



Roj: **STSJ AS 2218/2014 - ECLI:ES:TSJAS:2014:2218**

Id Cendoj: **33044340012014101497**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2014**

Nº de Recurso: **1120/2014**

Nº de Resolución: **1523/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2218/2014,**
STS 3277/2015

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01523/2014

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 2014 0103200

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001120 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000549/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de GIJON

Horacio , AYUNTAMIENTO DE GIJON AYUNTAMIENTO DE GIJON

Recurrente/s: Horacio , AYUNTAMIENTO DE GIJON

Abogado/a: ROBERTO COSTALES ESCUDERO, ANGEL MIGUEL JAIME GUTIERREZ FERNANDEZ Horacio ,
AYUNTAMIENTO DE GIJON AYUNTAMIENTO DE GIJON , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL

Recurrido/s: Horacio , AYUNTAMIENTO DE GIJON, MINISTERIO FISCAL

ROBERTO COSTALES ESCUDERO, ANGEL MIGUEL JAIME GUTIERREZ FERNANDEZ

SENTENCIA Nº 1523/14

En OVIEDO, a veintisiete de Junio de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los lltmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001120/2014, formalizados por los Letrados D. ROBERTO COSTALES ESDUDERO y D. ANGEL MIGUEL JAIME GUTIERREZ, en nombre y representación de Horacio y del AYUNTAMIENTO DE GIJON, respectivamente, contra la sentencia número 495/2013 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000549/2013, seguidos a instancia de Horacio frente a AYUNTAMIENTO DE GIJON y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra **D^a CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Horacio presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON y el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 495/2013, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil trece.

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

1º) El demandante, D. Horacio, con DNI nº NUM000, mayor de edad, prestó servicios para ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, en virtud de los siguientes contratos:

- Contrato de obra o servicio determinado Temporada de baños de 2007 en las Playas del Concejo de Gijón, desde el 15 de junio de 2008 hasta fin de obra con la categoría profesional de SOCORRISA ACUATICO. El actor cesó el 16 de septiembre de 2007.

- Contrato para obra o servicio determinado Temporada de baños de 2008 en las Playas del Concejo de Gijón, desde el 1 de junio de 2008 hasta fin de obra con la categoría profesional de SOCORRISTA ACUATICO. El actor cesó el 30 de septiembre de 2008.

- Contrato para obra o servicio determinado a tiempo parcial (sábados, domingos festivos y días excepcionales) Temporada de baños de 2009 en las Playas del Concejo de Gijón, desde el 1 hasta el 31 mayo de 2009 con la categoría profesional de SOCORRISTA ACUATICO.

- Contrato para obra o servicio determinado Temporada de baños de 2009 en las Playas del Concejo de Gijón, desde el 1 de junio de 2009 hasta fin de obra con la categoría profesional de SOCORRISTA ACUATICO. El actor cesó el 2 de octubre de 2009.

- Contrato para obra o servicio determinado Temporada de baños de 2010 en las Playas del Concejo de Gijón, desde el 1 de junio de 2010 hasta fin de obra con la categoría profesional de SOCORRISTA ACUATICO. El actor cesó el 30 de septiembre de 2010.

2º) Por resolución de 19 de mayo de 2011 se declaró al trabajador D. Luis Manuel en situación de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público con efectos al 1 de mayo de 2011 en la relación laboral indefinida discontinua, la haber sido nombrado funcionario interino como socorrista acuático.

3º) El demandante solicitó al Ayuntamiento el reconocimiento de que su relación era de naturaleza indefinida discontinua, estimándose tal pretensión por sentencia de 21 de febrero de 2011 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, dictada en autos 794/2010.

4º) Por sentencia de 17 de agosto de 2011 del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, dictada en autos 506/2011 se estimó parcialmente la demanda del actor, declarando la improcedencia del despido del que fue objeto el actor con efectos al 1 de mayo de 2011, condenando al Ayuntamiento a que indemnizara al demandante en la cantidad de 4.137,43 euros, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 1 de junio de 2011 hasta la notificación de la sentencia, a razón de 69,13 euros diarios.

5º) El demandante formó parte del equipo de salvamento en las playas del Concejo de Gijón en la temporada de 2012, con la categoría profesional de socorrista lanchero del 15 de junio al 3 de septiembre, tras haber superado el proceso de selección para incorporarse a la bolsa de funcionarios interinos. Percibió un salario bruto de 55,49 euros diarios, incluidos todos los conceptos retributivos.

6º) El trabajador no ostentó en el último año ningún cargo de representación sindical o de los trabajadores.



7º) El Ayuntamiento de Gijón publicó, en el año 2013 las bases de la convocatoria de selección de socorristas y auxiliares de playa en régimen de funcionarios interinos para formar parte del equipo de salvamento de playas del Concejo de Gijón durante la temporada 2013. Tras superar el sistema de selección en la modalidad de oposición, los aspirantes se incorporarían como funcionarios interinos, determinando el orden de clasificación el la incorporación al servicio según las necesidades del mismo.

8º) Por sentencia de 27 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón , dictada en los autos de procedimiento abreviado 136/2012, siendo recurrente el sindicato USIPA, se anuló la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 6 de marzo de 2012 por la que se aprobaban las bases de la convocatoria para la selección temporal del equipo de salvamento de playas del Concejo de Gijón para la temporada estival 2012, anulando la base primera de la convocatoria que establecía como forma de cobertura de las plazas la de funcionarios interinos, por no ser la misma conforme a derecho.

9º) Recurrida la anterior sentencia en apelación, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dictó sentencia el 28 de octubre de 2013 que desestimaba el mismo.

10º) El 30 de marzo de 2013 el Ayuntamiento de Gijón realizó llamamiento al trabajo, para incorporarse el 1 de mayo como socorrista acuático, al trabajador D. Ángel Daniel , que había obtenido la calificación de trabajador indefinido discontinuo.

11º) El trabajador D. Alfredo fue convocado, por notificación del 17 de abril de 2013 para prestar servicios como socorrista acuático a partir del 1 de mayo de 2013. También este trabajador había sido declarado como trabajador indefinido discontinuo.

12º) El 27 de mayo de 2013 el actor solicitó al Jefe de Relaciones Laborales del Ayuntamiento de Gijón que le fuera efectuado el llamamiento como socorrista lancharo en virtud de su relación laboral de carácter indefinido discontinuo.

13º) El 27 de mayo de 2013 presentó el actor reclamación previa por despido nulo y subsidiariamente improcedente. Fue ésta desestimada por resolución de 7 de agosto de 2013.

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

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Benjamín contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON, declarando la improcedencia del despido practicado con efectos al 1 de junio de 2013, condenando al Ayuntamiento a indemnizar al trabajador en la cantidad de 3.787,19 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por Horacio y el AYUNTAMIENTO DE GIJON, formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

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 15 de mayo de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de junio de 2014 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 del Juzgado de lo Social nº Uno de Gijón, recaída en autos 549/2013, estimó parcialmente la demanda interpuesta por el actor, declarando la improcedencia del despido que se produjo al no ser llamado al trabajo al inicio de la temporada (contrato discontinuo), condenando al ayuntamiento demandado a indemnizarlo, por entender que la citada temporada había finalizado. Dicha Sentencia es recurrida en Suplicación por ambas partes, formulando la representación del Ayuntamiento un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el Art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en el que interesa la revisión de los hechos probados.

Ambas partes formulan motivo en derecho, pretendiendo el actor la declaración de nulidad, o subsidiariamente, que a efectos de indemnización se compute el tiempo transcurrido entre el 1 de junio de 2013, fecha en la que se entiende producido el despido, y la comunicación de la Sentencia (7-1-2014), o en su defecto, el 30 de septiembre, que es el día que acaba el servicio de salvamento y socorristismo en la temporada 2013.

Por su parte la representación del Ayuntamiento demandado va a sostener la incompetencia de este orden jurisdiccional porque la última relación con el demandante lo era como funcionario interino, Subsidiariamente defiende la corrección de su actuar y, para el caso de apreciarse la existencia de despido improcedente solicitará, que se le conceda opción entre readmisión o indemnización, fijándose ésta en 457,79 euros, porque entiende que la antigüedad solo ha de computarse desde 2012.



SEGUNDO.- En cuanto a la revisión de los hechos probados que solicita el Ayuntamiento, se propone en primer lugar un añadido para el ordinal cuarto en el sentido de precisar que "reconoció la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, optando por la indemnización y consiguiente extinción de la relación laboral". Invoca como documento que avalaría esa precisión la copia de la misma sentencia, que obra en autos, y concretamente el folio 69.

Dado que tal documento expresa ese punto en el hecho probado quinto y nada se opone de contrario, se acepta la revisión incorporando ese dato.

En segundo lugar pretende que el ordinal quinto tenga la redacción siguiente: "el demandante es nombrado funcionario interino por Resolución de 14 de junio de 2012, formando parte del equipo de salvamento en las playas del Concejo de Gijón en la temporada 2012, tras haber superado el proceso de selección para incorporarse como funcionario interino, tomando posesión del puesto mediante acta de 15 de junio de 2012 con la categoría profesional de socorrista y prestando servicios del 15 de junio al 3 de septiembre. Percibió un salario diario, integrados todos los conceptos retributivos de 55,49 euros, siendo cesado por Resolución de 27 de agosto de 2012".

En este caso la estimación se apoya en los documentos que obran a los folios 138, 139 y 140 que corresponden a las actuaciones relatadas. El actor, al impugnar el recurso no contradice la petición, limitándose a decir que esos datos son irrelevantes, por lo que debe admitirse la petición.

Finalmente interesa el añadido de un segundo párrafo al ordinal séptimo con el siguiente texto: "el demandante fue llamado por el Ayuntamiento para prestar servicios a partir del 1 de Agosto, presentando con fecha 29 de julio de 2013 una renuncia a dicho llamamiento".

Cita como aval probatorio el documento unido al folio 148 que consiste en la Resolución de fecha 7 de agosto de 2013, cuyo antecedente segundo recoge la afirmación en el último párrafo.

A diferencia de los intentos revisores precedentes, el actor cuestiona la adición solicitada. El documento invocado por el recurrente carece de eficacia para acreditar la certeza del dato afirmado, pues sobre este extremo su valor es sólo el de una manifestación de parte. No hay constancia documental del llamamiento que el Ayuntamiento afirma haber realizado, ni de la renuncia presentada por el actor, por lo que la petición debe desestimarse.

TERCERO.- Con amparo en lo dispuesto en el Art. 193 c) del mismo Texto Procesal formula la representación letrada del Ayuntamiento de Gijón un segundo motivo que desarrolla en tres apartados. En primer lugar denuncia infracción de lo previsto en el artículo 9.4 y 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial y artículo 1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del tribunal Supremo que consta en unificación de doctrina en sentencias 20 de octubre de 1998 [RJ 1998/9.991], y 12 de julio de 2002 [RJ/2002/9.332].

Mantiene, pues, la incompetencia de este orden jurisdiccional como ya lo había hecho en contestación a la demanda.

Según alega: 1º. La antigua relación laboral que hubo entre el actor y el Ayuntamiento se extinguió en 2011 cuanto tras la sentencia del Juzgado de lo Social declarativa de la improcedencia del despido de aquél, el Ayuntamiento optó por la indemnización. 2º. Después ya no hubo relación laboral, sino que en 2012 se estableció un vínculo de funcionario interino, que el trabajador no impugnó. Aunque la convocatoria pública de las plazas de funcionario interino se declaró irregular por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, los efectos del pronunciamiento solo comenzaron con la firmeza de la sentencia en octubre de 2013 y no pueden afectar al nombramiento del actor como funcionario interino. Este nombramiento "y los servicios prestados en tal condición en la temporada de baños 2012, son determinantes no solo de la ausencia de acción por despido, sino igualmente de la incompetencia de la jurisdicción social, por cuanto el fallo entrando en el fondo, determina que existe relación laboral en el año 2012, y lo hace sobre la base o existencia de un nombramiento funcional, privando de efectos jurídicos al mismo, anulando de iure el nombramiento como funcionario interino llevado a cabo por Resolución de 14 de junio de 2012 (...), cuando esa resolución administrativa es un acto administrativo consentido y firme, válido y eficaz, pues no fue ni impugnado por el interesado en su momento, ni anulado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo de 2013 (...). 3º. " (...) a la fecha de presentación de la demanda el interesado tiene la condición formal de funcionario interino (en 2013 comparece al llamamiento y renuncia a la incorporación, pero en 2012 si prestó servicios como funcionario interino)". La jurisprudencia señala "que la competencia para decidir sobre la naturaleza jurídica de la relación de quienes tenían en el momento de la demanda la condición formal de funcionarios interinos es la jurisdicción contencioso administrativa". Y la jurisprudencia también señala



que "las presunta irregularidades en que incurran los nombramientos y sus efectos escapan igualmente del conocimiento de la jurisdicción social".

Son alegaciones similares a las examinadas en la sentencia de esta Sala de lo Social de fecha 9 de mayo de 2014 (Rec. 727/2014) y al igual que en este asunto deben desestimarse. El actor demanda por despido sobre la base de afirmar la existencia de una relación laboral fija discontinua para prestar servicios como socorrista, que justifica el deber incumplido por la demandada de llamarle en la temporada de baños del año 2013. La afirmación del trabajador delimita el asunto como un conflicto derivado del contrato de trabajo y por consiguiente de incuestionable conocimiento por los tribunales de lo social [Art. 9.5 de la LOPJ y 2 a) de la LJS]. Ahora bien, en los supuestos en que la denuncia del trabajador por la naturaleza laboral de su vínculo se realiza cuando la prestación de servicios discutida ha adoptado la forma de un contrato o una relación administrativos la jurisprudencia social ha sentado los criterios que recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de octubre de 2011 (Rec. 4.340/2010):

(...) la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, debido a la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, y, ante ello, el Art. 3 a) del ET ha permitido interpretar que el criterio diferenciador ese halla en la normativa reguladora de la relación, y no en la naturaleza del servicio prestado. Pero, para ello, se hace preciso que el bloque normativo que rige la relación entre las partes, con destrucción de la presunción de laboralidad establecida en el Art. 8.1 ET , implique una evidente exclusión del orden social.

De ahí que haya de admitirse la competencia cuando se aprecia la irregularidad de la contratación, pues las Administraciones públicas no están exentas de la posibilidad de actuar como empleadores sometidas a la legislación laboral y no pueden, por la vía de tales irregularidades, eludir las disposiciones de ese marco normativo.

En este sentido, en las STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 2.774) (rcud. 4.282/2006) y 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7.382) (rcud. 614/2007), si bien para un caso en que se trataba de analizar la legalidad de la contratación administrativa para servicios específicos, se entendió que, pese la contratación efectuada bajo la formalidad administrativa, el contenido de la relación era propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el Art. 1.1 del ET .

En el caso presente, la aplicación de estos criterios conduce con claridad a afirmar la competencia de la Jurisdicción social. En el año 2013 entre el actor y el Ayuntamiento no hay relación funcional alguna y en este sentido las contradictorias manifestaciones de la demandada no impiden apreciar a primera vista que el nombramiento de funcionario interino fue para la temporada de baños 2012 y finalizó una vez cumplida ésta (hecho probado quinto), circunstancia que explica la publicación en 2013 de una convocatoria para este ultimo año a la que no se apuntó el actor. Más aún, ni la hubo, ni el recurrente defiende realmente su existencia sino que los efectos del nombramiento como funcionario interino de 2012 cierran el paso a la competencia de los tribunales de lo social, que constituye una cuestión bien distinta.

Una segunda circunstancia, conectada con la anterior, avala la asunción del asunto por los tribunales de lo social. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo declaró irregular la convocatoria de 2012 pronunciándose contra la posibilidad de utilizar el vínculo de funcionario interino para cubrir las plazas de socorrista. El Juzgado de lo Social puede servirse de esta declaración judicial para, en línea con la jurisprudencia mencionada, apreciar que la defensa del carácter funcional de la relación, por lo demás inexistente en 2013, resulta un argumento inconsistente para sustentar la incompetencia de la jurisdicción social. Incluso ya antes, el nombramiento de los socorristas como funcionarios interinos había sido objeto de análisis en esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que en la sentencia de 16 de diciembre de 2011 (Rec. 2.732/2011) teniendo presente el Art. 10 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Pública donde se regula ese tipo de relación funcional, consideró que la pretendida mutación de la relación de laboral a administrativa al cobijo de esa norma constituye un fraude de ley.

El análisis de los efectos del nombramiento del actor en 2012 como funcionario interino, pertenece a una fase del análisis posterior a la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer de lo sucedido en 2013 y es objeto del siguiente motivo de recurso, aunque puede adelantarse que la solución diverge de la apuntada por el recurrente.

CUARTO.- En el segundo motivo de censura jurídica, el Ayuntamiento denuncia la infracción del Art. 9.3 de la Constitución Española , los Arts. 56 y 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en relación con los Arts. 72.2 y 73 de la LJCA , así como el Art. 1.3 del ET , en relación con los Arts. 1 y 2 a) de la LJS.



El recurrente dedica este motivo a defender que la situación jurídica del actor en 2012 como funcionario interino no resulta afectada por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo de 2013 , confirmada el 28 de octubre de 2013 , que anuló la base primera de la convocatoria de 2012. De acuerdo con el régimen previsto en la LJCA sobre los efectos de la anulación de una disposición o acto administrativo, "el nombramiento [del actor] es válido y eficaz y ha producido efectos jurídicos en virtud precisamente del <<principio de conservación de los actos administrativos>> derivado de lo dispuesto en los Arts. 56 y 57.1 de la LRJPAC". Añade que el demandante no se presentó al llamamiento efectuado en 2013. E insiste en que la antigua relación laboral del actor se extinguió antes del nombramiento en 2012 como funcionario interino y no puede revivir.

Las alegaciones del recurso distorsionan el adecuado enfoque del asunto. Una vez aclarada la competencia de los tribunales de lo social, el objeto del proceso no es determinar si procede o no la anulación del nombramiento del actor como funcionario interino para prestar servicios en la temporada de 2012 como socorrista. Con este objeto procesal serían de aplicación las normas administrativas y contencioso administrativas citadas por el recurrente, pero estas no amparan que ante un objeto distinto el Ayuntamiento se beneficie de una contratación fundada en una convocatoria anulada, que de haberse impugnado hubiera merecido la calificación de ilegal y en fraude de ley.

La discusión en el actual proceso laboral se refiere a la temporada de 2013 y versa sobre si el demandante debió o no ser llamado por el Ayuntamiento demandado para prestar servicios en ella. Queda descartado que haya efectuado el llamamiento y el actor lo desatendiera. Para resolver esta pretensión puede y debe integrarse en el campo de estudio las características generales de la prestación de servicio desarrollada por los socorristas y las particulares de la realizada por el actor, que llevan a la conclusión de corresponder a una relación laboral fija discontinua; así se ha declarado judicialmente en el caso de otros socorristas y se reconoció de forma específica para el demandante en la sentencia del Juzgado de lo Social de fecha 21 de febrero de 2011 (hecho probado tercero) por una prestación de servicios semejante de la que realizó en el año 2012 y de la que se vio privado de efectuar en 2013 al no ser llamado por el Ayuntamiento de Gijón. La extinción de esa primera relación indefinida discontinua, provocada por la decisión empresarial de indemnizar al demandante en cumplimiento de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2011 que declaró la improcedencia de su despido (hecho probado cuarto), no impide apreciar que la iniciada en la temporada de 2012 presenta los mismos caracteres de la anterior.

En el momento de calificar la situación del actor al comienzo de la temporada de 2013, la prestación de servicios realizada en 2012 sólo puede valorarse como una relación laboral indefinida discontinua, sin que su aparente cobertura bajo un nombramiento de funcionario interino sea justificación para evitar esa calificación, a efectos del análisis referido a 2013, pues caso contrario se consentiría la actuación en fraude de ley vulnerando la regla básica del Art. 6.4 del Código Civil que conmina a la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir con el acto fraudulento. La consecuencia es que al comienzo de la temporada de 2013 el Ayuntamiento demandado debió llamar al actor (Art. 15.8 del ET) y la decisión de no hacerlo constituyó un despido, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse.

QUINTO.- En tercer lugar el Ayuntamiento discrepa de las consecuencias jurídicas del despido improcedente declaradas por el Juzgado y denuncia la infracción del Art.49.1 k) y 56.1 del ET , en relación con el Art.110.1 de la LJS. Alega que se le deniega indebidamente el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización, así como que para el cálculo de esta última no se pueden incluir los periodos de servicio anteriores al 2012.

Ahora bien, previa a esta cuestión es la de resolver sobre el recurso interpuesto por el trabajador, que, al amparo del Art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , formula un único motivo para que sea examinado el derecho aplicado en la sentencia recurrida, denunciando en primer lugar infracción por violación del Art. 14 de la Constitución , en relación con el Art. 15.8 del Estatuto de los Trabajadores , sobre cuya infracción va a pretender la declaración de nulidad del despido.

Con carácter subsidiario mantiene infracción del Art. 110.1 b) de la LRJS por entender que, a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, debe tenerse en cuenta el periodo transcurrido entre el 1 de junio de 2013, fecha en que se produjo el despido y la comunicación de la Sentencia hoy recurrida (7 de enero de 2014) , o en su defecto el 30 de septiembre de 2013 , fecha de finalización del servicio de salvamento y socorrismo en esa temporada.

Debe señalarse la contradicción en la que incurre el demandante al solicitar en el escrito de impugnación del recurso de la parte contraria la confirmación de la Sentencia, lo contrario de lo que pretende en el recurso que formula.

El recurso es similar al planteado por otro trabajador socorrista y resuelto en la sentencia de esta Sala de lo Social de fecha 30 de mayo de 2014 (Rec. 979/2014). La decisión adoptada entonces debe reiterarse con



las adaptaciones imprescindibles ante la alegación del Ayuntamiento de haber procedido infructuosamente al llamamiento del actor.

SEXTO.- La Sentencia recurrida aborda la alegación de vulneración de derechos fundamentales indicando que la misma es denunciada en la demanda como afectando al derecho a la igualdad y no discriminación, "en la medida en la que algún o algunos de los trabajadores que habían obtenido el reconocimiento de su relación indefinida discontinua sí fueron llamados a desempeñar labores de socorrismo durante la temporada de 2013. Por su parte el Ministerio Fiscal argumentó que el derecho fundamental vulnerado era el de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad".

Se resuelve por el Juzgado afirmando, respecto del primer punto, que ningún indicio se aporta más allá de que consta que dos trabajadores declarados indefinidos discontinuos como el demandante fueron llamados en marzo y abril de 2013 sin dar más detalle de tales llamamientos. Sobre el derecho a la indemnidad dice que no existe indicio alguno de que en el actuar municipal exista una voluntad de represaliar a los trabajadores no llamados con motivo del ejercicio de acciones judiciales en el pasado. Concluye que la gestión puede ser más o menos acertada, pero nada indica que en la misma exista un ánimo de tal género.

Pero la cuestión no parece estar resuelta con tales afirmaciones. En el escrito de impugnación del recurso se afirma que "han sido llamados los trabajadores que tienen la relación laboral vigente, y convocados <<públicamente>> al igual que el resto de aspirantes quienes vieron extinguida su relación con anterioridad y decidieron participar en las pruebas selectivas para funcionarios". Y seguidamente se menciona que la situación del actor es distinta pues "formando parte de la Bolsa de 2013, no atiende al llamamiento para prestar servicios en agosto de ese mismo año". Pero no hay constancia alguna de esa aludida renuncia del actor a un llamamiento, ni siquiera que éste se haya realizado; por el contrario resulta que el demandante, al igual que otro compañero pidió ser llamado como trabajador indefinido discontinuo y lo hizo cuando había recaído la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (de 27-3-13), que declara que la convocatoria de 2012 para cubrir esos puestos como funcionario es nula por ilegal. El hecho de llamar a quienes se habían presentado a las pruebas en 2013 y no a quien mantenía con fundamento el derecho a ser llamado por su relación de carácter laboral parece indicio suficiente de que la no atención de su solicitud tiene su origen en la defensa y sostén de un derecho a ser trabajador y no funcionario.

Ahora bien, este aspecto de la cuestión pertenece en principio, al derecho a la indemnidad, que fue alegado en la instancia por el Ministerio Fiscal, pero que no mantiene en vía de recurso, en el que se limita a interesar la confirmación de la Sentencia.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación que invoca la representación del actor, en el presente caso está unido al anterior por lo siguiente: de la impugnación de recurso del actor por la representación letrada del Ayuntamiento (párrafos 2º y 3º de la primera alegación) se desprende que las diferencias que motivan el distinto trato del actor con respecto a los dos compañeros que menciona como referencia de desigualdad son, por un parte, que mientras el demandante había obtenido Sentencia que declaraba el despido improcedente, los otros dos tenían declaración de nulidad y que por ello aquél tenía el contrato extinguido y los otros suspendido. Pero, por otra parte, como se indicó antes, se añade que el llamamiento para 2013 se produce tanto para los que tenían el contrato suspendido como para los que lo tenían extinguido y se habían presentado a las repetidas pruebas para funcionario interino.

Desde luego, ninguna trascendencia tiene el dato de sentencia de despido improcedente o nulo, pues ello había ocurrido antes de la temporada 2012 en que prestaron servicios unos y otros, servicios que, según las sentencias del orden contencioso ya no podían ser más que laborales indefinidos discontinuos. Pero es que, según la propia afirmación a la que nos referimos, contenida en el escrito de impugnación que presenta el Ayuntamiento al recurso del actor, fueron llamados tanto los que designa como de contrato extinguido como suspendido siempre que se hubieran presentado a las pruebas de esa convocatoria para ocupar plaza de funcionario interino. Es decir, la diferencia de trato se produce solamente por no haber participado en las repetidas pruebas, por no haber acatado un procedimiento que trataba de alterar ilegalmente su condición de trabajador.

Observamos, pues, que no se trata meramente de un acto de represalia individual por haber reclamado la fijeza, sino por no acatar ese intento de la empresa de convertir al demandante (y todos) en funcionarios interinos, procedimiento declarado ilegal por Sentencia del Juzgado Contencioso antes de reclamar el accionante ser llamado en su condición de trabajador, y confirmada por la Sala antes de recaer la Sentencia de instancia. O sea, la represalia se manifiesta en esta comparación: ante igual situación se llama a trabajar a quienes aceptaron participar en el procedimiento ilegal y no a quien mantiene su derecho sin participar en tales pruebas.

Podría alegarse que cuando esta defensa del actor se ejercita (ser llamado en su condición de trabajador, rechazando el procedimiento para ser contratado como funcionario interino) la Sentencia del Juzgado de lo



Contencioso no había adquirido firmeza, pues había sido recurrida por el Ayuntamiento. Pero la contundencia de los argumentos contenidos en dicha Resolución era tal que el recurso no podía tener otro objetivo que el de prolongar la situación, pues la Sala repite tales argumentos al confirmar, esto es, que la pretensión de contratar como funcionarios interinos para puestos nunca desempeñados por funcionarios sino por trabajadores, carecía del más mínimo fundamento.

Ello determina la declaración de nulidad del despido por aplicación del Art. 55.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya que se vulnera el derecho 14 de la Constitución Española .

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso del actor, quedando sin objeto el siguiente motivo que articula el mismo, referido al cálculo de la indemnización.

SEPTIMO.- Por la representación del Ayuntamiento demandado se formula, con carácter subsidiario y para el caso de ser desestimada su pretensión sobre la incompetencia de jurisdicción y de que fuera confirmada la improcedencia del despido, otro motivo en derecho, esto es, al amparo del Art. 193 c) del Texto Procesal, en el que denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 49.1 apartado K) y 56.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el Art. 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Combate en primer lugar la decisión del Juzgador de resolver sobre la indemnización en vez de conceder al ente empresarial la opción entre ésta y la readmisión. Si se confirmase la improcedencia resulta clara la infracción, pues el hecho de haberse agotado la temporada no determina la imposibilidad de cumplimiento de la readmisión, sino que, como corresponde a un contrato de trabajo discontinuo, la misma se aplaza al comienzo de la siguiente.

No obstante, la declaración de nulidad que se acoge en el presente recurso deja sin efecto la opción.

En cuanto al segundo punto, esto es, la antigüedad del actor, también resulta intrascendente a los efectos de la obligación de readmitir, si bien se deja constancia, como ya se resolvió en RSU 727/2014, de que una vez extinguida la relación por haber optado la empresa por la indemnización en autos sobre despido improcedente, la fecha de la antigüedad ante la nueva relación iniciada es la de la última contratación, en este caso, la de la temporada 2012.

Por lo expuesto, se desestima el recurso del Ayuntamiento, confirmando la competencia de este orden jurisdiccional para conocer del asunto y se estima el del trabajador declarando la nulidad del despido del que fue objeto el trabajador.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN y estimando el del actor, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno de Gijón, recaída en autos 549/2013, declaramos la nulidad del despido del que fue objeto el trabajador, condenando al Ayuntamiento citado a que le readmita en su puesto de trabajo (relación fija discontinua) y le abone los salarios dejados de percibir durante la temporada que no pudo prestar servicios.

Medios de impugnación

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.

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración



General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el Art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición.

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.

VOTO PARTICULAR

que formula a la sentencia la Magistrada Ilma. Sra. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1120/14 para sostener la posición mantenida en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas, favorables a estimar la incompetencia de la Jurisdicción social para el conocimiento del asunto:

La pretensión actora se sustenta en la pretendida naturaleza laboral -fija o indefinida discontinua- de la relación entre las partes. Olvida, sin embargo, que el último vínculo que les ligó fue funcionarial.

La declaración postulada se fundamenta en la irregularidad de esta última relación tras la Sentencia dictada por el Orden de la Jurisdicción Contencioso Administrativa referida en el ordinal fáctico Cuarto de la Resolución de instancia, que anula, por no ser conforme a derecho, la base primera de la convocatoria para la selección temporal del equipo de salvamento de playas del Concejo de Gijón para la temporada 2012. Se dice en la sentencia que tras esa anulación no puede ser correcto el llamamiento en 2012 para cubrir tales plazas con personal interino y que por tanto el régimen de prestación de servicio de los llamados en virtud de dicha convocatoria deviene laboral.

No puedo compartir tal conclusión pues es lo cierto que no hay constancia de que el Ayuntamiento demandado haya revocado en momento alguno los actos administrativos derivados de la convocatoria parcialmente anulada, bien porque no se instó, por quién podía hacerlo, la ejecución de aquélla, bien por cualquier otra razón. No se puede desconocer la conformación real de los hechos, ni llevar a cabo algo que, en su caso, debiera formar parte de tal ejecución, como dejar sin efecto o revocar los actos derivados de la convocatoria, en particular el nombramiento del demandante de funcionario interino, de ahí que en el mundo real y jurídico su prestación de servicios permanece en el marco de una relación funcionarial.

Llegados a este punto razona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de Abril de 1997 que la pretensión deducida, objeto de litigio, cualquiera que sea la forma en que se haya planteado, es, en realidad, una pretensión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues lo que subyace a la petición explícitamente deducida es la impugnación de una decisión de la Administración: el nombramiento como funcionario interino. Es ésta la verdadera pretensión ejercitada, y tal pretensión, en cuanto impugnatoria de un acto de la Administración no puede ser conocida por la Jurisdicción Social. Dicen las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 20 Abril 1992 y 27 Febrero 1996 que «cuando se deduce la pretensión que da origen a la litis, la relación existente "inter partes" es la que media entre la Administración y sus funcionarios, bien que éstos sean interinos, y toda relación funcionarial -en la que la Administración actúa como sujeto de Derecho Público- se interesa típica y exclusivamente en el ámbito jurídico-administrativo, que es el marco propio y único en que la misma ha de desarrollarse», por lo que «toda la problemática que pueda surgir en torno a tal principio de relación sólo puede ser conocida y resuelta por los órganos judiciales pertenecientes al orden Jurisdicción Contencioso-Administrativo».

En la misma línea incide la Sentencia del reiterado Alto Tribunal de 12 de Julio de 2002 al precisar que "el orden social de la jurisdicción carece de competencia para conocer pretensiones como la que aquí se deduce porque en realidad se trata de decidir sobre la validez de la relación funcionarial -única ahora formalizada- lo que corresponde al orden contencioso-administrativo, como se desprende de lo prevenido por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Aún cuando así no se entendiera cabe precisar, de un lado que la mera anulación de la base de la convocatoria antes indicada en Sentencia dictada el 27 de Marzo de 2013, que no adquirió firmeza hasta el 28 de Octubre del mismo año (folios 112 a 114), no determina sin más que la naturaleza de los servicios prestados por el recurrente entre el 1 de Junio y el 2 de Octubre de 2012, en el marco de un nombramiento como funcionario interino, se transforme automáticamente en laboral generando una relación indefinida discontinua que perviva



en el año 2013, frente a la nueva convocatoria realizada para funcionarios interinos. En cualquier caso, la licitud de esta actuación municipal habrá de ser juzgada por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, considero que debió estimarse el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón y con revocación de la sentencia de instancia, procedía declarar la incompetencia del orden jurisdiccional de lo social para el conocimiento del asunto.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ