



Roj: **STSJ M 530/2010 - ECLI: ES:TSJM:2010:530**

Id Cendoj: **28079340012010100052**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2010**

Nº de Recurso: **3028/2009**

Nº de Resolución: **37/2010**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0003028/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 00037/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001

Recurso de Suplicación nº 3028/09

Sentencia nº 37/2010

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

JAVIER PARIS MARIN

En MADRID, a quince de Enero de dos mil diez, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 001 de la Sala de lo Social de este Tribunal

Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado el siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 3028/2009, formalizado por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO (SERVICIOS JURÍDICOS), en nombre y representación de INSTITUTO CERVANTES, contra la sentencia de fecha 4 de marzo de dos mil nueve, dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL nº 3 de MADRID en sus autos número 490/2007, seguidos a instancia de Susana frente a INSTITUTO CERVANTES Y UNEC en reclamación del carácter indefinido de la **relación laboral**, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La demandante Doña. Susana con DNI: NUM000 prestó servicios para el Instituto Cervantes (IC) desde el 15-6-00, con la categoría profesional de titulado Superior y percibiendo un salario mensual de 2.356,11 euros sin prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.-La actora realizó prácticas en centros del I.C. en el período comprendido de 15-7-2000 a 14.7.2002. Con motivo de una **beca** que le fue concedida por la UNED de acuerdo con el Convenio Marco de Colaboración suscrito entre la UNED y el Instituto Cervantes el 2.4.97, para realizar trabajos de apoyo en la sede Central del I.C. en Alcalá de Henares.

TERCERO.-E1 programa establecido entre la UNED y el I.C. tiene por objeto acercar la formación universitaria a la realidad social y profesional , a través del establecimiento de **relaciones** que permitan completar el proceso formativo con la puesta en práctica de los conocimientos teóricos adquiridos.

CUARTO.-Tanto la concesión de la **beca** como el abono de la misma correspondió a la UNED y durante el tiempo que duró la **Beca**, la actora prestó servicios en la OASI "Oficina del Español en la Sociedad de la Información" bajo la dependencia directa de la Sra. Caridad responsable de dicho departamento. Siendo becaria el contrato era de 20 horas semanales y se acordó con la supervisora del trabajo, Caridad , prestar el servicio en los lunes, miércoles y jueves en el horario **laboral** del Instituto Cervantes, de 9.30 a 18.30 en invierno y de 9 a 16 horas del 15 de junio al 15 de septiembre; siempre que se lo solicitaban tenía que ampliar este horario a otros días de la semana en horario antes indicado, marcado en el calendario **laboral** del Instituto Cervantes.

Durante el segundo año de **beca** amplió el horario a lunes, miércoles, jueves y viernes y, en función de la carga de trabajo, la actora iba semanas completas.

Las tareas que realizó en dicho período consistieron en :

-Labores de auxiliar administrativo de la oficina: preparación de los pedidos de material de oficina, preparación de solicitud materiales informáticos (cd,s, cartuchos de tinta y toner de impresora y fotocopiadora), preparación de solicitud de servicios a almacén (fotocopias, encuadernaciones ...), fotocopias, grabación de copias de cd,s con materiales elaborados en la OESI.

-Preparación de envíos de material promocional de la OESI y de los proyectos europeos en los que participaba solicitado por el Dpto. de ferias del I.C., solicitado por los centros del I.C. en el exterior y solicitados por los organizadores de congresos, seminarios y jornadas relacionadas con las tecnologías lingüísticas.

Revisión de la catalogación de todo el archivo documental de la OESI (noticias publicadas sobre el sector de las tecnología lingüísticas y sobre la OESI) y mantenimiento del mismo .

-Revisión de documentos para presentaciones de la OESI en distintos foros (al príncipe de Asturias, a Telefónica, en el II congreso Internacional de la Lengua española, etc.)(folios 205 a 287).

QUINTO.-En marzo de 2002 se creó el Departamento de Tecnología y Proyectos Lingüísticos (DTL) en el que se integra la "Oficina del Español en la Sociedad de la Información" del Instituto Cervantes.

SEXTO.-El 31.1.03 la actora suscribió con el I.C. contratos administrativos denominados de consultoría y asistencia técnica liquidándose las facturas al precio pactado en el contrato administrativo.

SEPTIMO.-En el primer contrato administrativo suscrito el 12.7.02, en la estipulación primera se recoge que tiene por objeto las tareas de :

-Mantenimiento y actualización de base de datos sobre ingeniería Lingüística en España(DILE).

-Revisión, mantenimiento y actualización de la base de datos de páginas de Internet relacionadas con las tecnologías lingüísticas y su contexto.

-Mantenimiento y actualización de agenda de la OESI a la que se incorpora información sobre congresos, jornadas, seminarios, cursos y novedades relevantes para el campo de las tecnologías lingüísticas y sus aplicaciones.



-Selección, catalogación y redacción de noticias sobre el ámbito de las tecnologías lingüísticas utilizando diferentes recursos (electrónicos, publicaciones periódicas, obras de referencia, etc.)

La duración del contrato es desde el día 15 de julio de 2002 al 15 de diciembre de 2002, y el salario mensual ascendía a 1778,62 euros en las dos primeras facturas y 2371,48 euros en las tres últimas porque en el Dpto. de administración se dieron cuenta de que había un error en la redacción de contrato y lo cambiaron, sin hacerle firmar otro y sin cambiar la partida presupuestaria destinada a su contratación.

Y en la estipulación segunda se señala que los trabajos se llevaran a cabo en el lugar que opte el adjudicatario, y que "si opta por efectuarlo en las dependencias del Instituto Cervantes lo hace bajo su entera responsabilidad" (SIC). Y señalan en la estipulación sexta que el contrato, queda excluido del ámbito de la legislación **laboral**, no produciendo, en consecuencia vinculación **laboral** en ninguna de las formas especiales o no, que se reconocen en la legislación.(folios 288 a 304).

OCTAVO.-Sin que existiera solución de continuidad, ni modificación alguna respecto al centro de trabajo, jornada y horario, dependencia y trabajo realizado, la empresa le puso a la firma un segundo contrato el día 12 de diciembre de 2002 también definido como de naturaleza administrativa, cuya estipulación Primera expresa que tiene el mismo objeto que en el anterior y las funciones siguientes:

-Mantenimiento y actualización de base de datos sobre ingeniería Lingüística en España(DILE).

-Revisión, mantenimiento y actualización de la base de datos de páginas de Internet relacionadas con las tecnologías lingüísticas y su contexto.

-Mantenimiento y actualización de agenda de la OESI a la que se incorpora información sobre congresos, jornadas, seminarios, cursos y novedades relevantes para el campo de las tecnologías lingüísticas y sus aplicaciones.

-Selección, catalogación y redacción de noticias sobre el ámbito de las tecnologías lingüísticas utilizando diferentes recursos (electrónicos, publicaciones periódicas, obras de referencia, etc.)

NOVENO.-La actora el día 3.2.02 suscribió con el I. Cervantes contrato de trabajo de duración determinada en obra o servicio; obra que se especifica en la cláusula 7ª: La realización de la obra o servicio del presente contrato es la colaboración en la realización de las tareas asignadas en la oficina del español en la sociedad de la Información para su puesta en marcha y consolidación. las tareas y su calendario de actuación se recogen en el anejo I de dicho contrato y consisten en :

1. Creación y diseño de una base de datos con información sobre eventos relacionados con la tecnología lingüística.
2. Creación y diseño de una base de datos con los datos sobre los Grupos de investigación y Desarrollo españoles.
3. Creación y diseño de una base de datos con los datos sobre las empresas e instituciones españolas de Ingeniería Lingüística.
4. Creación y diseño de una base de datos sobre el sector administrativo que ofrece cobertura al desarrollo del sector en España.
5. Creación y diseño de una base de datos sobre proyectos y programas financiados en el marco de los Programas de I+D nacionales y europeos.
6. Creación y diseño de una base de datos con información sobre formación en el sector.
7. Creación y diseño de una base de datos con información bibliográfica sobre la Sociedad de la Información, Procesamiento del Lenguaje Natural y todas las áreas relacionadas con al Ingeniería Lingüística.
8. Creación y diseño de una base de datos con información de publicaciones periódicas relacionadas con las tecnologías avanzadas.
9. Creación y diseño de una base de datos de productos de ingeniería lingüística en español.
10. Creación y diseño de una base de datos de direcciones de Internet relacionadas con las Tecnologías para el Lenguaje Humano.
11. Creación y diseño del servicio de agenda en línea.
12. Creación y diseño del servicio de boletín de noticias en línea
13. Creación y diseño del servicio de buscador en línea que incluye la indexación de la base de uri's.

14. Creación y diseño de la sección recursos lingüísticos en línea
15. Creación y diseño del servicio lista de distribución de eventos.
16. Creación y diseño del servicio lista de distribución de noticias
17. Carga inicial de contenidos de la base de datos de eventos
18. Carga inicial de contenidos de la base de datos de grupos de I+D
19. Carga inicial de contenidos de la base de datos de empresas e instituciones
20. Carga inicial de contenidos de la base de datos del sector administrativo
21. Carga inicial de contenidos de la base de datos de proyectos y programas
22. Carga inicial de contenidos de la base de datos de formación
23. Carga inicial de contenidos de la base de datos bibliográfica.
24. Carga inicial de contenidos de la base de datos de publicaciones
25. Carga inicial de contenidos de la base de datos de direcciones de Internet.
26. Carga inicial de contenidos de la agenda en línea que incluye la búsqueda, recopilación y redacción del histórico de eventos por fecha, lugar y tema e índice semanal de eventos.
27. Carga inicial de contenidos del boletín de noticias en línea que incluye la búsqueda, recopilación y redacción del histórico de noticias por fecha y tema e índice de noticias mensual.
28. Carga inicial de contenidos del microsítedel proyecto EUROMAP
29. Carga inicial de contenidos del microsítedel proyecto LIQUID
30. Carga inicial de contenidos del microsítedel proyecto C-ORAL-ROM
31. Carga inicial de contenidos de la sección dedicada a Recursos Lingüísticos
32. Carga inicial de contenidos sobre la OESI.
33. Carga inicial de suscriptores de la lista de distribución
34. Carga de formularios de solicitud de información

Dicha **relación laboral** se inició tras ser adjudicataria la actora del puesto en concurso esl 3.2.03 (folios 320 a 329).

DECIMO.-La actora tiene desde febrero de 2005 un plan de pensiones en el BBVA por ser personal del Instituto Cervantes, y desde el mes de febrero de 2006 tiene reconocido un trienio de antigüedad.(FOLIOS 330 A 355).

UNDECIMO.-Las tareas que ha venido desempeñando la actora desde el inicio de la **relación** de trabajo son las que se detallan a continuación:

A.- En el ámbito interno de la "Oficina del Español en la Sociedad de la Información " del Instituto Cervantes, realizó tareas que nada tiene que ver con aquellas para las que fue contratada. Así efectuó las funciones de:

Periodo de becaria y obra y servicio: Mantenimiento y actualización de la base de Datos sobre Ingeniería Lingüística DILE (compuesta de contactos relacionados con las tecnologías lingüísticas, grupos de investigación, proyectos, empresas y páginas web).

Durante periodo de becaria y autónomo: Planificación, diseño y desarrollo del proyecto Portal de las Tecnología Lingüísticas en España. Carga de contenidos inicial. Seguimiento de los trabajos de la empresa ArtMedía, adjudicataria del proyecto. Participación en reuniones. Definición de los servicios y secciones: DILE, Agenda, Noticias, Infoteca, sección didáctica y Boletines electrónicos. Realización de planes de trabajo. Presentación para su lanzamiento el lo de septiembre de 2003.

Durante el periodo de becaria y obra y servicio: Revisión de fuentes de información impresa (revistas, obras de referencia, catálogos de librerías, boletines de noticias) y electrónicas (listas de distribución y boletines electrónicos recibidos en la cuenta informoesi@cervantes.es,configurada en su ordenador desde marzo de 2003) para obtener información sobre –congresos, jornadas y seminarios sobre tecnologías lingüísticas en español para anunciar en la Lista de distribución EUROMAP-INFO, que después se llamó OESI-INFO y posteriormente fue la Agenda del Portal de las Tecnologías Lingüísticas en Español y para su aprovechamiento en los distintos servicios del Portal (Infoteca, Noticias, DILE, Tecnologías Lingüísticas para todos).

Realización de las gestiones con la biblioteca del I.C.: solicitud de compra de nuevos libros y obras de referencia para el depósito bibliográfico de la OESI, control de préstamos y pedidos, control de revistas en préstamo circulante o permanente, devolución de ejemplares al depósito general del I.C., renovación de suscripciones a revistas, control de inventario, revisión de boletines de biblioteca. Redacción y corrección de material promocional de la OESI.

Durante el periodo de becario y autónomo: participación en las reuniones de trabajo sobre proyecto "Portal OESF" que después será "Portal de las Tecnologías Lingüísticas en España", fruto de financiación concedida por Telefónica. Participación en la toma de decisiones del desarrollo del proyecto. Valoración de ofertas de empresas para la realización del proyecto (TISSAT, ArtMedia). Revisión del documento de Análisis de Requisitos del Sistema (ARS) del proyecto (primera versión del 7 de noviembre de 2001). Participación en reuniones.

Seguimiento de la realización de las tareas comprometidas en el desarrollo del "Portal de las TL en España" por la empresa Telefónica Soluciones hasta el cierre del Proyecto.

Solicitud y seguimiento de gestiones para contratar mantenimiento técnico para el Portal para la terminación de los desarrollos que han quedado pendientes.

Organización del XIX Congreso de la Sociedad Española para el Procesamiento del Lenguaje Natural, SEPLN: elaboración de contenidos de la web del congreso, elaboración de las CFP, reservas de alojamiento y desplazamiento de todo - el- comité científico, control de inscripciones, gestiones con imprenta para elaboración de material promocional (cartelería, programas, carteras), gestiones con los patrocinadores (Universidad de Alcalá y con el Ayuntamiento de Alcalá de Henares), gestión de subvenciones solicitadas, etc.

Mantenimiento de la sección Infoteca del "Portal de las Tecnologías Lingüísticas en España-", base de datos bibliográfica sobre tecnología lingüística en español y sociedad de la Información en general.

Asistencia a las actividades del personal del Instituto Cervantes ("Marco Legal en Internet", noviembre 2001, y "Access Avanzado", diciembre 2001)

Asistencia a jornadas formativas externas financiadas por el Plan de Formación del Instituto Cervantes para la mejora de conocimientos en el sector de las Tecnologías Lingüísticas para la aplicación de nuevas vías de desarrollo de la OESI ("Bibliotecas accesibles en la web. Un reto urgente" mayo 2004, "Introducción a la web semántica para documentalistas" junio 2004, "Congreso Dublín Core" septiembre 2005, "Uso de lenguajes documentales en la Web Semántica" diciembre 2005, "Arquitectura de la información para el diseño de sedes web" mayo 2006, "I Jornadas MAVIR: Tecnologías de la Lengua en la Y": retos y mercados potenciales" noviembre 2006).

Realización de las memorias internas de actividad publicadas en la web institucional del I.C. (memorias correspondientes al año lectivo del Instituto) y -de las

memorias anuales del DTL, que después se entregaban a la Dirección Académica. Realización de informes internos para el Área de Patrocinio e informe de mecenazgo para solicitud de los Presupuestos Generales del Estado.

Realización de tareas administrativas de la unidad: memorias justificativas, propuestas de gasto, actas de recepción, cierres de ejercicio económico anuales y presupuesto de la OESI.

Identificación de nuevas líneas de actuación y establecimiento de acuerdos estratégicos de colaboración para el desarrollo del "Portal de las TL en España" como la colaboración con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para la realización de una nueva sección didáctica del Portal: Tecnologías Lingüísticas para todos" (redacción de convenio de colaboración, participación en la selección de la empresa adjudicataria para la realización del proyecto, elaboración del contenido del proyecto, participación en las reuniones de seguimiento, coordinación del trabajo con la empresa adjudicataria, planes de difusión de lanzamiento, actualizaciones periódicas, realización de informes de estadísticas, redacción de artículos...)

Presentación de la OESI en la reunión de Bibliotecarios de los centros Cervantes (noviembre 2004).

Realización de la Evaluación del Desempeño de 2004 que sólo se realizaba a los trabajadores de plantilla del I.C., a solicitud del Jefe de Dpto.

Preparación y envío de respuestas a consultas especializadas.

Durante el periodo de autónomo y obra y servicio- Labores de auxiliar administrativo de la oficina: preparación de los pedidos de material de oficina, preparación de solicitud materiales informáticos (cd's, cartuchos de tinta y toner de impresora y fotocopidora).



Durante el periodo de autónomo y obra y servicio, Preparación de envíos de material promocional de la OESI y de los proyectos europeos en los que participaba solicitado por el Dpto. de Ferias del I.C., solicitado por los centros del I.C. en el exterior y solicitados por los organizadores de congresos, seminarios y jornadas relacionadas con las tecnologías lingüísticas.

B.- Además realizó las siguientes funciones para el proyecto europeo EUROM-AP/HOPE, financiado por la Dirección General INFISO de la Comisión Europea y en el que la "Oficina del Español en la sociedad de la Información" del Instituto Cervantes participa en el mismo desde el año 1.996:

1.- Participación en la organización de los seminarios del proyecto HOPE (EURO?YL,kP) Tecnologías para el Lenguaje Humano en la Sociedad de la Información: servicios y comercio electrónico multilingües (Madrid, 21 de noviembre de 2000), I Jornada EURO-AILIP 2001 Seminario Nacional EUROAW: Tecnologías para el Lenguaje Humano y Contenidos Digitales en la Sociedad de la Información Seminario Temático -PURO.U4P. E1 comercio electrónico y las tecnologías para el lenguaje humano (Madrid, 12 de junio de 2(101) y Seminario Nacional E-U-ROMAP: Hacia un nuevo multilingüe y multicultural: - Las tecnologías Lingüísticas en el Sexto Programa Marco de la Unión Europea (20 febrero 2003). participación en todas la reuniones organizativas y toma de decisiones sobre programa, elaborando la lista de asistentes, visitas a las instalaciones de celebración y a las empresas de catering, organizando el material de trabajo y el material promocional para los asistentes, recepción de asistentes y ponentes el día de la celebración, entrega de documentación y control de asistencia.

2.- Participación en 1a organización de reuniones de trabajo del Consorcio EURONLAT.

3.- Redacción y corrección de material promocional del proyecto EUROMAP. Realización de los envíos de material promocional y elaboración de informes sobre los ejemplares enviados.

C.- Colaboración con otros proyectos nacionales y europeos en los que participa la OESI,

Participación en la organización de reuniones de trabajo del Consorcio C-ORAL-ROM

Redacción, corrección y traducción de material promocional de los proyectos europeos C-ORAL-ROM y LIQUID, en los que la OESI participa. Realización de los envíos de material promocional y elaboración de informes sobre los ejemplares enviados.

D.- Además coordina desde el octubre de 2004 el proyecto para la realización de un Sistema de pruebas adaptativas asistido por ordenador de detección de nivel de español. Este proyecto estaba adscrito al DTL y lo supervisaba Adriano , pero tras el nuevo organigrama de la Dirección Académica, vigente desde diciembre de 2006, se ha adscrito al Dpto. de Certificación Lingüística y ahora lo supervisa Ramón Parrondo. En este Proyecto realiza las siguientes tareas:

Redacción del convenio de colaboración marco de realización del proyecto: redacción de propuestas, negociación de anejo de especificaciones técnicas con Dpto. de Sistemas, gestiones con el Dpto. de Convenios

Participación en las reuniones de seguimiento con el equipo de trabajo del proyecto (DTL, Dpto. DELE y Universidad Autónoma de Barcelona).

Recopilación de los contenidos (textos e ítems) de la herramienta y revisión del mismo.

Realización de la primera fase de pilotaje de ítems (diciembre 2005-marzo 2006).

Realización de la segunda fase de pilotaje de ítems (abril 2007).

Realización de tareas administrativas: actas de reuniones, planes de trabajo, memorias justificativa, propuestas de gastos, actas de entrega de facturas...

Realización de presentaciones para reuniones de trabajo del IC: reunión ReDELEs Soria (febrero 2006, donde preparé una documentación para Montserrat).

Presentación del proyecto en reuniones de trabajo del I.C: reunión de Jefes de Estudio de los centros (diciembre 2006)

DUODECIMO.-La demandante siempre ha desarrollado su trabajo de forma continuada e ininterrumpida en los locales del I.C. primero en el centro donde estaba domiciliada la OESI y posteriormente en la sede central del I. Cervantes en Alcalá de Henares al trasladarse allí la OESI, y desde agosto de 2006 presta servicios en la sede central de I.C. en calle Alcalá de Madrid aunque desde el mes de octubre 2007 se la traslado al Departamento de Certificación Lingüística.

DECIMOTERCERO.- Durante el tiempo de su contratación con contratos administrativos y con contrato de trabajo de obra o servicio el horario de trabajo era de :

Horario de invierno:L-J 9.30H. A 18.30H. Y V 9.30H A 16.00H.



Horario de verano:L-V 8,00 H A 15.00 H o 9.00 a 16.00 h.

DECIMOCUARTO.-Las vacaciones anuales retribuidas las ha disfrutado desde el inicio de su **relación** y han sido igual a las establecidas para el resto del personal del I.C. elegir el período más largo dentro de los meses de julio ó agosto, siendo posible disfrutar de períodos cortos de una semana en Navidades o en otros períodos del año, siendo fijada la fecha de su disfrute por la responsable del Departamento, doña Caridad . Desde el traslado de Caridad las fechas las supervisaba el Jefe del Dpto. Adriano y desde el ascenso del mismo, las supervisaba el subdirector Académico , Mateo .

Los permisos y licencias eran concedidos eran y son concedidos por mi superior directo en cada momento, sin cuya autorización no podían ni pueden disfrutarse.

La totalidad del material utilizado en la realización del trabajo es de propiedad exclusiva del I.C. y la organización del trabajo, e instrucciones respecto a la forma de ejecutarlo, han sido competencia exclusiva de la dirección del I.C.

DECIMOQUINTO.-La parte actora interpuso reclamación previa el 3.5.07 y la presente demanda el 28.5.07.

DECIMOSEXTO.-Se ha agotado la vía administrativa.

DECIMOSEPTIMO.-La actora El 6-febrero-2009 presentó escrito por el que solicita ampliación de demanda.

DECIMOCTAVO.-En el mes de octubre de 2007 el Instituto Cervantes la trasladó al Departamento de Certificación Lingüística en el que desarrolla las siguientes funciones:

Departamento de Certificación Lingüística en el que desarrollo las siguientes funciones:

PROYECTO DE SISTEMA DE PRUEBAS ADPTATIVAS DE CLASIFICACIÓN Gestión académica y administrativa del proyecto. Participación en reuniones de seguimiento.

Formación en la herramienta de administración de la aplicación.

Planificación, puesta en marcha, coordinación y seguimiento del pilotaje de la herramienta en los centros del Instituto Cervantes.

Gestión técnica de la aplicación resultante del proyecto.

Presentación de la herramienta en el "Curso de Formación y acreditación de examinadores DELE" del Centro de Formación de Profesores del instituto Cervantes (junio, septiembre y diciembre 2.008).

Atención a consultas.

CERTIFICADO INTERNACIONAL DE ESPAÑOL (CIE) Gestión académica del proyecto.

Participación en el diseño del interfaz de la aplicación.

Elaboración y revisión de documentación técnica del proyecto.

Participación en reuniones de seguimiento.

DELE

Trabajos de revisión y de control de calidad de los exámenes de las diferentes convocatorias.

Gestiones en el BOE (Imprenta Nacional) y con otros proveedores (Universidad de Salamanca y estudio de grabación).

NUEVO NIVEL DELE: A1

Revisión de la documentación técnica de los nuevos exámenes.

Revisión de la documentación técnica, coordinación y seguimiento de la experimentación de los modelos de examen en los centros del Instituto Cervantes.

Realización de la experimentación de los modelos de examen en la Sede Central (reuniones previas, preparación de documentación técnica, preparación de los modelos de examen, grabación, gestiones con los técnicos de audiovisuales del CVC).

Participación en la revisión, edición y validación del material de examen definitivo.

Asistencia a reuniones de seguimiento sobre el diseño de los nuevos exámenes.

DELE-F

Trabajos de revisión y control de calidad de los exámenes de las diferentes convocatorias.



Gestiones con los proveedores técnicos (estudio de grabación).

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

"Procede estimar al demanda planteada por la parte demandante DOÑA Susana contra INSTITUTO CERVANTES; UNED en reconocimiento de derecho; declarar el carácter indefinido de la **relación laboral** que mantiene el actor con el Instituto demandado con una antigüedad reconocida a todos los efectos de 15-7-00, y condenar al Instituto demandado a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales y económicas derivadas de la misma. Con absolución de la UNED."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada. Tal recurso fue objeto de impugnación por la demandante.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 2/06/09, dictándose las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13/01/2010 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso no se ha producido incidencia alguna.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a sentencia que estimó la demanda rectora de las actuaciones declarando el carácter indefinido de la **relación laboral** que mantiene la demandante con el Instituto Cervantes, con una antigüedad, a todos los efectos, de 15-7-2000, interpone recurso de suplicación la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- El motivo inicial se encamina a censurar, con amparo en el apartado a) del art. 191 LPL, infracción del art. 91.2 LPL con **relación** al 24 de la CE, haciendo valer la Magistrado no debió apreciar la ficta confessio sirviéndose del interrogatorio practicado por vía de informe atendiendo al art. 315 de la LEC, al contestarse a las preguntas formuladas por la parte actora, reproche abocado al fracaso, en la medida que ya la Magistrado de instancia, de manera razonada y acompasada al contenido de las normas procesales denunciadas, deja sentado que el Instituto demandado no contestó a todas las preguntas en los puntos que enumera, limitándose a presentar un informe genérico, eludiendo dar contestación sobre hechos concretos.

El motivo, en su consecuencia, no prospera, sin que por ello quepa reponer los autos al estado en que se encontraban y no producirse indefensión.

TERCERO.- En el siguiente, con el mismo designio que el precedente, denuncia vulneración del art. 97.2 de la LPL y 24 CE, por incumplimientos de las exigencias de razonamiento que han conducido al órgano judicial a la declaración de hechos probados, ya que no se explica el origen de cada uno de los hechos que se estiman acaecido.

Al respecto, aun cuando es cierto que, conforme al contenido del núm. 2 del artículo 97 de la Ley de Procedimiento **Laboral**, el iudex «a quo» viene obligado a consignar expresamente los hechos que estime probados, y no los que alegados o no, no hayan logrado tal estimación, no lo es menos que, además y principalmente, en el orden jurisdiccional social es al juzgador de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso **laboral**, a quien corresponde apreciar los «elementos de convicción» -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a la facultad que a tal fin le otorga el precepto legal últimamente aludido, y que, como propia de la soberana función de juzgar, no es susceptible de revisión o valoración en suplicación, ya que ello devendría atentatorio a la independencia que para los órganos judiciales proclama el artículo 117 del Texto Constitucional, y únicamente al amparo y por el cauce procesal del apartado b) del mismo artículo 191 de la Ley de Procedimiento **Laboral** puede ser combatida en base a concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice el error o equivocación de aquel juzgador.

Y si bien el aludido artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento **Laboral** determina que la sentencia, dentro de los fundamentos de derecho, ha de hacer referencia a los razonamientos que han llevado al Juez a declarar los hechos que estime probados, la omisión de ese razonamiento no supone inercial o mecánicamente indefensión para las partes, ya que, para revisar los hechos que se declaren probados, han de apoyarse, conforme a lo prevenido por el apartado b) del artículo 191, en las pruebas documentales o periciales practicadas, las cuales han de figurar en los autos; y si están en ellos no resulta imprescindible se mencionen



o no en los hechos o fundamentos de derecho, como lo evidencia, al fin y a la postre, que la propia recurrente ni tan siquiera trate de impugnar el relato fáctico en virtud de la denuncia o apreciación de un error en la valoración de la prueba que así lo evidencie.

En definitiva, lo determinante es si, omitida toda explicación sobre la obtención de los hechos que se declaran probados, el examen de los autos permite advertir con facilidad cuál es el medio de convicción en que se ha basado el Juez para declarar probado un determinado extremo recogido en su relato de hechos probados, o si la omisión atañe a un hecho que no se revela capital para dirimir la suerte del litigio, en lectura coherente con el principio de celeridad que informa el proceso **laboral** (art. 74-1 LPL).

En todo caso, no es enteramente cierto, como erróneamente asevera la recurrente, se hayan omitido los elementos de convicción por la iudex a quo, la cual, en el fundamento de derecho primero, afirma la versión de los hechos ha sido obtenida de la valoración conjunta de la prueba practicada en el acto del juicio y documental incorporada al procedimiento, además de la ficta confessio respecto a las preguntas que no contestó el Instituto Cervantes.

Por otra parte, los hechos que se plasman como probados en el caso enjuiciado permiten fácilmente identificar de dónde se han obtenido la convicción judicial con **relación** a la copiosa prueba documental incorporada, sin producir indefensión a la recurrente que, insistimos, acepta el relato fáctico sin pedir la revisión.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19-6-1995, nº 91/95, "el art. 24,1 CE (...) implica la obligación de los órganos judiciales de motivar sus decisiones, obligación que si bien no exige una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva al órgano judicial a adoptar una solución determinada, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado (SS 100/87 y 109/92), sí supone al mismo tiempo "una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se pueda comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad" (S 116/86 f. j. 5º). Cuando esta respuesta razonada no se produce, ni es posible deducirla razonablemente de las circunstancias que rodean al caso concreto o de otras afirmaciones de la sentencia, no se respetan las garantías del art. 24,1 CE; así se ha señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Resoluciones de 9 diciembre 1994 antes mencionadas".

Pues bien, la sentencia combatida, en su estructura técnica, está bien conformada, y responde a las exigencias constitucionales de motivación, aun cuando, como es lógico, puedan o no ser compartidos sus puntos de vista, sin que sea necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que decide, fundando, al cabo, motivadamente su decisión.

El motivo, por lo razonado, no prospera.

CUARTO. En el siguiente motivo, ya en sede del derecho aplicado, denuncia infracción del art. 6.4 del Código Civil. 1.1 ET y 57 de la Ley 30/1992. Su tesis queda centrada, en síntesis, en que la **relación** de la actora hasta el 3 de marzo de de 2003 no es una **relación laboral**, sino de mera becaria en un primer momento, y posteriormente con carácter de puramente administrativa, plenamente válida, siendo adecuada a las bases de la convocatoria que anunciaba el proceso de concurrencia competitiva, concurriendo los presupuestos exigidos jurisprudencialmente. Respecto de los contratos administrativos, afirma, las funciones se adecuan a los mismos no concurriendo las notas de la **relación laboral**.

QUINTO. Sobre el periodo de servicios prestados al Instituto Cervantes con amparo en la **beca** la sentencia de instancia razona que las labores encomendadas a la demandante tuvieron una escasa proyección formativa y nada de labor investigadora, ya que desempeñó funciones en la OESI compartiendo ubicación física, horario y trabajo con el resto del personal del Instituto Cervantes y bajo la dependencia directa de la responsable del Departamento, realizando labores como auxiliar administrativo, preparando envíos y proyectos europeos, revisión de catalogación de archivo documental, cual se infiere del hecho probado cuarto, tratándose de una actividad normal y propia del Instituto que, de no desarrollarse por un becario, habría sido realizado por personal **laboral** propio o ajeno, concurriendo las notas de la **relación laboral**, beneficiándose la recurrente de la actividad de la becaria, de sus frutos y esfuerzo, y, por tanto, la **relación** en el periodo en que duró es **laboral**.

Si bien se mira, la juez de instancia sólo viene a aplicar las consecuencias normales de la simulación negocial. Como quiera que la causa verdadera y lícita del negocio celebrado no es otra que la propia de un contrato de trabajo (a pesar de que formalmente no se manifieste) los efectos en este caso son los del negocio jurídico que se intentó encubrir. (Art. 1276 del CC).

Doctrinalmente se ha afirmado (Selma Penalva y Luján Alcaraz) que la frontera entre la prestación **laboral** y el compromiso de colaboración que adquieren los becarios es de contornos difusos y borrosos.



Dos son las vías principales a través de las que puede formalizarse la incorporación del becario a una empresa o a una institución pública o privada. Por una parte, las llamadas **becas** para la realización de prácticas, a través de las que se pretende que quienes ya están en posesión de una titulación académica que legalmente les habilita para desarrollar una determinada actividad profesional o, preferentemente, quienes están próximos a obtenerla, puedan poner en práctica los conocimientos adquiridos durante su etapa educativa a fin de completar su formación. Por otra parte, están las que se califican como **becas** de formación, dirigidas a la ampliación del campo de conocimientos del interesado, titulado o no, a cuyo fin se le proporciona ayuda para el seguimiento de sus estudios. Se trata, pues, de **becas** que tienen una "finalidad docente en beneficio del perfeccionamiento, formación y ampliación de conocimientos del becario". Así, las **becas** de formación del personal investigador, ya sea en instituciones públicas o privadas, entre ellas, aquellas a las que se refería el Estatuto del Becario de Investigación del derogado RD 1326/2003, de 24 octubre, y, actualmente, el nuevo Estatuto del Personal Investigador en Formación aprobado por RD 63/2006, de 27 enero.

La **beca** es, según se define en el DRAE, la "subvención para realizar estudios o investigaciones". Por ello, la finalidad perseguida en la concesión de **becas** no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional. (STS 7 julio 1998).

El rasgo diferencial de la **beca** como percepción es facilitar el estudio y formación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos de su trabajo o estudio realizado al patrimonio de la empresa que otorga la **beca**, la cual no adquiere, por tanto, el papel de empleador o empresario jurídico del becario» (STS 26 de junio de 1995). El objeto del contrato de trabajo es el servicio retribuido y su causa última la participación en el proceso productivo. Así, la actividad del becario debe ir exclusivamente encaminada a su propia formación., pues si su tarea se orienta a satisfacer una necesidad de la entidad concesionaria de la **beca** entonces no es posible deslindarla de la **relación laboral** sin concurren las notas configuradoras de esta última.

Aunque "las **becas** son en general retribuciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario", dichos "estudio y formación pueden en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra, y así no son escasas las **becas** que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica". Lo decisivo, sin embargo, es que "estas producciones o la formación conseguida en los becarios, nunca se incorpora a la ordenación productiva de la institución que otorga la **beca**, por ello si bien el perceptor de una **beca** realiza una actividad, y actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una remuneración en atención a la misma, por el contrario aquel que concede la **beca** y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce" . (SSTS 13 junio 1988, y 26 junio 1995).

De este modo, aunque el becario deba cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la **beca** y disminuir así la carga de onerosidad que la **beca** representa, por lo que con ésta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la **relación** existente. De ahí que la clave para distinguir entre **beca** y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de **becas** no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación.

En conclusión, "el rasgo diferencial de la **beca** como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio". Otra cosa es que "la realización de los trabajos encomendados pueda tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional" . La verdadera **beca** es, en definitiva, un "acto de liberalidad conectado a un objetivo básico de carácter formativo"; y, por tanto, "la contratación **laboral** debe prevalecer cuando no cabe en principio apreciar en la actividad becada un interés educativo con relevancia para definir la naturaleza del vínculo, siendo, por el contrario, clara la utilidad que del trabajo obtiene la (empresa) y, consiguientemente, la finalidad retributiva de ese trabajo que cumplen las cantidades abonadas como **beca**" .(SSTS 12 abril 1989, 7 julio 1998, 22 noviembre 2005, STSJ Madrid 19 mayo 2003, STSJ País Vasco 18 marzo 2003, STSJ Asturias 7 junio 2002.).

Dicho esto, debemos convenir con la sentencia de instancia en que el periodo de tiempo cubierto por la **beca** es propio de una **relación laboral**, pues los aspectos formativos y de investigación brillan por su ausencia predominando claramente el aprovechamiento de los frutos del trabajo de la actora que pasan a incorporarse al patrimonio del Instituto demandado, realizándose actividades normales de la actividad productiva de este último, con sometimiento a horarios y compartiendo los mismos trabajos en la OESI que el resto de trabajadores allí asignados, bajo la dependencia de la responsable del departamento. Bajo estas premisas estamos ante una **relación** personal, dependiente, por cuenta ajena y retribuida, y, aunque bajo la cobertura de



una **beca**, la simulación debe dar paso al negocio oculto o encubierto que no es otro que el contrato del trabajo por aplicación del art. 1276 del Código Civil con **relación** al 1 del ET.

SEXTO.- Respecto al periodo en que la actora prestó servicios suscribiendo sendos contratos administrativos (12-7-02 al 31-1-03), a cuyas cláusulas simplemente se adhirió, además de realizar otras tareas distintas para las que fue contratada, lo cierto es que ha desarrollado una verdadera prestación **laboral**, bajo la supervisión y control directo de la entidad contratante, de carácter normal y habitual, en el ámbito físico de sus propias dependencias, con un horario rígido, con un descanso anual consistente en un mes de vacaciones aprobadas junto al resto de sus compañeros, lo que escapa a los límites de la contratación administrativa, tal como de manera meridianamente clara explica y razona la reciente STS de 17 junio 2009, Rec. 3338/2007.

Conviene significar, siguiendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 18 enero 2005, Recurso de Suplicación núm. 349/2004, que:

"La Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, prohibió que las Administraciones públicas pudieran celebrar contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, con las únicas excepciones de los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales y de determinados contratos celebrados por las Universidades. Se trata de una disposición básica, aplicable a todas las Administraciones públicas.

Tal prohibición planteó el problema de la distinción en cada caso concreto entre la contratación administrativa para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales expresamente (admitida no solamente por la mentada disposición adicional cuarta 2 de la Ley 30/1984, sino también por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio y por el art. 197.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en su redacción inicial) y la ilícita utilización de la contratación administrativa para la prestación de servicios genéricos sin sustantividad propia, (por contraposición a los mentados contratos para trabajos específicos y concretos), concurriendo las notas de dependencia y ajeneidad definitorias de la **relación laboral** prohibida por la citada disposición adicional cuarta.

La solución vino dada por la sentencia del TS de 18 de febrero de 1999 que, con cita de las de 2.2.1998, (dictada en Sala General), 10.2.1998, 27.4.1998, 13.7.1998, 24.9.1998 y 29.9.1998, sintetizó la doctrina jurisprudencial sobre esta materia en los puntos siguientes:

- 1) el art. 1.3.a) del ET excluye del régimen **laboral** las **relaciones** del personal de las Administraciones públicas que se regulen por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley.
- 2) esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las **relaciones** de servicios establecida en el art. 8.1 del ET, y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción.
- 3) ahora bien -excepción de la excepción- el art. 8.1 del ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto.
- 4) es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente al RD 1465/1985 sobre trabajos específicos, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia.
- 5) el conocimiento de los litigios surgidos en estas **relaciones** de servicios, en las que se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, corresponde a la jurisdicción social.

Posteriormente, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, modificó el art. 197 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, suprimiendo la posibilidad de que las Administraciones públicas celebrasen contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

Y el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 no ha incorporado el mentado contrato administrativo.

Subsisten los contratos administrativos de consultoría y asistencia y de servicios, pero los mismos tienen como objeto la contratación de servicios con profesionales independientes, sin que a su amparo pueda introducirse la corruptela de la contratación de trabajadores"...(...) El carácter administrativo o **laboral** de la **relación** vendrá determinado por la concurrencia o no de las notas de dependencia y ajeneidad que caracterizan el contrato de trabajo.

En efecto, las Administraciones públicas no podían ampararse en el art. 197.2 y 3 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 196.2 y 3 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio para concertar contratos de consultoría y asistencia o de servicios, en aquellos supuestos en los que concurrían las notas de dependencia y ajeneidad que definen la **relación laboral**, «ex» art. 1.1 del ET . El propio art. 197.1 de la Ley 13/1995, (reproducido literalmente en el art. 198.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas), se refería a las empresas adjudicatarias que dispusieran de elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. Por tanto, no parece que los citados contratos administrativos puedan servir como vehículo para la denominada huida del Derecho del Trabajo, cuando concurren las notas definitorias de la **relación laboral**, (vid. sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 20.3.2003 , que cita el impugnante del recurso).

Por lo razonado, el tercero de los motivos se desestima.

SEPTIMO.- El último de los motivos, ordenado como cuarto, censura infracción de los artículos 1.1, 3.5 y 15 ET y 2 y 8 del RD 2720/1998 por considerar el contrato de obra o servicio determinado cubierto en una tercera etapa por la actora reúne los requisitos legales.

Las Administraciones públicas se ven compelidas a respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula los contratos temporales en el Derecho del Trabajo, en tanto que actúan como un empresario más que, por acudir al régimen **laboral**, quedan desprovistas de las prerrogativas y privilegios propios del Derecho administrativo.

La Administración Pública y las empresas públicas pueden contratar personal **laboral** a su servicio, debiendo respetar en esas **relaciones** la legislación **laboral** común, relativa al nacimiento y desarrollo de la **relación laboral** (SSTS 11 febrero 1991, 18 marzo 1991) , aunque matizada por el carácter público del empresario, en el sentido de que el carácter indefinido de un contrato fraudulento no significa la fijeza del trabajador en el puesto público, sino su vínculo con la Administración Pública hasta que se provea la plaza vacante que está ocupando, conforme a las garantías de acceso por razón de méritos, capacidad e igualdad previstos en los concursos públicos.

A tal efecto , el art. 15 ET enuncia las modalidades de la contratación **laboral** temporal, de modo que cada una de ellas viene condicionada por una causa concreta que justifica la temporalidad, al no tener libertad los sujetos de la **relación laboral** para establecer modalidades de contratos temporales al margen de la legislación **laboral** . En el supuesto del contrato para la realización de una obra o servicio determinado (art. 15.1.a) ET), se requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, además de que sea suficientemente identificada dicha obra o servicio, y que en el desarrollo de la **relación laboral** el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas, pues de lo contrario su contrato se convertiría en indefinido.

Así pues el contrato para la realización de una obra o servicio determinados no puede ser elegido para cubrir necesidades permanentes del organismo público (SSTS 4 diciembre 1992 , 5 julio 1999 y 4-10-2007, SSTSJ Andalucía, Granada 18 junio 2001 , Cataluña 5 junio 2001) , puesto que perseguiría un resultado contrario al previsto por el art. 15.1.a)ET , cuando se refiere a la causa de dicho contrato. Esa actuación aparentemente amparada en el texto legal pero que persigue dicho resultado indebido supone una actuación en fraude de ley (art. 6.4 Código Civil) en la celebración de los contratos mencionados.

Es bien conocido que el ingreso como empleado en todas las Administraciones Públicas viene presidido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de aquellas plazas, de conformidad con lo previsto en los arts. 19 y siguientes de la Ley 30/1984.

La diferencia entre los trabajadores sujetos a una **relación laboral** de fijeza y los indefinidos viene determinada, como expresa la STS 29-1-2009, Rec. 326/2008, por el modo de acceso a la plaza que ocupan (es decir, por la necesidad de cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el empleo público) y por la garantía de permanencia en ella, que, para los "indefinidos", sólo alcanza, hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados.

La doctrina judicial ha consolidado la diferencia entre trabajador fijo e indefinido en las Administraciones Públicas:

Así, la STSJ Castilla-La Mancha 20 enero 2003, se expresa en los siguientes términos:

«La diferencia entre trabajador fijo y trabajador indefinido es la propia titularidad de la plaza ocupada, de tal forma que, mientras la que lo esté por personal fijo nunca podrá ser considerada vacante a efectos de proceder a su provisión definitiva, la desempeñada por un trabajador indefinido está llamada a ser ocupada por el procedimiento legalmente establecido, siendo la propia Administración la que deviene obligada a hacer todo lo necesario para que ello sea así, circunstancia que no se correspondería, pues, con la posibilidad de entender que esa asimilación convencional en orden al reconocimiento de derechos a los trabajadores indefinidos en igualdad de condiciones con los trabajadores fijos justificaría la improcedencia de incluir como vacante en un



procedimiento selectivo al puesto de trabajo ocupado por el actor, de tal forma que la reiterada igualación en el reconocimiento de derechos lo sería en orden a todos los aspectos que directamente inciden en el devenir de la **relación laboral** inter partes (...)>>.

No cabe duda que la figura del trabajador indefinido tiene su origen en la construcción jurisprudencial, y en concreto surge a raíz de la Sentencia del T.S. de 7 de octubre de 1996, en la que se aludía al mismo distinguiéndolo del trabajador fijo de plantilla, indicando al efecto que :

«la contratación **laboral** al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar al trabajador así contratado, con los trabajadores fijos de plantilla», condición que se dice ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de lo cual, «se le puede considerar como trabajador vinculado por un contrato de trabajo por tiempo indefinido». Construcción jurisprudencial que se reitera a través de sucesivas Sentencias del T.S., como la de 21-1-98,, dictada en Sala General, a la que siguieron otras muchas, en la que se mantiene que todo el que quiera acceder a un empleo público debe hacerlo mediante un procedimiento reglado que garantice los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, de tal forma que las irregularidades cometidas por la Administración en la contratación **laboral** no podrían dar lugar a la adquisición de la fijeza, ya que con ello se vulnerarían normas de derecho necesario, lo que servía para ratificar la diferenciación entre trabajador fijo e indefinido, indicando al respecto que «El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».

La contratación **laboral** en la Administración, al margen del procedimiento legalmente establecido, califica los trabajadores así incorporados al servicio público de «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», mientras que los que han superado el procedimiento de selección reglamentario deben calificarse como «trabajadores fijos de plantilla»; «subjética circunstancia jurídico-**laboral** que, de este modo, responde al contenido del aforismo "certus an, incertus quando" (STSJ de Cataluña 10 de marzo de 1997) y que vendría a configurarse como "algo intermedio" entre trabajador temporal y fijo» (STSJ del País Vasco 4 de noviembre de 1997).

En **relación** a ello , son significativos los términos empleados por la STSJ del País Vasco 21 de octubre de 1997 que estimó que «la noción de trabajadores contratados por tiempo indefinido se identifica con quienes han lucrado la estabilidad en su **relación** de servicios con el Poder público por una vía espuria, esto es, no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, en libre e igualitaria pugna con otros aspirantes, sino como consecuencia de una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con el Organismo contratante», sin que la gravedad de la infracción (STSJ de Andalucía/Málaga 30 de junio de 2000) o la mayor o menor duración de los servicios prestados (STSJ de La Rioja 20 de junio de 2000) desvirtúen en modo alguno la nueva doctrina jurisprudencial.

Ante esta ambivalencia, calificada por la doctrina como «sutil pero ambigua distinción», la Sala Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala General, en Sentencias de 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998, partiendo de la necesaria coexistencia de normas **laborales** y normas administrativas, fijó el siguiente cuerpo de doctrina:

a) en primer lugar, la obligada sumisión a las normas de derecho necesario, que atribuyen con carácter general los puestos de trabajo de la Administración a los funcionarios (principio de reserva general) y la excepción, al personal **laboral** (principio de limitación de los puestos de trabajo en régimen general), de conformidad con la doctrina emanada de la STC 99/1987 y recogida en el nuevo redactado del artículo 15.1.c de la LMRFP o sus equivalentes autonómicos.

b) en segundo término, que la selección del personal **laboral** de la Administración ha de subordinarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone, además, una garantía para la eficacia de la Administración en el servicio de los intereses públicos.

c) que las referidas disposiciones sitúan a la Administración en una posición especial, en la medida que no es válida una aplicación incondicionada de la normativa **laboral** en los casos de irregularidades en la contratación temporal al ser preciso tener presente dos ordenamientos diferentes (el **laboral** y el administrativo) que han de ser objeto de una «interpretación integradora».



Así, mientras la norma **laboral** tutela intereses privados, aunque también defiende de sociales, la legislación administrativa protege intereses públicos, de relieve constitucional (la igualdad en el acceso al empleo público y la eficacia de la actuación de la Administración en el servicio de los intereses generales). El conflicto debe resolverse haciendo prevalecer la norma especial en atención a la misma especialidad de la contratación **laboral** en la Administración y los intereses que esta norma tutela.

A la luz de las anteriores coordenadas marcadas por la jurisprudencia, en el caso concreto que se somete a la consideración de esta Sala, es palmario el Instituto Cervantes no se sujetó a la normativa **laboral** en el contrato de obra o servicio determinado suscrito con la actora, deviniendo así fraudulento. En efecto, la actora, además de las tareas pactadas y que se relatan en el hecho probado noveno, ha venido desempeñando otras distintas y que se recogen en el ordinal undécimo que no tienen nada que ver con las primigenias expresadas en el contrato de obra suscrito, y si a ello añadimos que durante todo el tiempo de prestación de servicios al Instituto Cervantes las tareas realizadas son las normales y habituales de la empresa, la consecuencia no ha de ser otra, en línea con el atinado alegato de la letrado que impugnó el recurso, que confirmar la sentencia con previa desestimación del recurso.

Procede imponer las costas a la recurrente por importe de 400 euros en aplicación del art. 233 LPL.

Por último, significar que la solución dada por esta Sección de Sala es coincidente con la dada por la Sección Segunda en su sentencia de fecha 27-10-2009, rec. 3020/2009, en un caso similar al presente.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO CERVANTES contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de esta ciudad, de fecha 4 de marzo de dos mil nueve, en sus autos nº 490/07. En su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia. condenamos en costas a la recurrente por importe de 400 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento **Laboral** de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días **laborales** inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº 1006, de la calle Barquillo nº 49, de Madrid 28004, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000003028/09 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la c/ Miguel Ángel nº 17, de Madrid 28010, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ