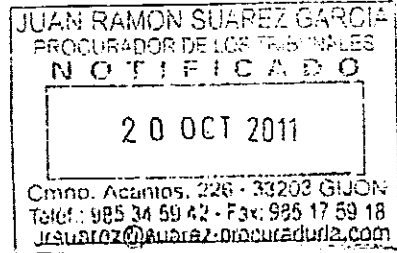




## JDO. DE LO SOCIAL N.º 1 GIJÓN

SENTENCIA: 00463/2011  
Nº AUTOS: 0000041 /2011



Vistos por mí, D. Fernando Ruiz Llorente, titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, los presentes autos sobre **Reconocimiento de Derecho**, seguidos bajo el número 41 del año 2011, a instancias de D. [redacted] representado y defendido por el letrado D. Ignacio Villaverde Garrido, contra el Ilustre Ayuntamiento de Gijón, representado por el procurador D. Juan Ramón Suárez García y defendido por el letrado D. Andrés de la Fuente Fernández, y contra la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento de Gijón, representada y defendida por D. Vicente Hoyos Montero, he dictado la siguiente

### SENTENCIA

En Gijón, a once de octubre de dos mil once

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** El día 18 de enero de 2011 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Gijón demanda presentada por D. [redacted] que fue turnada a este Juzgado el día 19 de enero de 2011.

**Segundo.-** En la demanda, dirigida contra el Ilustre Ayuntamiento de Gijón, se reclamaba que se anulara y dejara sin efecto la evaluación del desempeño realizada al actor.

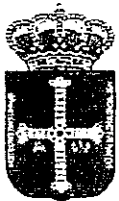
**Tercero.-** Por decreto de 3 de febrero de 2011 se admitió a trámite la demanda, señalándose para el acto de conciliación y juicio la audiencia del 6 de abril de 2011, pospuesta al 13 de junio de 2011, con motivo de la ampliación de la demanda contra la Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular del Ayuntamiento De Gijón.

**Cuarto.-** El día señalado tuvo lugar la vista del juicio, con el resultado obrante en autos. Tras concluir oralmente ambas partes, se declaró el juicio visto para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

**Primero.-** La Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular se un organismo autónomo del Ayuntamiento de Gijón.

**Segundo.-** El demandante, D. [redacted] mayor de edad, con DNI nº [redacted] presta servicios por cuenta de la Fundación Municipal de Cultura,



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



Educación y Universidad Popular en virtud de contrato indefinido a tiempo completo, como subalterno en el Centro Municipal de Natahoyo.

**Tercero.-** En el Acuerdo Regulator del personal funcionario del Ayuntamiento de Gijón/Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Gijón, Fundaciones y Patronato dependientes del mismo (Anexo V) publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 20 y 26 de febrero de 2009, respectivamente, se regula el Manual de Evaluación del Desempeño del Ayuntamiento de Gijón, que contempla un proceso de evaluación en seis tramos de carrera profesional y que partía como fecha inicial de evaluación del periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008.

**Cuarto.-** Realizada una evaluación inicial en la que se tuvo en cuenta los grupos de evaluación, evaluadores e indicadores a los que se alude en el informe que se de 19 de noviembre de 2009 de la Dirección del Área de Organización, Recursos Humanos y Sistemas de Información, fueron remitidos los resultados provisionales mediante comunicaciones personalizadas a todos los empleados afectados, disponiendo de 10 días para presentar alegaciones.

**Quinto.-** El actor presentó alegaciones el 25 de noviembre de 2009.

**Sexto.-** Por Resolución del Servicio de Relaciones Laborales de Ayuntamiento de Gijón y Anexo adjunto de 23 de junio de 2010 se acuerda aprobar y elevar a definitivos los resultados de la Evaluación del Desempeño correspondientes al año 2008, que en lo que respecta al actor se concretó en lo siguientes datos

Indicador		Valor	Nota
IConducta1	Absentismo inferior al 6%	0,00	2.00
IConducta3	Sanciones	0	2.00
IL616	Nº de usuarios	926.377,00	1,50
IL686	Nº préstamos	317.800,00	1,50

7,00nota  
final

**Séptimo.-** El actor presentó reclamación previa en tiempo y forma.

**Octavo.-** El demandante presentó demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con idéntico suplico que la rectora de autos, recayendo auto de 20 de diciembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón en el que se declaró la falta de jurisdicción de tal juzgado para el conocimiento del asunto, por venir atribuido el mismo a la jurisdicción social



## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**Primero.-** Se pretende en la presente demanda que se anule y deje sin efecto la evaluación del desempeño realizada al actor e invocando la sentencia de 21 de julio de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Principado de Asturias, manifiesta que no cabe un elemento distorsionador que minore la valoración del rendimiento con motivo de una circunstancia no deseada como es la incapacidad temporal.

Se opone el Ilustre Ayuntamiento de Gijón alegando su falta de legitimación pasiva, habida cuenta de que la Fundación Municipal de Cultura Educación y Universidad Popular es un organismo autónomo, con personalidad jurídica, que actúa como empleadora, por lo que los efectos de la sentencia en nada repercutirían a la corporación local.

Entra, pese a ello en el fondo del asunto y se opone a la demanda alegando que el Manual de Evaluación del Desempeño fue aprobado sobre el marco normativo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, continuando en vigor sin necesidad de un desarrollo administrativo, pues en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta, número 3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Continúa este argumento manifestando que la norma de aplicación tiene el carácter de convenio colectivo, dada su inclusión normativa y sistemática. Así, en virtud del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público se hace referencia a una Mesa General de Negociación para la negociación de las materias y condiciones de trabajo del personal funcionario, estatutario y laboral de cada administración. El artículo 37 d) del mismo texto señala como materia objeto de negociación la evaluación del desempeño. El artículo 38.8 dispone que los pactos y acuerdos que contengan condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral tendrán consideración y efectos previstos para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral.

Niega que la inclusión del absentismo como índice valorador incluya en tacha constitucional, afirmando que en numerosos convenios colectivos se contemplan cláusulas semejantes y no por ello son inconstitucionales o discriminatorios. Cita el caso del despido objetivo contemplado en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto al derecho del empleador de extinguir el contrato del trabajador, por razón de sus ausencias, aun justificadas.

Se opone a la interpretación semántica de la palabra absentismo, invocando a su favor a diversas autoridades en materia lingüística para conculir que el absentismo no entraña un componente intencional.

Parecidas consideraciones hace la Fundación demandada, alegando en último término que la demanda del actor parece pretender un fin propio de un proceso de conflicto colectivo, habida cuenta de que en el caso del actor la estimación de la demanda no variaría la calificación realizada, pues se le ha otorgado la máxima nota en el apartado de absentismo.

**Segundo.-** Los hechos declarados probados se deducen de la documental. Entiende el juzgador que, tratándose de un supuesto cuya resolución de fondo depende de un factor eminentemente jurídico, la declaración de los testigos que han depuesto a instancias de la parte demandante, no ha contribuido a enriquecer el relato de hechos probados

**Tercero.-** La excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ilustre Ayuntamiento de Gijón debe ser acogida. En efecto, la fundación demandada posee personalidad jurídica independiente y autónoma del Ayuntamiento, en virtud del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que vino a ser sustituido por





la Ley de Bases de Régimen Local, que lo único que hizo es alterar el nomenclador de la regulación anterior, y las fundaciones pasaron a llamarse organismos autónomos, circunstancia que no empece el que se mantuvieran las denominaciones tradicionales de "fundación" o "patronato".

**Cuarto.-** La demanda debe ser desestimada. En nuestro ordenamiento laboral se proscriben las acciones "de consulta", "de dictamen", "cautelares" o de "prevención de conflictos futuros", sino que es preciso que exista un interés inmediato y real para que pueda intervenir un tribunal (vid. por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 mayo 2006; Recurso de Casación núm. 116/2005). Y comprobado que el actor carece en el caso presente de un interés inmediato en la modificación de una evaluación de su desempeño que no variaría en absoluto por tener o no en cuenta el absentismo en su calificación, debe concluirse que está realizando una acción *ad cautelam*, que no tiene encaje – en consonancia con la oposición llevada a cabo por la fundación demandada – en nuestro rito laboral.

**Quinto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación.

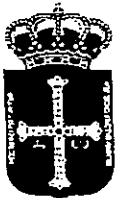
### FALLO

**DESESTIMAR** la demanda interpuesta por D. \_\_\_\_\_ contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN y contra la FUNDACIÓN MUNICIPAL DE CULTURA, EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, declarando no haber lugar a la variación de la evaluación del desempeño del actor aprobada por Resolución del Servicio de Relaciones Laborales de Ayuntamiento de Gijón de 23 de junio de 2010 que acuerda aprobar y elevar a definitivos los resultados de la Evaluación del Desempeño correspondientes al año 2008.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciendo la indicación de que contra la misma cabe interponer, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recurso de suplicación, que se podrá anunciar en este Juzgado, por comparecencia o mediante escrito, en un plazo de cinco días a partir de la notificación, previa consignación de la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en que conste la responsabilidad solidaria del avalista, y debiendo efectuar además el ingreso de 150,25 euros como depósito especial para interponer dicho recurso, todo ello en el caso de que el recurrente no fuera trabajador, su causahabiente, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o no gozara del beneficio de Justicia Gratuita.

Llévese el original de esta resolución al libro de Sentencias, dejando testimonio de la misma en los autos principales.

Así lo pronuncio y firmo, en nombre de S. M. el Rey y en virtud de los poderes que me han sido conferidos por la Constitución Española.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

**Diligencia.-** Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.