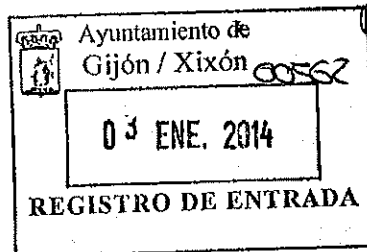




ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. DE LO SOCIAL N.º 1 GIJÓN

SENTENCIA: 00495/2013
Nº AUTOS: 0000549/2013



A.R. 03 1.0112014

Vistos por mí, D. Fernando Ruiz Llorente, titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, los presentes autos sobre **Despido con alegación de vulneración de Derechos Fundamentales**, seguidos bajo el número 549 del año dos mil trece, a instancias de D. ^{LOPD}, representado y defendido por el letrado D. ^{LOPD} contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, representado y defendido por D. ^{LOPD}, con intervención del Ministerio Fiscal, representado por ^{LOPD}, he dictado la siguiente

SENTENCIA

En Gijón, a veintitrés de diciembre de dos mil trece

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 1 de julio de 2013 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Gijón demanda presentada por D. ^{LOPD}, que fue turnada a este Juzgado el día 2 del mismo mes.

Segundo.- En la demanda, dirigida contra el empresario ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, se reclamaba que fuera declarada la nulidad del despido con efectos al 1 de junio de 2013, por entender que el mismo respondía a una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y, subsidiariamente, la improcedencia del mismo.

Tercero.- Por decreto de 20 de septiembre de 2013 se admitió a trámite la demanda, señalándose para el acto de conciliación y juicio la audiencia del 25 de septiembre de 2013, que hubo de ser pospuesta al 27 de noviembre.

Cuarto.- El día señalado tuvo lugar la vista del juicio, con el resultado obrante en autos. Tras la práctica de la prueba y una vez que las partes formularon oralmente conclusiones se declararon los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Primero.- El demandante, D. ^{LOPD}, con DNI nº ^{LOPD} mayor de edad, prestó servicios para ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- obra con la categoría profesional de SOCORRISA ACUÁTICO. 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 ACUÁTICO. 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 ACUÁTICO.
- 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 ACUÁTICO. 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 ACUÁTICO. El actor cesó el 30 de septiembre de 2010.

Segundo.- Por resolución de 19 de mayo de 2011 se declaró al trabajador D. LOPD 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.

Tercero.- 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, dicada en autos 794/2010.

Cuarto.- 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.

Quinto.- 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 lancharo 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.

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

Séptimo.- 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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

interinos, determinando el orden de clasificación y la incorporación al servicio según las necesidades del mismo.

Octavo.- 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.

Noveno.- Recurrída 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.

Décimo.- 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. LOPD que había obtenido la calificación de trabajador indefinido discontinuo.

Undécimo.- El trabajador D. LOPD 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.

Duodécimo.- 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.

Decimotercero.- 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Planteamiento de la cuestión.

Solicita el demandante que se declare la nulidad del despido del que entiende ha sido objeto con efectos al 1 de junio de 2013, al no haber sido llamado para prestar servicios, como trabajador indefinido discontinuo, durante la temporada de baños del año 2013. Argumenta que otros dos trabajadores, en la misma situación, sí han sido llamados y recuerda la circunstancia de que la primera base de la convocatoria de personal para el año 2012 fue anulada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón, por entender que no era ajustado a derecho proveer tales plazas con funcionarios interinos. Critica la gestión municipal por haber acudido al sistema de oposición para personal interino para el año 2013. Subsidiariamente, solicita la improcedencia del despido.

Se opone el Ayuntamiento de Gijón alegando dos motivos de oposición principal: que el actor carece de acción para combatir el despido, pues la situación de los dos trabajadores a los que se hace referencia en la demanda presentan una



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

situación completamente distinta, argumentando que si el actor entiende que el llamamiento no fue correcto en el año 2013 debería haber acudido a los recursos contenciosos que contra las decisiones administrativas cupieran. Por otro lado indica que la jurisdicción social no es la competente, en la medida en que decisión sobre cuál será la opción de llamamiento en la próxima temporada no ha sido tomada aún por la administración municipal sin que sea posible siquiera el conocimiento por la vía de la cuestión prejudicial.

El Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba solicita la estimación de la demanda y entiende conculcado el derecho judicial a la tutela judicial efectiva, reputando competente a la Jurisdicción Social.

Segundo.- Fuente de los hechos probados.

Los hechos declarados probados se deducen de la documental.

Tercero.- Orden jurisdiccional competente.

Debe ser desestimado tal motivo de oposición indicado por la Administración municipal. El orden jurisdiccional social es el competente y, para hacer esta afirmación debemos centrarnos en los motivos que determinaron la anulación de la primera de las bases de la convocatoria de 2012: en el fundamento de derecho primero de la sentencia de 27 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Gijón se recuerda que en el recurso contencioso presentado por el sindicato USIPA se interesaba que se declarara que la base primera de la convocatoria no era conforme a Derecho, *dado que la provisión de personal socorrista lancharo y auxiliar de playa no deviene de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia y las funciones a desarrollar por los mismos no son propias de funcionarios de carrera sino de personal laboral, por lo que no pueden ser nombrados como funcionarios interinos [...] que resulta procedente el régimen laboral de contratación para las referidas plazas.* Esto era, por lo tanto, lo que se interesaba en el recurso, que vino íntegramente estimado por la referida sentencia. Las razones esgrimidas en la sentencia son dos: (1) *que no existen [en] la RPT del Ayuntamiento de Gijón plazas a cubrir por funcionarios de socorrista y auxiliares de playa y (2) que no concurre el requisito de necesidad y urgencia que igualmente exige el art. 10 del EPEP en cuanto a la vigilancia de las playas de Gijón durante la temporada estival.*

Ahonda en tales razones la sentencia de la Sala que confirma la anterior, afirmando que *[e]n definitiva, no hallándose encuadrados los puestos que se trata de cubrir en la RPT y no siendo éstos atribuidos en la misma a personal funcionario, en modo alguno pueden ser cubiertos por funcionarios interinos.*

Esta anulación de la primera base de la convocatoria no tiene otra repercusión que la que pretende la parte actora: al no ser correcto el llamamiento en 2012 para cubrir tales plazas con personal funcionario interino, el régimen de prestación de servicios de los llamados en virtud de esa convocatoria deviene laboral. Y para los que, habiendo sido declarados personal indefinido discontinuo participaron en la convocatoria, ello equivalió al llamamiento anual al que venía obligada la demandada en virtud de la naturaleza indefinida discontinua de la relación.

Procede, tras asumir la competencia del orden social, examinar la cuestión relativa a si existió despido en la falta de llamamiento en la convocatoria de 2013.

Cuarto.- Vulneración de derechos fundamentales.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En la demanda se entiende vulnerado el 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.

La invocación de vulneración de derechos fundamentales presupone la aportación por parte del demandante de indicios de tal conculcación, desplazando al terreno de la demandada la carga probatoria de acreditar que no existió tal lesión al derecho fundamental. En el caso de autos entiende el juzgador que ningún indicio se aporta, más allá de que consta que dos trabajadores declarados indefinidos discontinuos fueron llamados en marzo y abril de 2013, respectivamente, sin dar más detalle de tales llamamientos. Ello no puede equivaler a una discriminación, máxime cuando han sido muchos más los trabajadores que no fueron llamados como personal indefinido discontinuo, lo que debe llevar a rechazar tal pretensión.

Tampoco 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. La gestión puede ser más o menos acertada pero nada indica que en la misma exista un ánimo de tal género.

Quinto.- Calificación del despido.

Subsidiariamente al pedimento de nulidad se solicita la declaración de improcedencia del despido.

Como ya se argumentaba en fundamentos precedentes, al tratar la competencia del orden jurisdiccional social, los trabajadores que fueron llamados en el año 2012 siendo su relación indefinida discontinua, aun cuando ingresaran al servicio como funcionarios interinos, hemos de entender que lo hicieron en virtud de una relación laboral y ello porque la naturaleza de las relaciones jurídicas no es la que nominalmente pueda establecer en determinado momento una de las partes, sino lo que resulta de la naturaleza de su desarrollo y desenvolvimiento. A ello ha de añadirse que los efectos de la sentencia que anuló la base de la convocatoria no son otros que la de que la relación en 2012 debe considerarse de naturaleza laboral.

Equivale ello a que, en 2012, no hubo una ruptura de la relación indefinido discontinua, por más que el trabajador demandante se sometiera a un proceso para ingresar como funcionario interino, sino que su prestación de servicios ha de equipararse al llamamiento al que venía obligado el Ayuntamiento en el año 2012. Al desatender dicho llamamiento en el año 2013, la administración municipal lleva a cabo un despido, pues el trabajador tenía derecho, por la naturaleza de su relación, a ser llamado en tal convocatoria.

La consecuencia de tal declaración es la de que el trabajador debe venir readmitido o indemnizado, con abono en el primer caso de los salarios de tramitación. Ahora bien, habida cuenta de que la temporada de baños de las playas del concejo ha finalizado, la readmisión deviene imposible, por lo que la empleadora deberá indemnizar al actor.

Sexto.- Para el cálculo de la indemnización hemos de calcular el tiempo efectivo de prestación de servicios por parte del actor, habida cuenta de su relación indefinido discontinua.

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, el trabajador prestó servicios un total de 473 días (teniendo en cuenta que en una



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

temporada prestó servicios a tiempo parcial), equivalentes a 1 año y 4 meses, prorrateados por meses los periodos de tiempo inferiores al año.

Como salario a efectos de indemnización tomaremos el postulado en la demanda, que no ha sido combatido por la parte demandada y que es el que el trabajador percibió en el año 2012

$$(1 + 4/12) \times 45 \times 55,49 = 3.329,40 \text{ euros}$$

Como quiera que hemos dicho que los servicios prestados en 2012 lo fueron en régimen laboral, éstos han de ser computados para calcular el tramo de la indemnización posterior a la entrada en vigor de la reforma precitada, siendo 80 días, equivalentes a 3 meses si prorrateamos por meses los periodos de tiempo inferiores al año:

$$3/12 \times 33 \times 55,49 = 457,79 \text{ euros}$$

Sumados ambos tramos arrojan un resultado de 3.787,19 euros

Séptimo.- Recursos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación

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

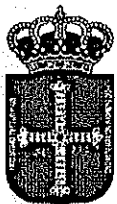
FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. ^{LOPD} LOPD contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, 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**.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de suplicación, para su resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquélla, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo. Para tramitar el recurso será preciso justificar la liquidación de la tasa correspondiente, requisito del que estarán exentos los trabajadores y los beneficiarios de la Seguridad Social.

Llévese el original de esta resolución al libro de Sentencias, dejando testimonio de la misma en los autos principales.

Así lo pronuncio y firmo, en nombre de S. M. el Rey y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Diligencia.- Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.