

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**

Sentencia 1096/2015, de 5 de junio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 623/2015

**SUMARIO:**

**Delimitación de competencias entre el Orden Social y el Contencioso-Administrativo.** Trabajadora que presta servicios para un Ayuntamiento como socorrista cada campaña estival mediante su nombramiento como funcionaria interina. Anulación de las bases de la convocatoria por entender el Tribunal contencioso que no cabe la contratación bajo esa modalidad jurídico-administrativa. Pretensión de reconocimiento de la relación jurídico-laboral como indefinida discontinua ante la falta de llamamiento en la temporada subsiguiente a la referida anulación. Corresponde el conocimiento del asunto al Orden Social. La afirmación de la trabajadora de que ha sido despedida en base a la existencia de dicha relación laboral delimita el asunto como un conflicto derivado del contrato de trabajo y por consiguiente de incuestionable conocimiento por los Tribunales de dicho Orden. Ante la irregularidad de la contratación administrativa opera la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET, en concreto como fija discontinua, siendo calificada como despido la decisión de no llamar al trabajador. **Voto particular:** al no instarse la ejecución de la sentencia anulatoria de la convocatoria, referida a la forma de cobertura de las plazas con funcionarios interinos, la prestación de servicios permanece en el marco de la relación funcional. **Sala General.**

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 1.1 y .3 a), 8.1 y 15.8.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 2 a).

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 72.2 y 73.

**PONENTE:**

Doña Carmen Hilda González González.

Magistrados:

Doña CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ  
Don FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ  
Doña ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS  
Don JESUS MARIA MARTIN MORILLO  
Don JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ  
Don JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ  
Don LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN  
Doña MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ  
Dona MARIA VIDAU ARGÜELLES

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

OVIEDO

SENTENCIA: 01096/2015

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN N.º 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000623 /2015

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 535/2013 del JDO. DE LO SOCIAL n.º 3 de GIJÓN

Recurrente/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON, MINISTERIO FISCAL

Abogado/a: ANGEL MIGUEL JAIME GUTIERREZ FERNANDEZ

Procurador/a: CECILIA LÓPEZ-FANJUL ÁLVAREZ

Recurrido/s: Maite

Abogado/a: ROBERTO COSTALES ESCUDERO

Sentencia núm. 1096/2015

ILMOS. SRES.

D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup> CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup> PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS

D<sup>a</sup> MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN

D<sup>a</sup> MARÍA VIDAU ARGÜELLES

D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO

En OVIEDO, a cinco de junio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala General de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

### **SENTENCIA**

En el RECURSO DE SUPPLICACION 623/2015, formalizado por el Letrado D. Ángel Miguel Jaime Gutiérrez, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN y al cual se adhirió el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 3 de GIJÓN en el procedimiento DEMANDA 535/2013, seguido a instancia de D. D<sup>a</sup> Maite, representada por el Letrado D. Roberto Costales Escudero frente a la citada entidad recurrente, habiéndose designado como Magistrado-Ponente a la Ilma. Sra. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

D<sup>a</sup> Maite presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose turnado para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia de fecha veintiséis de diciembre de dos mil catorce .

**Segundo.**

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

1.º- Hasta la temporada de verano de 2010 incluida, el Ayuntamiento de Gijón prestó el servicio de vigilancia y salvamento en las playas con personal laboral.

En las temporadas de los años 2011 y 2012 aprobó las Bases para la selección de personal con el carácter de funcionarios interinos. Concurrió a cada uno de esos procesos Maite, que resultó nombrada funcionaria interina para prestar servicios desde el 1 de junio de 2012 como Socorrista Acuática, servicio que prestó hasta el 18 de septiembre de 2011. En el año 2012 resultó nombrada para el mismo servicio y con idéntica categoría profesional, y prestó el servicio los fines de semana y festivos durante el mes de mayo desde el día 1 de ese mes, y a partir de junio en jornada semanal de 35 horas, hasta el día 2 de octubre de ese año. Por ese periodo de 2012 recibió retribuciones salariales en importe bruto de 8.458,54 euros.

2.º- Para la temporada estival de 2013 el Ayuntamiento convocó la selección de una Bolsa de Empleo en la categoría de Socorristas, Lancheros y Auxiliares, con carácter de funcionarios interinos.

El 1 de marzo de 2013 Maite presentó la solicitud para participar en la oferta de empleo como aspirante a plaza de Socorrista Acuática.

El Ayuntamiento convocó de manera pública a los aspirantes a puestos de Socorristas y Lancheros para la realización de las pruebas físicas a efectuar los días 1 y 2 de abril, a los aspirantes a puestos de Auxiliares para la realización de las pruebas teóricas el día 10 de mayo. La Sra. Maite no se presentó.

3.º- La sección sindical de USIPA en el Ayuntamiento de Gijón promovió Procedimiento Abreviado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Gijón, que se tramitó con el n.º 136/2012, siendo demandados el Ayuntamiento y varios más, entre ellos Maite. En la demanda se solicitaba sentencia que declarase la nulidad de las Bases que regían la convocatoria de selección de Socorristas en régimen de funcionarios interinos durante la temporada 2012.

El 27 de marzo de 2013 recaía sentencia en la instancia que estimando el recurso contencioso administrativo anula 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.

Recurría en apelación el Ayuntamiento y la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPA dictaba sentencia el 24 de octubre de ese año desestimatoria del recurso.

4.º- El 27 de mayo de 2013 Maite presentaba en el Ayuntamiento de Gijón tres escritos: uno, para solicitar del Jefe de Relaciones Laborales del Ayuntamiento que tomara conocimiento de su plena disponibilidad para prestar servicios como Socorrista en aquella temporada estival, para que llevara a cabo el obligado llamamiento que correspondía a una relación laboral de carácter indefinido discontinuo, reincorporándole a 1 de junio de ese año en su puesto de trabajo de Socorrista; dos, reclamación previa en reconocimiento de derechos, en solicitud de que el Ayuntamiento le reconozca el carácter de indefinido discontinuo en la relación laboral existente como Socorrista desde el 1 de mayo de 2012, dentro del equipo de Vigilancia y Salvamento de playas de Gijón, con el consiguiente otorgamiento de los derechos y deberes del personal laboral fijo o indefinido; tres, reclamación administrativa previa por despido nulo, subsidiariamente improcedente, bajo el argumento de que en base a la sentencia dictada el 27 de marzo de ese año en el Procedimiento Abreviado n.º 136/2012 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, el Ayuntamiento había tenido y tenía la oportunidad de llevar a cabo el llamamiento de todos aquellos trabajadores que habían prestado servicio la temporada pasada, ante el deber de considerar que han de ser tratados exactamente igual que Valentín y Agustín, trabajadores del mismo centro de trabajo, contratados como personal laboral indefinido-discontinuo, y que habían sido llamados a reincorporarse a 1 de mayo de 2013, con el añadido de que había comunicado su plena disponibilidad a la reincorporación, sin que recibiera llamamiento al efecto, lo que interpretaba como constitutivo de despido, además nulo por infracción del derecho fundamental de igualdad ante la ley y del principio de seguridad jurídica dada la arbitrariedad con que actuaba la Administración.

El 7 de agosto de 2013 resolvía el Ayuntamiento de Gijón y desestimaba las pretensiones de la Sra. Maite en base a los que consideraba recursos extemporáneos, sobre estos argumentos:

1.º) Habiendo sido la relación última de la Sra. Maite con el Ayuntamiento de funcionaria interina, resultan erróneos los recursos presentados como reclamación previa, debiendo utilizar la parte el recurso potestativo de reposición.

2.º) La falta de firmeza de la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado n.º 136/2018 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo, que impedía resolver conforme a la misma.

3.º) La falta de pronunciamiento judicial en la sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo sobre el carácter laboral de la relación y la condición de relación indefinida, además del transcurso del plazo de caducidad del artículo 59.3 del ET .

5.º- El 18 de abril de 2013 el Ayuntamiento de Gijón llamaba por escrito a Valentín, el día 30 de marzo a Agustín, para que el 1 de mayo de ese año reanudaran la actividad laboral en el Servicio de Salvamento Acuático en las playas del Concejo, fecha en la que deberían incorporarse en calidad de personal laboral indefinido no fijo reconocido por sentencia judicial.

#### **Tercero.**

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

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Maite frente al AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, y debo declarar y declaro que la demandante fue objeto de un despido nulo en la temporada estival del año 2013 en el Servicio de Salvamento en las playas del Concejo de Gijón.

Que debo condenar y condeno al Ayuntamiento de Gijón a la readmisión de la trabajadora en la categoría de Socorrista Acuática y a que le abone los salarios que dejó de recibir por la temporada estival de 2013, a razón de 54,57 euros día en importe bruto.

#### **Cuarto.**

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, al cual se adhirió el MINISTERIO FISCAL, formalizándolo posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.

#### **Quinto.**

Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 20 de marzo de 2015.

#### **Sexto.**

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16 de abril de 2015 para los actos de votación y fallo, acordándose por resolución posterior de fecha 24 de abril de 2015 convocar a todos los Magistrados de la Sala para que, formando pleno, se proceda a la deliberación y votación el día 7 de mayo de 2015.

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 núm. Tres de Gijón, recaída en Autos 535/2013, declaró que la actora había sido objeto de despido nulo al no ser llamada en la temporada estival del año 2013 en el Servicio de Salvamento en las playas del Concejo de Gijón, condenando al Ayuntamiento demandado a readmitirla en la categoría de Socorrista Lancharo y a abonarle los salarios dejados de percibir.

Dicha Sentencia es recurrida por la representación del Ayuntamiento de Gijón, formulando un primer motivo de suplicación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que solicita la revisión de los hechos probados en tres apartados:

a) En primer lugar propone añadir al párrafo segundo del ordinal 1.º el siguiente texto: "En las temporadas de los años 2011 y 2012 aprobó las Bases para la selección de personal con carácter de funcionarios interinos. Concurrió a cada uno de esos procesos Maite, que resultó nombrada funcionaria interina por Resolución de la Concejalía Delegada de 31 de mayo de 2011 (toma de posesión de 31 de mayo de 2011), para prestar servicios desde el 1 de junio de 2012 como socorrista acuática, servicio que prestó hasta el 18 de septiembre de 2011, en que es cesada por Resolución de 13 de septiembre de 2011. En el año 2012 resultó nombrada para el mismo servicio y con idéntica categoría profesional por Resolución de 27 de abril de 2012, y prestó el servicio los fines de semana y festivos durante el mes de mayo desde el día 1 de ese mes, y a partir de junio en jornada semanal de 35 horas, hasta el día 2 de octubre de ese año, en que cesó, mediante Resolución de la Concejalía de 25 de septiembre de 2012. Por ese período de prestación de servicios recibió retribuciones salariales en importe bruto de 8.458,54 euros".

Para dicha modificación invoca los folios 154 a 159 (resoluciones de nombramiento, toma de posesión y cese como funcionaria interina).

b) A continuación solicita añadir un hecho probado sexto del siguiente tenor: "Por la sección sindical de USIPA se insta respectivamente la ejecución de las Sentencias de 27 de marzo de 2013 y 6 de noviembre de 2013 por las que se anulaban las Bases de la Convocatoria para la selección de funcionarios interinos en las temporadas 2012 y 2013, siendo dictados por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Gijón sendos Autos de 18 de junio y 1 de julio ambos de 2014 por los que se desestima la ejecución de sentencia instada al tratarse el acto recurrido de un acto general que tiene por destinatarios una pluralidad indeterminada de personas, que se consume por su simple cumplimiento y sin que se reconozca ninguna situación jurídica individualizada".

Señala como documentos los folios 178 y 180 (Autos del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Gijón).

c) Finalmente solicita incorporar un hecho probado séptimo que diga lo siguiente: "Por Resolución del Ayuntamiento de Gijón de 23 de abril de 2014 se procede al nombramiento de funcionarios interinos para la temporada de baños 2014, siendo presentada el 27 de junio de 2014 por el Sindicato USIPA demanda formulando recurso contencioso administrativo por entender que la misma no es conforme a derecho".

En este caso invoca los folios 177 y 181 a 193 que contienen los nombramientos.

Con independencia de que ello resulte o no trascendente, dada la naturaleza de los documentos invocados y la no oposición por quien impugna el recurso, deben ser incorporados los textos propuestos, ya que, con acierto o sin él, la parte recurrente considera que es fundamento de defensa de su posición.

## **Segundo.**

Con cita del artículo 193 c) del mismo Texto Procesal formula el Ayuntamiento un segundo motivo, con objeto de que sea examinado el derecho aplicado en la Sentencia recurrida.

Denuncia, en un primer apartado vulneración 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 jurisdiccional del Tribunal Supremo que consta en unificación de doctrina en Sentencias de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998/9991 ) y 12 de julio de 2002 (RJ/2002/9332), por sostener que la relación jurídica ha sido funcional y que, en consecuencia, la jurisdicción social no es competente.

La cuestión de la competencia del orden social ya fue resuelta por esta Sala en sentencias de 9 de mayo de 2014 (RS 727/2014 ), 30 de mayo de 2014 (RS 979/2014 ) y 27 de mayo de 2014 (RS 1120/2014 ), cuya solución es asumida hoy por la presente, adoptada en Sala General. Aunque en aquellos casos había existido antes del contrato administrativo como funcionario una relación laboral indefinida discontinua, en el que nos ocupa la relación comenzó en tal condición en 2011, lo cual se ocupa la recurrente de puntualizar.

Tal como decíamos en las sentencias mencionadas, el motivo de recurso debe desestimarse. La actora 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 de la trabajadora 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. 4340/2010 ):

(...) 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 se 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 del 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 empleadoras 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 SSTS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 2774) (rcud. 4282/2006 ) y 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7382) (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 a 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 la actora y el Ayuntamiento no hay relación funcional alguna, circunstancia que explica la publicación en 2013 de una convocatoria para este último año a la que se apuntó la actora si bien luego no participó (hecho probado segundo). 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. 2732/2011 ) teniendo presente el Art. 10 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público 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 de la actora en 2012 como funcionaria interina, 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.

### **Tercero.**

En un segundo apartado denuncia vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, artículos 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, en relación con los artículos 72.2 y artículo 73 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), así como artículo 1.3.a del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo (ET) en relación con los artículos 1 y 2.a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social (LJS).

A esta alegación también se respondió en las expresadas resoluciones de esta Sala en los siguientes términos:

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.

Las alegaciones del recurso distorsionan el adecuado enfoque del asunto. Una vez aclarada 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 pueden y deben 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.

Se concluye, pues, que en el momento de calificar la situación del actor al comienzo de la temporada de 2013, la prestación de servicios realizada en 2012 solo 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 debe desestimarse, y con ello el recurso, ya que el mismo se limitó al aspecto examinado.

En su virtud,

### FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Ayuntamiento de Gijón y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Maite contra la citada entidad, sobre despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Se condena al Ayuntamiento recurrente a abonar al Letrado de la parte impugnante (parte actora) en concepto de honorarios el importe de 600 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 tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Pásense las actuaciones a la Sra. Secretaria para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Ilmo. Sr. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la Sentencia de fecha 5 de junio de 2015, dictada en el Recurso de suplicación n.º 623/2015.*

Formulo voto particular a la Sentencia dictada en el recurso antes reseñado en el que, con total respeto, expreso mi discrepancia con el criterio asumido por la mayoría de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de suplicación, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación. Considero que no es el orden social de la jurisdicción y sí el contencioso administrativo el competente para conocer de las cuestiones planteadas y ello en base a los argumentos que a continuación se exponen.

Son datos fácticos, no controvertidos, a considerar:

1.º) Que por Resoluciones de los años 2011 y 2012 la Entidad Local demandada aprobó las bases de la convocatoria para la selección temporal de personal, con el carácter de funcionarios interinos, para el equipo de salvamento de playas del Concejo de Gijón para las temporadas estivales de aquellos años.

2.º) Que la demandante concurrió al proceso y resultó nombrada funcionaria interina para prestar servicios en aquél equipo con la categoría de socorrista acuática, habiendo desarrollado su cometido desde el 1 de Junio hasta el 18 de Septiembre de 2011 y el mes de Mayo de 2012 (fines de semana y festivos) y desde el 1 de Junio de 2012 hasta el 2 de Octubre del repetido año.

3.º) Que para la temporada estival de 2013 el Ayuntamiento convocó la selección de una Bolsa de Empleo en la categoría de socorristas, lancheros y auxiliares, con carácter de funcionarios interinos.

4.º) Que la accionante formuló el 1 de Marzo de 2013 solicitud para participar en la oferta de empleo como aspirante a plaza de socorrista. Tras ser convocada a la realización de las pruebas físicas, a celebrar los días 1 y 2 de Abril, aquella no compareció.

5.º) El 27 de Mayo presentaba tres escritos en el Ayuntamiento: uno para poner en conocimiento su plena disponibilidad para prestar servicios como socorrista en la temporada 2013, a fin de que se llevara a cabo el obligado llamamiento correspondiente a una relación laboral de carácter indefinido discontinuo; dos: reclamación previa a la vía judicial interesando el reconocimiento del carácter indefinido discontinuo de su relación laboral como socorrista desde el 1 de Mayo de 2012 dentro del equipo de Vigilancia y Salvamento de playas de Gijón; y tres: reclamación previa por despido argumentando que dado que en fecha 27 de Marzo de 2013 había recaído la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo detallada en el ordinal tercero de la Resolución recurrida, el Ayuntamiento había tenido y tenía la oportunidad de llevar a cabo el llamamiento de todos aquéllos que habían desarrollado el cometido profesional la temporada pasada contratándolos como trabajadores indefinidos discontinuos.

6.º) Que la precitada Sentencia anuló la base primera de la convocatoria referida en el precedente punto 1.º), "que establece como forma de cobertura de las plazas la de funcionarios interinos, por no ser la misma conforme a derecho".

7.º) Finalmente que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia firme en fecha 28 de Octubre de 2013 desestimando el recurso de apelación interpuesto contra aquélla Resolución de instancia.

La Sentencia objeto del presente recurso de suplicación sostiene, sustancialmente, que la prestación del servicio de socorrista por cuenta del Ayuntamiento durante el año 2012 como funcionario interino no es conforme a derecho por tratarse de una relación laboral indefinida discontinua; en consecuencia la falta de llamamiento al servicio en el período estival del ejercicio correspondiente a 2013 es constitutiva de despido.

No comparte el que suscribe tal razonamiento. No hay constancia de que hasta el mes de mayo de 2014 se haya instado la ejecución ni de la Sentencia recaída en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo en fecha 27 de Marzo de 2013, que se limita a anular la base primera de la convocatoria, referida a la forma de cobertura de las plazas con funcionarios interinos, por no ser la misma conforme a derecho, que no es directamente ejecutiva y sí tan solo susceptible de ejecución provisional, ni de la dictada el 28 de Octubre del mismo año por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, desestimatoria del recurso de apelación. Tampoco de que el Ayuntamiento demandado haya revocado en momento alguno los actos administrativos derivados de la convocatoria parcialmente anulada, bien, como ya se ha dicho, porque no se instó por quien podía hacerlo, la ejecución de aquéllas, bien por cualquier otra razón. Así las cosas no podemos desconocer la conformación real de los hechos ni llevar a cabo algo no sucedido en la fecha del supuesto despido, 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 de Abril de 1992 y 27 de Febrero de 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 el que la misma ha de desarrollarse», por lo que «toda la problemática que pueda surgir en torno a tal principio de relación solo puede ser conocida y resuelta por los órganos judiciales pertenecientes al orden Jurisdiccional 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".

La única relación jurídica que han mantenido los litigantes es la derivada del nombramiento de la accionante como funcionaria interina para la temporada estival correspondiente al año 2012. Si esta considera que tal nombramiento es irregular, fraudulento o contrario a derecho sosteniendo su condición de trabajadora laboral indefinida discontinua al haber mediado fraude de ley en su contratación temporal, deberá residenciar su reclamación en el orden contencioso administrativo porque, en puridad, estará atacando aquél nombramiento y la validez de la relación funcional, se insiste, única hasta ahora formalizada.

No cabe sin más concluir que la mera anulación de la base primera de la convocatoria antes indicada por Sentencia dictada el 27 de Marzo de 2013, que no adquirió firmeza hasta el 28 de Octubre del mismo año, determine en todo caso que la naturaleza del cometido profesional desarrollado por la demandante entre el 1 de Mayo y el 2 de Octubre de 2012, en el marco de un nombramiento como funcionaria interina por ella aceptado, se transforme automáticamente en laboral generando una relación indefinida discontinua. Tampoco, y en lógica consecuencia, que la simple falta de llamamiento al inicio de la temporada estival correspondiente al año 2013 comporte una decisión empresarial constitutiva de despido, pues no existía cronológicamente en ése momento obligación alguna de hacer efectivo tal llamamiento.

Debió por tanto ser acogida y declarada la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas en el presente litigio, con la consecuente anulación de la Sentencia de instancia y de los pronunciamientos en ella plasmados, haciendo saber a las partes que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones planteadas.

Así lo pronuncio y firmo.

En Oviedo, a 5 de junio de 2015.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.