



Nº NOTIFICADO
7-4-14
Rollo 616/14 E

T. S. J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10
Tfno: 985 22 81 82
Fax: 985 20 06 59
NIG: 33024 44 4 2013 0002308
402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000616 /2014
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 582/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº
001 de GIJON

Recurrente/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON

Abogado/a: LOPD
Procurador/a:
Graduado/a Social:



Recurrido/s: LOPD
Abogado/a: LOPD
Procurador/a:
Graduado/a Social:

Sentencia nº 844/14

En OVIEDO, a veintiocho de Marzo de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D^a MARÍA ELADIA FELGUEROSO FERNÁNDEZ, Presidente, D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, D^a, PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS y D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

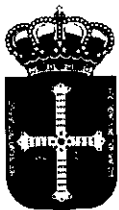
EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 616/2014, formalizado por el LETRADO DEL SERVICIO JURÍDICO DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra la sentencia número 496/2013 dictada por Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón en el procedimiento demanda 582/2013, seguidos a instancia de LOPD frente a AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- D. LOPD, presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 496/2013, de fecha veintitrés de Diciembre.

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

Primero.- El demandante D. LOPD, con DNI n° LOPD mayor de edad, prestó servicios para el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN durante la temporada estival de 2011, con la categoría profesional de socorrista, entre el 1 de mayo y el 30 de septiembre.

Segundo.- El actor prestó también servicios en la temporada 2012 entre el 1 de junio y el 2 de octubre, con la categoría profesional de socorrista.

Tercero.- En ambos casos la relación se formalizó, tras la superación de un proceso de selección, como relación de funcionario interino.

Cuarto.- Por sentencia de 27 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Gijón, dictada en los autos de procedimiento ab4revisado 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.

Quinto.- 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.

Sexto.- El 27 de mayo de 2013 el actor presentó reclamación previa solicitando que se reconociera su relación como laboral indefinida discontinua, desestimada por resolución del 6 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. LOPD contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, declarando que la relación que une a las partes es laboral, de carácter indefinido discontinua, con efectos al 1 de mayo de 2012, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el AYUNTAMIENTO DE GIJON formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social,



tuvieron los mismos entrada en esta en ella en fecha 12 de marzo de 2014.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de marzo 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.- Interpone la parte demandada recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia, parcialmente estimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda rectora del proceso, en el que interesa la revisión del relato fáctico de aquélla, con adecuado encaje en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y denuncia la infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, al amparo de la letra c) de dicho precepto; el recurso es impugnado de contrario.

Respecto de aquél primer motivo debe de recordarse que es doctrina consolidada, cuya reiteración excusa su pormenorizada cita, la que declara que para evitar que la discrecionalidad jurisdiccional se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia, éste debe de adecuarse a la observancia de determinados requisitos, a saber:

1º) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal ad quem a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

2º) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado a quo por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

3º) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia a quien corresponde, en el uso de las facultades a él conferidas en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, valorar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

4º) Finalmente la modificación postulada ha de tener trascendencia para llegar a alterar el fallo recurrido; de no ser así y aun cuando se aprecien los errores denunciados que pudieran propiciar la rectificación del relato fáctico, si los

mismos carecen de virtualidad al indicado fin no podrán ser acogidos.

Los presupuestos que anteceden no concurren en el caso analizado en la primera de las variaciones fácticas propuestas en el escrito de formalización, sustentada en los documentos que obran a los folios 93, 94, 95, 105 y 106 de las actuaciones, básicamente porque carece de toda incidencia en orden a propiciar la alteración del Fallo incorporar a la versión histórica de la Sentencia el hecho, además no controvertido, de la previa prestación de servicios del actor como socorrista por cuenta de la Entidad Local demandada en las temporadas de 1998, 1999 y 2000, visto que el suplico de la demanda se limita a petitionar el reconocimiento del carácter fijo o indefinido discontinuo de la relación laboral correspondiente a los años 2011 y/o 2012.

Contraria solución ha de merecer la segunda alteración fáctica interesada, amparada en los documentos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 102, 103 y 104 de la causa, medio probatorio al que el artículo 193 b) de la ya citada Ley Procesal otorga validez y eficacia al fin pretendido. Así las cosas al Hecho Probado Quinto de la Resolución impugnada ha de añadirse el siguiente contenido:

"En ambos casos la relación se formalizó tras la superación de un proceso de selección, como relación de funcionario interino, siendo los nombramientos efectuados por Resoluciones de 29 de abril de 2011 y 31 de mayo de 2012, firmando el interesado las actas de toma de posesión en las mismas fechas, y siendo acordado el cese en sendas Resoluciones de 26-9-2011 y 25-9-2012.

Asimismo en el año 2013 D. ^{LOPD} no solicita participar en el proceso selectivo para el equipo de Salvamento".

SEGUNDO.- En el apartado reservado a infracciones normativas denuncia primeramente el recurrente la vulneración de los preceptos 9.4 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo detalladas en el escrito de recurso.

La pretensión objeto de demanda se centra en un pronunciamiento declarativo del "carácter fijo-discontinuo de la relación laboral existente como socorrista desde el 1 de mayo de 2011, dentro del equipo de Vigilancia y Salvamento de las playas de Gijón y subsidiariamente... se declare la relación como indefinida discontinua desde la fecha establecida o en su defecto, y en ambos casos, desde el 1 de mayo de 2012". Tal pretensión se formula diferida a un momento en que la relación jurídica aparece, al menos formal y externamente, como de naturaleza funcional, bien que con carácter interino. La declaración postulada se fundamenta en la irregularidad de tal 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 demanda y razona el Magistrado a quo, 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.

La Sala no puede compartir tal conclusión pues es lo cierto que, pese a dicha Sentencia, 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 podemos 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".

TERCERO.- 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; y segundo, el hecho acreditado de que el demandante no solicitase en 2013 participar en el proceso selectivo para el equipo de salvamento ha de equipararse a la dimisión del trabajador como válida causa de extinción del vínculo laboral (artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores), ya que la misma "no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral" (Sentencia del tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1990).

CUARTO.- La favorable acogida del motivo suplicacional analizado y la consecuencia jurídica que de ello se deriva hace innecesario el examen de la segunda infracción normativa esgrimida en el recurso.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón en fecha 23 de Diciembre de 2013, en autos seguidos a instancia de D. ^{LOPD} frente a aquella Entidad Local en materia de reconocimiento de indefinidad de relación laboral, debemos declarar y declaramos la incompetencia del orden social de la jurisdiccional para conocer de las pretensiones deducidas en el presente litigio, anulando dicha Resolución y los pronunciamientos en ella acogidos así como todos los actos procesales posteriores a la presentación de la demanda ante dicho Órgano Judicial, haciendo saber a las partes que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones planteadas.

Condenando a la Entidad Local recurrente a abonar al letrado de la parte impugnante, en concepto de honorarios, la suma de 500 euros.

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.

