

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO**

C/ SAN JUAN N° 10  
Tfno: 985 22 81 82  
Fax: 985 20 06 59  
**NIG:**  
402250

**TIPO Y N° DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 1757/2014  
**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA JDO. DE LO SOCIAL N° 4 DE  
GIJON, AUTOS N° 571/2013

**Recurrente/s:** AYUNTAMIENTO DE GIJON  
**Abogado/a:** LOPD

**Recurrido/s:** LOPD  
**Abogado/a:** LOPD

**SENTENCIA N° 2160/14**

En OVIEDO, a veinticuatro de Octubre 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 Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, 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 0001757/2014, formalizado por el Letrado D. LOPD, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GIJON, contra la sentencia número 154/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000571/2013, seguidos a instancia de LOPD frente al AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D<sup>a</sup> MARIA VIDAU ARGÜELLES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**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 154/2014, de fecha veintitrés de abril de dos mil catorce.

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

1º) El demandante prestó servicios para el Ayuntamiento de Gijón durante la temporada estival de 2012, entre el 15 de junio a 3 de septiembre de 2012, con la categoría de socorrista-lanchero formando parte del equipo de salvamento de las playas de Gijón en la temporada estival. La relación se formalizó bajo la modalidad de funcionario interino tras superar un proceso de selección en la modalidad de oposición de carácter público y libre. Dicha calificación se contenía en la base primera de la convocatoria.

2º) Con fecha 27 de marzo de 2013 en autos 136/2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de esta ciudad, anuló la base primera mencionada que establecía como forma de cobertura de las plazas de funcionarios interinos, por no ser conforme a derecho. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, con fecha 28 de octubre de 2013.

3º) Presentó el actor reclamación administrativa previa, siendo desestimada.

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

"Que estimando la demanda presentada por D. LOPD LOPD frente a AYUNTAMIENTO DE GIJON, declaro que la relación laboral que a las partes es de carácter indefinido discontinua con efectos el 15 de junio de 2012, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el AYUNTAMIENTO DE GIJON formalizándolo posteriormente. Tal recurso no 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 21 de julio de 2014.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 de setiembre 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 de instancia estimando la demanda deducida por el actor frente al Ayuntamiento de Gijón declaró la existencia de relación laboral entre las partes de carácter indefinido discontinuo y con efectos del 15 de junio de 2012. Dicha Sentencia es recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de Gijón, recurso que no ha sido impugnado de contrario, 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, siendo en concreto sus pretensiones las dos siguientes:

a- añadir un segundo párrafo al hecho probado primero con el siguiente texto que propone: "el nombramiento como funcionario interino fue por Resolución de 14 de junio de 2012, tomando el interesado posesión de la plaza el 15 de junio de 2012, y resolviéndose el cese por Resolución de 27 de agosto de 2012". Señala como documental que avala tal revisión las resoluciones de los folios 84 y 86, y la toma de posesión del folio 85.

b- adicionar un segundo párrafo al hecho probado segundo y con el siguiente texto que indica: "habiendo solicitado el interesado participar en el proceso selectivo para el Equipo de Salvamento del año 2013 del Ayuntamiento de Gijón, el mismo no se presenta a la realización de las pruebas de acceso". En apoyo de la misma señala la documental de los folios 92 (antecedente segundo de la resolución) y 104 de los autos.

En cuanto a la revisión que se solicita del primer hecho probado hay que decir que, resultando el nuevo texto que se pretende incorporar de la documental invocada, procede acceder a la misma. Igual estimación procede acordar con respecto al añadido que se postula para el hecho probado segundo, pues los documentos invocados en su apoyo (antecedente segundo de una resolución administrativa y solicitud de 25 de febrero de 2013 del actor de participación en ofertas de empleo temporal) sirven para acreditar, y toda vez que por la parte actora recurrida no se ha efectuado impugnación alguna al respecto, la certeza del dato afirmado por el Ayuntamiento recurrente de que efectuada la solicitud por el actor el mismo no se presentó a la realización de las pruebas selectivas.

**SEGUNDO.-** Ya con amparo procesal del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social formula la representación letrada del Ayuntamiento de Gijón un motivo de suplicación en el que, en primer lugar, denuncia la 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 del Tribunal Supremo que en unificación de doctrina en las sentencias 20 de octubre de 1998 y 12 de julio de 2002, sosteniendo la falta de acción y la incompetencia de este orden jurisdiccional social, alegando, en síntesis, que el nombramiento como funcionario interino en favor del demandante según resolución de 14 de junio de 2012 es un acto administrativo consentido y firme, que no fue impugnado por el

interesado en momento alguno ni anulado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo de 2013, estableciéndose entre las partes un vínculo de funcionario interino que el demandante no impugnó, y que 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 (al ser confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo), y por lo tanto un año después a los servicios prestados por el actor, y no puede afectar la misma al nombramiento del actor como funcionario interino, y que la competencia no es del orden jurisdiccional social para conocer de las controversias surgidas entre la Administración y los funcionarios interinos cuya relación queda sujeta al derecho administrativo, no convirtiéndose en laboral por más irregularidades que concurren, las cuales han de ser enjuiciadas por el orden contencioso-administrativo.

**TERCERO.-** Son hechos declarados probados que el actor presto servicios para el Ayuntamiento demandado como socorrista-lanchero en virtud de nombramiento de funcionario interino (tras superar un proceso de selección en la modalidad de oposición de carácter público y libre) en la temporada estival de 2012, entre el 15 de junio al 3 de septiembre de 2012 formando parte del Equipo de Salvamento de las Playas de Gijón, y que habiendo solicitado el mismo participar en el proceso selectivo para el Equipo de Salvamento del año 2013, no se presentó el mismo a las correspondientes pruebas selectivas. Así mismo es hecho probado que por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 27 de marzo de 2013, confirmada por la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de octubre de 2013, fue estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sección sindical de USIPA del Ayuntamiento de Gijón contra la resolución del Ayuntamiento 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.

Tal como invoca el recurso, esta Sala se ha pronunciado en casos esencialmente idénticos a este en las sentencias dictadas el 28 de marzo de 2014 en los recursos 616/2014 y 617/2014, y en la de 16 de mayo de 2014 dictada en el recurso 704/2014, que en la actualidad son firmes y a las que ha de estarse por razones de seguridad jurídica, y en las que se declara lo siguiente: "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 funcional.

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 funcional -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 funcional -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 ...), 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)".

Lo expuesto determina la favorable acogida del motivo de suplicación analizado y que la Sala haya de declarar la incompetencia de jurisdicción para conocer de la cuestión planteada, deviniendo innecesario el examen de la segunda de las infracciones normativas denunciadas.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### F A L L A M O S

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GIJON contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón en fecha 23 de abril de 2014 a instancias de D. <sup>LOPD</sup> frente a dicha Entidad Local en materia de Reconocimiento de Derechos, 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.

#### 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 apercebimientos 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. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

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.