) para prestar servicios el actor como pistero, y en el que se fijaba como obra o servicio objeto del mismo "el mantenimiento de las pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste", que es al que puso fin la empresa demanda el 23 de enero de 2012. De sobra es conocido que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, de tal forma que si la temporalidad no tiene su origen en alguna de las modalidades contractuales previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, la relación es indefinida. El Tribunal Supremo con reiteración ha venido declarando en unificación de doctrina -sentencias de 21 de marzo de 2002 y 24 de abril de 2006, entre otras- que son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, regulado en los artículos 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que 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. Para que la contratación bajo esta modalidad sea ajustada a la norma es necesario el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos, y la falta de uno de ellos es causa suficiente para la nulidad, no del contrato, pero sí de la cláusula de temporalidad. Como se señala por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2002 resulta decisivo que quede acreditada la causa de la temporalidad, por ello la trascendencia de que se cumpla la previsión del artículo 2.2 a) del Real Decreto 2720/1998, que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican. Y en el presente caso tanto en el contrato suscrito el 8 de junio de 2010 como en el siguiente que fue suscrito el 4 de octubre de 2010 no puede negarse que la obra o el servicio que constituye su objeto haya resultado identificado con precisión, pues se indicaba en el primero como objeto "el mantenimiento de las pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste según contrato con el Ayuntamiento de Oviedo hasta la adjudicación definitiva", y en el segundo, una vez ya producida la adjudicación a la empresa y formalizado el contrato con el Ayuntamiento el 30 de septiembre de 2010 para el servicio de cuidado y preparación diaria para el juego de las pistas de tenis y padel de las instalaciones deportivas del Parque del Oeste, se expresaba como objeto "el mantenimiento de las pistas de tenis y padel en el Parque del Oeste". Es decir tales contratos de trabajo temporales fueron concertados por la empresa demandada en relación con la actividad concreta que le era encomendada y contratada por el Ayuntamiento, por lo que no puede negarse que la obra o servicio

que constituía el objeto de los mismo se encontrara identificada y presentara autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues para las empresas contratistas, en caso de contratas, es lícito que puedan acudir a los contratos por obra o servicio determinado del artículo 15.1 a) cuando existe en ella una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida por la propia contrata aunque se trate de su actividad normal y ordinaria (STS de 31 de enero de 2005).

c- de lo que antecede lo que resulta es que la validez de los contratos de trabajo temporales por obra o servicio determinados suscritos por el actor no puede cuestionarse. Pero ello no viene a suponer que la finalización del último de los contratos de trabajo suscrito el 4 de octubre de 2010 y operada por la empresa demandada el 23 de enero de 2012 tenga que ser considerada como una extinción por fin del contrato temporal y no como un despido improcedente. En efecto ha de tenerse en cuenta que el contrato de trabajo del actor está vinculado con el contrato de servicios adjudicado por el Ayuntamiento de Oviedo a la empresa demandada el cual tenía un plazo de dos años prorrogable por dos anualidades, y en el presente caso es de apreciar que no se ha producido la finalización de tal contrato al que precisamente resultaba vinculada la relación laboral del actor con la empresa contratista, ni tampoco ha concluido el servicio que constituía el objeto de la contratación por el Ayuntamiento, sino que lo que ha tenido lugar es una modificación de los servicios adjudicados, comunicada por el Ayuntamiento a la empresa demandada, al pasar a disminuir los servicios encomendados y los horarios a realizar y el personal que se precisaba, pero sin que ello pueda amparar o legitimar la actuación de la empresa demandada de dar por finalizado el contrato de trabajo convenido con el trabajador demandante, pues en dicho contrato estaba pactada una duración del mismo hasta fin de servicio no estando convenida ninguna otra causa específica de extinción del contrato, lo que supone que la relación laboral debería de durar hasta el fin de la obra o servicio, en este caso hasta la terminación de la contrata, y de la misma manera que el trabajador no podría pretender válidamente que su contrato de trabajo se prolongara con la empresa demandada más allá de la vigencia del contrato de servicios suscrito por la empresa con el Ayuntamiento, tampoco le viene a resultar lícito a la empresa prescindir de los servicios del trabajador antes del fin del servicio, que fue lo contractualmente pactado, pues lo contrario supone dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil . Lo cierto es que el hecho acontecido, reducción de los servicios encomendados, pudo haberse previsto al concertar la relación laboral pues no resulta insólito en el curso de las contratas para la prestación de servicios, pudiendo haberse consignado de este modo una cláusula en el sentido de que la relación laboral terminaría si tal cosa sucediera y, en este caso, el contrato habría quedado válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) del ET . Pero como no ha sido así no puede entonces la empresa proceder a un cese por fin de contrato, la cual sí que tenía la posibilidad de haber acudido a la figura de la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el apartado c) del art.52 del Estatuto de los Trabajadores que presenta para el trabajador determinadas garantías, y le confiere derecho a la correspondiente indemnización.

CUARTO.- Por lo expuesto y estimándose por la Sala que la decisión extintiva de la relación laboral acordada por la empresa demandada con efectos del 23 de enero de 2012 es constitutiva de un despido improcedente, resta por determinar las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del ET vigente a la fecha en que se produjo el despido, para lo cual han de fijarse los parámetros de antigüedad y salario a tener en cuenta a efectos del computo de la indemnización procedente y de la determinación de la cuantía de los salarios de tramitación.

En el recurso por el recurrente se considera que la antigüedad que se debe tener en cuenta es la fijada en el escrito de demanda, en la cual se refería por el actor la de 1 de marzo de 2010, no existiendo inconveniente alguno para ser computada la misma a efectos del cálculo de la indemnización, pues en los supuestos de sucesión de contratos temporales, la doctrina jurisprudencial (por todas sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2007 , 3 de noviembre de 2008 , 18 de febrero de 2009 y 11 de mayo de 2009 , entre otras) tiene establecido que "la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización -el tiempo de servicio a que alude el art.56.1 ET - se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión -regular- de varios sin una solución de continuidad significativa, con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito, y percibo de indemnización a la finalización de cada contrato temporal, pues como se recoge en las sentencias 20-02-1997 ; 30-03- 1999 ; 15-02-2000 , y 19-04-2005 , entre otras; en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, [...], se entiende que la antigüedad [...] se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal, pues la novación extintiva sólo

se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones -sucesivas- diferente (SSTS 27-07-02 ; y 19-04-05), pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos; y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (SSTS 12-11-93 ; 10-04-95 ; 17-01-96 ; 22-06-98 ; 10-12-99). A la misma conclusión se llega, en el caso de sucesión de contratos temporales con interrupciones entre ellos superiores a los 20 días, si existe unidad esencial del vínculo laboral, tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2009 y las que en ella se citan. Y en el presente caso tal doctrina jurisprudencial resulta de plena aplicación pues a la relación laboral iniciada el 1 de marzo de 2010 y que finalizó el 7 de junio, siguieron dos contratos de trabajo temporales uno desde el 8 de junio de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2010 y el siguiente a partir del 4 de octubre de 2010, por lo que cabe concluir que efectivamente desde el 1 de marzo de 2010 el actor ha venido prestando servicios a la empresa demandada sin solución de continuidad.

Por otro lado y en cuanto al salario diario regulador a tener en cuenta, discrepa el recurrente del fijado por la Juzgadora de instancia que estableció como salario bruto diario a computar el de 28,74 euros por haber entendido que el Convenio Colectivo que resultaba ser de aplicación era el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios y no el invocado por el demandante del Convenio Colectivo de Deportes del Principado de Asturias.

Pero la Sala no puede compartir tal conclusión alcanzada en la instancia. En efecto el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios a la hora de fijar en su artículo 1 su ámbito funcional se refiere a "las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que tengan por objeto o actividad económica la oferta y/o la prestación de servicios de ocio-deportivo, ejercicio físico o práctica físico-deportiva, vigilancia acuática y la misma se realice en gimnasios o en instalaciones, establecimientos, locales, clubes de natación, deportivos, tenis, etc., de titularidad pública o privada, equipados o habilitados para desarrollar la actividad empresarial antes indicada. Se realice mediante subcontrata o relación jurídica con otras empresas o entidades privadas en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo. Se realice mediante contratos administrativos o relación jurídica con administraciones públicas, bajo cualquier forma válida en derecho en las que el objeto sea la gestión de gimnasios o instalaciones deportivas y/o la realización de las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo. Se realice mediante la organización de competiciones, eventos o espectáculos de carácter físico-deportivo. También están incluidas en el ámbito funcional de éste convenio las empresas que desarrollen el objeto y la actividad económica indicada aunque ésta se realice fuera de establecimientos o instalaciones habilitadas para ello, es decir, al aire libre, o en contacto con la naturaleza. Habida cuenta de que la realización de la actividad físico deportiva conlleva la prestación de servicios amplios y diferentes a los usuarios y sociedad en general, quedan comprendidas bajo este convenio aquellas empresas que tengan como objeto principal el desarrollo de tal actividad, con independencia de otras actividades complementarias, conexas o similares a la que se considera principal....". Por su parte el Artículo 1 (ámbito de aplicación) del Convenio Colectivo Grupo de Deportes del Principado de Asturias establece que "El presente Convenio Colectivo obliga a todas las Empresas del Principado de Asturias que estén en el ámbito de aplicación de la Reglamentación Nacional de Trabajo de Espectáculos, Agrupación de Deportes y que comprende los siguientes subgrupos: Federaciones deportivas del Principado de Asturias, Piscinas, Frontones, Bolerías, Campos de Golf, Campos de Fútbol, Canódromos, Velódromos, Palacios de Deportes, Sociedades Polideportivas, Tenis, Tiro Pichón, Sociedades Hípicas, Empresas de Deporte de Aventura, Sociedades o Agrupaciones de Caza Deportiva, Gimnasios y empresas cuyo objeto sea la realización de actividades afines, auxiliares o conexas en instalaciones deportivas, etc. El Convenio afectará a todos los trabajadores, sea cual fuera su categoría profesional, que durante su vigencia, presten servicio bajo la dependencia y por cuenta de las empresas citadas, sin más excepción que las previstas en la Ley". Como es sabido para la determinación de cual haya de ser el convenio regulador lo que tiene relevancia es la actividad real que la empresa desempeña y en la que los trabajadores prestan sus servicios, y en el presente caso, la actividad de la empresa demandada que resulta constatada es la que aparece reflejada en el contrato suscrito por la misma con el Ayuntamiento de Oviedo (el servicio de cuidado y preparación diaria para el juego de las pistas de tenis y padel de las instalaciones deportivas del Parque del Oeste), lo que, teniendo en cuenta que la actividad cuya gestión se le encomienda no es la gestión de gimnasios ni instalaciones deportivas, ni la prestación de servicios ocio-deportivos, ni de ejercicio físico o práctica físico-deportiva, ni vigilancia acuática, y dado que la gestión encomendada se trata meramente del cuidado y preparación diaria para el juego de las

pistas de tenis y padel, servicios que propiamente son de mantenimiento de las pistas y toda vez que no consta circunstancia alguna por la que deba tener prevalencia el convenio estatal, lleva a considerar que a dicha actividad resulta serle de aplicación el Convenio Colectivo del Grupo de Deportes del Principado de Asturias, que según lo dispuesto en su artículo 1 es también de aplicación a las empresas cuyo objeto sea la realización de actividades afines, auxiliares o conexas en instalaciones deportivas, ya que las tareas para el cuidado y preparación diaria de las pistas son propiamente actividades auxiliares de las instalaciones deportivas de tenis y padel, y por lo tanto el salario regulador diario a efectos indemnizatorios debe computarse, conforme a lo establecido en el incombato ordinal tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, en la cantidad de 50,83 euros.

Por todo lo expuesto y dado que el cese del demandante acordado por la empresa demandada el 23 de enero de 2012 constituye un despido improcedente, procede la estimación del recurso de suplicación interpuesto y, en consecuencia, la revocación de la sentencia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Adrian contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Oviedo en los autos seguidos en dicho Juzgado a instancias de dicho recurrente contra la empresa Educación Deportiva del Principado SL en materia de despido, revocamos dicha sentencia y con estimación de la demanda declaramos que el cese del demandante acordado por la empresa demandada el 23 de enero de 2012 constituye despido improcedente, y en consecuencia condenamos a dicha empresa a que, a su elección, que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de la presente resolución readmita al actor en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 4.371,38 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por la readmisión, y en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, el 23 de enero de 2012, hasta la de la notificación de la presente sentencia a razón de 50,83 euros diarios.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art.221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento de los Arts.229 y 230 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Asimismo la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.