



JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

AUTOS. 471/12

SENTENCIA: 00419/2012

En Gijón, a veintiuno de septiembre de 2012.

Doña Francisca Sabater Díez de Tejada, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número cuatro de Gijón, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º 471/2012, sobre **Despido** instado por D.^{LOPD}

^{LOPD} representado por el Letrado D.^{LOPD} Escudero frente a Ayuntamiento de Gijón, defendido por el Letrado D.^{LOPD}, teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2012 el arriba mencionado presentó demanda denunciando la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido del que había sido objeto. Citadas las partes para la celebración de la vista, comparecieron ambas. Se propusieron pruebas y fueron admitidas las declaradas pertinentes.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El demandante D.^{LOPD}, ha venido prestando sus servicios para el Ayuntamiento de Gijón, con la categoría profesional de Socorrista, realizando servicios de vigilancia y socorrismo en las playas del concejo de Gijón durante la temporada estival, dentro del ámbito del Convenio Colectivo para el Personal Laboral, Fundaciones y Patronato del Ayuntamiento de Gijón, tras superar una selección mediante el sistema de concurso-oposición, en virtud contratos de trabajo de obra o servicio determinado. Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón se dictó Sentencia firme de fecha 15 de noviembre de 2010 en los autos 482/10, que declara el carácter indefinido discontinuo de la relación laboral.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento articuló un proceso de selección para el año 2011 que considera a los nuevos socorristas y demás personal del servicio de salvamento y socorrismo en las playas del concejo de Gijón como funcionarios interinos. Tras someterse a las citadas





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 06526544277112054541 en <https://sedeelectronica.gijon.es>



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

pruebas y superarlas, el demandante es llamado como funcionario interino para ocupar la plaza de socorrista desde el uno de mayo de 2011. Tras convocar a una reunión al actor, el Ayuntamiento por resolución de fecha 19 de mayo de 2011 declara al actor en excedencia durante el tiempo que dure la situación que dio origen a la incompatibilidad, debiendo solicitar el reingreso al servicio activo una vez cese la relación de servicios que dio origen a la misma, en el plazo de un mes. Concluida la temporada de baños 2011, el actor no solicitó su reingreso, adquiriendo la condición de excedente voluntario por plazo de 2 años.

TERCERO. Nuevamente el ayuntamiento y para la temporada de baños 2012 articuló un proceso de selección que considera a los nuevos socorristas y demás personal del servicio de salvamento y socorrismo en las playas del concejo de Gijón como funcionarios interinos. El demandante se sometió a las citadas pruebas, sin obtener plaza.

No ha sido llamado al inicio de la temporada de baños 2012 para cubrir su plaza como indefinido discontinuo, por encontrarse en situación de excedencia voluntaria. Por el contrario, si fueron llamados otros trabajadores que no se encontraban en situación de excedencia y cuya relación laboral continuaba vigente.

CUARTO.- Presentada la preceptiva reclamación previa, ésta aun no ha obtenido respuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Relatados los hechos probados declarados anteriormente y extraídos de la documental obrante en las actuaciones, se impone como paso previo determinar si efectivamente la falta de llamamiento del aquí demandante para la temporada 2012 debe considerarse como un despido, esto es, si en dicha conducta se aprecia un ánimo extintivo. Debemos recordar aquí que la relación laboral indefinida discontinua tiene como característica la intermitencia en la prestación de servicios y la obligación del empleador de efectuar el llamamiento una vez comience la temporada. La falta de llamamiento tiene la consideración de despido siempre y cuando no se encuentre fundada en razones no imputables al empleador o por causa de fuerza mayor. Pues bien, en el presente caso la falta de llamamiento se ha debido a la situación de excedencia voluntaria en que el actor había sido declarado. Ciertamente es que la situación de excedencia voluntaria no fue elegida o solicitada de manera expresa por el aquí actor, sin embargo y como veremos, la ley permite la declaración de oficio en tal situación.

El hecho de presentarse a las pruebas selectivas como funcionario interino y haber obtenido plaza como tal, suponía una doble prestación de servicios en virtud de diversas relaciones



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 06526544277112054541 en <https://sedeelectronica.gijon.es>



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

laborales: mediante interinaje y mediante discontinua indefinida. Pues bien, la incompatibilidad que supone dicha situación es resuelta en el artículo 62.5 de la Ley 3/85 de 26 de diciembre de ordenación de la función pública de la Administración del Principado de Asturias, aplicable en virtud del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Gijón cuando dice que "procederá declarar a los funcionarios en situación de excedencia voluntaria cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas o pasen a prestar servicios en Organismos o Entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación". Por su parte, la ley de incompatibilidades del personal al servicio del sector público 53/1984 de 26 de diciembre y el reglamento que la desarrolla, preveen que deberá ser el empleado público quien informe al punto de celebrar el contrato de la situación de incompatibilidad que el afecta y el que al momento de la toma de posesión opte por una de las actividades incompatibles, siendo que si no procede a realizar la opción se presume que lo hace a favor del nuevo puesto, pasando a excedencia voluntaria en el anterior. El Ayuntamiento comunicó al demandante tal circunstancia, concediéndole la posibilidad de optar y advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo (folio 125). Pues bien, el actor no formuló opción expresa alguna, por lo que el Ayuntamiento y en aplicación de la ley, resolvió considerar al trabajador en excedencia, presumiendo su opción por el nuevo puesto como funcionario interino, en resolución de fecha 19 de mayo de 2011, debidamente notificada y no combatida. En la misma incluso y en beneficio del actor, se previó una excedencia (en lugar de la voluntaria legalmente procedente, como hemos visto) que le permitía reincorporarse a la relación indefinida discontinua una vez cesase la de interinaje en aplicación de lo establecido en el artículo 15 del Real Decreto 365/995 ("3. Los funcionarios podrán permanecer en esta situación (excedencia por prestación de servicios en el sector público) en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. Una vez producido el cese como funcionario de carrera o personal laboral fijo deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular). Resulta entonces automática la declaración de excedencia como voluntaria, tal como hemos visto, cuando no se solicita el reingreso una vez finalizada la actividad incompatible y en el plazo de un mes, solicitud que tampoco efectuó el aquí actor una vez finalizada la temporada de baños del año 2011. Y es que como hemos adelantado, la ley prevee la posibilidad de que la excedencia voluntaria cuya duración mínima es de dos años, pueda ser declarada de oficio en determinados supuestos, tal y como prevé el artículo 16 de Real decreto mencionado, siendo uno de tales los casos de desarrollo de actividades incompatibles en el sector público. Todo ello permite considerar la procedencia de la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La autenticidad de este documento puede ser comprobada mediante el CEV: 06526544277112054541 en <https://sedeelectronica.gijon.es>



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

situación de excedencia voluntaria en la que en la actualidad se encuentra el actor, situación que pudo haber evitado si no era de su interés, optando en un primer momento por la relación indefinida discontinua o posteriormente recurriendo en su caso la resolución que en situación de excedencia le situaba o en fin, procediendo a solicitar su reintegro una vez finalizado el interinaje para el año 2011. La conclusión no es otra que la no consideración de la falta de llamamiento de este año como una voluntad extintiva o de despido, si no consecuencia de la situación de excedencia en que el actor se encuentra, procediendo por ende la desestimación íntegra de la demanda.

Vistos los artículos citados, y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando la acción ejercitada en la demanda presentada por D. ^{LOPD}

^{LOPD} frente a Ayuntamiento de Gijón, debo absolver a éste de todos los pedimentos efectuados en su contra.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 2768/0000/65/0471/121, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social-Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- En Gijón a veinticuatro de septiembre de dos mil doce se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 266 de la LOPJ y 212 de la LEC. Doy fe.