

NOTIFICADO
2-6-14

T. S. J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10
Tfno: 985 22 81 82
Fax: 985 20 06 59
NIG: 33044 34 4 2014 0103063
402250

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000979 /2014
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000547/2013 JDO. DE LO SOCIAL n°001 de GIJON

Recurrente/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON AYUNTAMIENTO DE GIJON,
LOPD

Abogado/a: LOPD , LOPD
LOPD

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

Abogado/a: LOPD , ,
LOPD

Sentencia n° 1198/14

En OVIEDO, a treinta de Mayo de dos mil catorce.

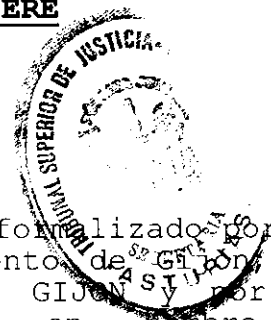
Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000979/2014, formalizado por el letrado del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Gijón, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE GIJON, por el letrado D. LOPD en nombre y representación de LOPD, contra la sentencia número 493/2013 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000547/2013, seguidos a instancia de ELOY ALONSO GARCIA frente a AYUNTAMIENTO DE GIJON, MINISTERIO



FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. LOPD presentó demanda contra AYUNTAMIENTO DE GIJON, MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 493/2013, 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. LOPD, con DNI nº LOPD, mayor de edad, prestó servicios para ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN en virtud de cuatro contratos de trabajo, para la realización de los servicios de socorrismo en las playas del Concejo de Gijón del 15 de junio al 16 de septiembre de 2007, del 1 de junio al 14 de septiembre de 2008 y 2009 y del 1 de junio al 15 de septiembre de 2010.

2º.- 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.

3º.- El demandante solicitó al Ayuntamiento el reconocimiento de que su relación era de naturaleza indefinida discontinua, estimándose tal pretensión por sentencia de 30 de junio de 2011.

4º.- Por sentencia de 30 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Social nº3 de Gijón, dictada en autos 541/2013 se estimó parcialmente la demanda del actor, declarando la improcedencia del despido del que fue objeto el actor con efectos al 1 de junio de 2011, condenando al Ayuntamiento a que readmitiera al demandante o le indemnizara en la cantidad de 3.111,38 euros, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 1 de junio hasta el 15 de septiembre de 2011, a razón de 63,79 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 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 diario, integrados todos los conceptos retributivos, de 55,49 euros.

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 nº1 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. LOPD, que había obtenido la calificación de trabajador indefinido discontinuo.

11º.- 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.

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. 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 3.361,01 euros."

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 28 de abril de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de Mayo 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 547/2013, 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 socorrismo 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 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 tercero en el sentido de precisar que la solicitud de reconocimiento de la condición de indefinido que finalizó con Sentencia de 30 de junio de 2011 se produjo en 2010. Invoca como documento que avalaría esa precisión la copia de la misma sentencia, que obra en autos, y concretamente el folio 83.

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

En segundo lugar pretende que al ordinal cuarto, que refiere la Sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de Gijón, de 30-9-11, se añada la siguiente expresión: "habiendo optado el Ayuntamiento por la indemnización y la extinción de

la relación laboral". Manifiesta que ese dato "se deriva de la propia demanda (hecho primero párrafo 7º- folio 3 de las actuaciones-), del punto primero de la petición de incorporación como personal laboral formulada el 27 de mayo de 2013 (folio 20 y 149 de las actuaciones), del hecho segundo y tercero de la reclamación previa (folio 23 y 150 actuaciones), y conformidad con los mismos en la vista del procedimiento.

Si bien en este caso señalan como documentos la propia demanda que habla de la mayoría de los trabajadores (hecho primero), la petición de incorporación como personal laboral (folios 20 y 149), así como la reclamación previa (folios 23 y 150), que hacen referencias también generales, en todos ellos se habla por el actor de haberse incorporado al trabajo en el verano de 2012. En todo caso, al impugnar el recurso no contradice la petición, limitándose a decir que esos datos son irrelevantes.

Debe admitirse por tanto la incorporación del texto expresado, como por la misma razón, debe incluirse en el relato de hechos el añadido que propone para el ordinal quinto en los siguientes términos: "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, con la categoría profesional de socorrista lanchero de 15 de junio (fecha de toma de posesión de la plaza) al 3 de septiembre, tras haber superado el proceso de selección para incorporarse a la bolsa de funcionarios interinos. 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 poya en los documentos que obran a los folios 153, 154 y 155, que corresponden a las actuaciones relatadas y, como queda dicho, no discutidos de contrario.

Finalmente interesa el añadido de un segundo párrafo al ordinal undécimo con el siguiente texto: "El 25 de febrero de 2013 D. LOPD solicita participar en la convocatoria de plazas de funcionario interino, no compareciendo al llamamiento efectuado para las pruebas re acceso".

Invoca los folios 167 y 168, correspondientes a la solicitud firmada por el actor, resultado de la selección y Resolución del Ayuntamiento sobre recursos de los socorristas. En todo caso la no oposición en este escrito de impugnación determina también la incorporación a los hechos probados.

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 1998/9991], y 12 de julio de 2002 [RJ/2002/9332].

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

Con fecha 9 de mayo corriente recayó Sentencia de esta Sala en cuestión igual en la que se resolvió idéntica alegación en estos términos: "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 31 de mayo 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" ya que "en 2013 no concurrió al llamamiento, 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 presuntas irregularidades en que incurran los nombramientos y sus efectos escapan igualmente del conocimiento de la jurisdicción social".

El motivo de recurso debe 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 último año a la que se apuntó el actor si bien luego no participó (hecho probado séptimo). 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 Públicas 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. 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 aclarara 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. 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 23 de septiembre 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.110.1b) 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.

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, pues nos encontramos con una aseveración sostenida en el escrito de impugnación del recurso que alude a la no presentación del actor a las pruebas (después de solicitar su participación) para la contratación como funcionario interino, presentación que si tuvo lugar por parte de los dos operarios que fueron llamados para la temporada de verano 2013. Esa no presentación y sí, en cambio, petición de ser llamados con trabajadores, se produce ya en el caso del actor cuando había recaído la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (de 27-3-13), que declara que la convocatoria para cubrir esos puestos como funcionario es nula por ilegal. El hecho de llamar a quienes se habían presentado a las pruebas y no a quien mantenía su 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 recursos, 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 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,

F A L L A M O S

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 547/2013, 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, en los

términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social 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.

Depósito para recurrir

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

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Están **exentos** de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y



RSU 979/14 A

las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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.

