



JDO. DE LO SOCIAL N. 4

GIJON

DEMANDA 510/2011

SENTENCIA: 00382/2011

En Gijón, a veintitrés de septiembre de dos mil once.

DOÑA MARÍA SOL ALONSO-BUENAPOSADA ASPIUNZA, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, por sustitución, tras haber visto los presentes autos nº **510/2011** sobre **DESPIDO**, ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA**, siendo las partes, de una y como demandante **Don** , que comparece representado por el Letrado D. Roberto Costales Escudero, y de otra, como demandada la empresa **AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**, representado por el Letrado Don Higinio Solar Miranda.

ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2011 tuvo entrada en este Juzgado la demanda rectora de los autos de referencia, en la que tras alegación de hechos y fundamentos de derecho, se solicitó sentencia por la que se declarare la nulidad, o subsidiariamente, la improcedencia del despido sufrido por el actor, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Por Decreto de 5 de julio de 2011 se admitió la demanda y se efectuó señalamiento para la celebración del acto de conciliación ante el secretario Judicial y celebración, en su caso, del acto del juicio.

TERCERO.- Abierto el acto del juicio, celebrado el 22 de septiembre de 2011, la parte actora se ratificó en su demanda, pidiéndose de contrario su desestimación por razón de las alegaciones que constan en la correspondiente acta. Recibido el juicio a prueba, se practicó la propuesta, documental, insistiendo las partes en sus pretensiones, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todas las formalidades prescritas por la Ley.

HECHOS PROBADOS.-

PRIMERO.- El demandante Don con DNI cuyas circunstancias personales obran en autos, prestó servicios como socorrista lanchero por cuenta y orden del Ayuntamiento de Gijón en el centro de trabajo del Equipo de Vigilancia y Salvamento de las playas del Concejo de Gijón durante cuatro temporadas estivales (2007, 2008, 2009 y 2010), por virtud de contratos eventuales por obra o servicio determinado, a tiempo parcial en los meses de mayo, y a jornada completa el resto de los meses de la temporada de baños. En concreto: del 1 de junio de 2007 al 16 de septiembre de 2007; del 1 de junio a 30 de septiembre de 2008; de 1 de junio de 2009 a 2 de octubre de 2009; de 1 a 31 de mayo de 2010 y de 1 de junio de 2010 a 30 de septiembre de 2010.

SEGUNDO.- El nº de días efectivamente trabajados durante los sucesivos contratos ascendió a 486. El salario bruto diario durante la vigencia de la última relación laboral asciende a 63,84 euros, incluida prorata de pagas extraordinarias, existiendo conformidad de las partes al respecto. En concepto de vacaciones no disfrutadas se le abonaron 40 días.





TERCERO.- Los socorristas eran nombrados entre los aspirantes que habían superado una selección mediante concurso oposición, debiendo estar a disposición del Ayuntamiento de Gijón desde el 1 de mayo de cada anualidad. En mayo, el servicio de salvamento y socorrismo sólo se prestaban durante los fines de semana y días festivos; en el resto de los meses estivales se producía un aumento de plantilla para ampliar la cobertura del servicio.

CUARTO.- El 15 de febrero de 2011 se informó por el Director General de Servicios del Ayuntamiento de Gijón que era especialmente aconsejable el recurso a la figura del funcionario interino para la prestación del servicio de Salvamento en las playas del municipio durante la temporada estival (folio 58 expte). Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 22 de febrero de 2011 se ha aprobado la convocatoria y bases de selección del Equipo de Salvamento en playas del Concejo de Gijón para la temporada de baños 2011 en régimen de funcionarios interinos, cuyas primeras incorporaciones estaban previstas para el mes de mayo. Fue publicada en el BOPA de 25-II-2011. En consecuencia no se procedió al llamamiento del personal laboral con relación indefinida discontinua en la temporada de baños 2011.

QUINTO.- El 20 de abril de 2011 el actor presentó escrito en el Registro de entrada del Ayuntamiento de Gijón solicitando que se efectuase su llamamiento para iniciar la prestación laboral como socorrista a 1 de mayo de 2011. Ante la falta de llamamiento como socorrista por parte del Ayuntamiento para la temporada 2011, el actor presentó reclamación previa a la vía judicial laboral por despido improcedente el 25 de mayo de 2011.

SEXTO.- La reclamación previa fue estimada por resolución de la Concejala Delegada de Administración Pública y Hacienda de 31 de mayo de 2011, previa propuesta, reconociendo la improcedencia del despido, con las consecuencias legales indemnizatorias correspondientes.

SÉPTIMO.- Se interpuso demanda ante los Tribunales el 30 de junio de 2011 solicitando la declaración judicial de improcedencia del despido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

OCTAVO.- Por sentencia de 21 de febrero de 2011 del Juzgado de lo Social nº2 de esta ciudad, (autos 794/2010), que figura en estos autos y cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido, se estimó la demanda formulada por Don contra el Ayuntamiento de Gijón, declarando existente entre ambos una relación laboral de duración indefinida discontinua.

NOVENO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo de representación laboral ni sindical.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.- Con carácter principal interesa el actor la declaración de nulidad del despido sufrido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración. En síntesis, entiende que la actuación del Ayuntamiento supone una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su aspecto de garantía de indemnidad, y desde dos perspectivas diferentes: la primera, como represalia motivada por la interposición de la demanda declarativa de derechos (relación laboral indefinida discontinua), y la segunda, como lesión objetiva del derecho fundamental invocado pues se da una conexión causal entre el ejercicio del derecho recogido en el art 4.2 g) del ET y el perjuicio denunciado.

Sobre la declaración de nulidad del despido, cabe señalar que, en orden al tema específico que se plantea en el presente caso, relativo a la garantía de indemnidad, el T.C., en Sentencia como la 14 /1993, mantiene que *"El derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos"*.





PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Ahora bien, como de forma reiterada ha venido manteniendo el T.C. en numerosas Sentencias como las nº 293/93, de 18 de Octubre; nº 85/95, de 6 de Junio; nº 83/97, de 22 de Abril; y nº 308/00, de 18 de Diciembre, "*cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone por tanto la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación- sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales".* En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional (Sentencia 49/2.003, de 17 de marzo) tiene establecida la siguiente doctrina: "*Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo. El primero la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada".* Es, pues, reiterada la doctrina, tanto constitucional como establecida por el Tribunal Supremo, que indica que no es suficiente la simple alegación del trabajador de haberse producido la vulneración de un derecho fundamental sino que es necesario aportar la existencia de un indicio racional, suficiente y relevante de la lesión que se alega.

En el presente caso, la inversión de la carga de la prueba no resulta justificada, pues, el simple dato de la existencia de una demanda declarativa de derechos (relación laboral indefinida discontinua), no puede calificarse de indicio suficiente de la represalia empresarial denunciada pues, por si sola, no sugiere la existencia de un nexo entre la reivindicación del trabajador y la decisión extintiva posterior, pues en la temporada de baños de la presente anualidad no se procedió al llamamiento del personal laboral, toda vez que por la Administración, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, y a la vista del informe del Director General de Servicios del Ayuntamiento de Gijón de 15 de febrero de 2011, optó, en Acuerdo de la Junta de Gobierno de 22 de febrero, convocar la selección del Equipo de Salvamento en playas del Concejo de Gijón para la temporada de baños 2011 en régimen de funcionarios interinos. Y no consta que tal convocatoria haya sido impugnada. Y en dicha convocatoria, que fue publicada en el BOPA de 25 de febrero de 2011 (folio 115), pudieron participar todos los interesados, sin exclusiones, resultando seleccionados algunos aspirantes que habían sido declarados personal laboral indefinido-discontinuo. No consta que el actor participase en el proceso. Resulta por tanto, que no se aprecia la vulneración de la garantía de indemnidad, y en consecuencia, inviable la pretensión de nulidad que se interesa, pues conforme al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores es preciso para tal declaración que el despido tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Finalmente, hago más las razones de la sentencia del TSJ de Canarias de 25 de mayo de 2000, según la cual, "*Como razona la sentencia recurrida, no se puede aplicar automáticamente la doctrina por la que se declara la nulidad de los despidos por atentatorios*



de derechos fundamentales, en los casos en que haya existido, previo al despido, cualquier actuación judicial entablada por el trabajador, entendiéndose que la finalización del contrato se debe a una represalia del empresario, pues estaríamos abriendo una puerta al fraude. Cualquier trabajador que interpusiera una demanda o reclamación antes de la finalización de su contrato estaría protegido ante la improcedencia del despido, ya que éste sería nulo”.

En todo caso, no se ha puesto de manifiesto una especial conflictividad en el actor, ya que otros socorristas en situaciones similares, han formulado reclamaciones de reconocimiento de derecho en relación a su situación contractual, sin que tampoco hayan sido llamados a prestar sus servicios como personal laboral.

SEGUNDO.- Reconocida por la Administración demandada la improcedencia del despido sufrido por el actor, la cuestión litigiosa en el presente procedimiento se centra en el cálculo de la indemnización correspondiente y la fecha de devengo de los salarios de tramitación.

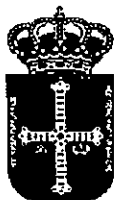
La parte actora entiende que, para efectuar el cálculo de la indemnización, a los días efectivamente trabajados han de sumarse los de vacaciones abonados no disfrutados, por lo que ascienden a **526 días**. Y que los salarios de tramitación debían computarse desde el 1 de mayo de 2011.

El Ayuntamiento sostiene que realizados los cálculos correspondientes en función de los días trabajados (**486 días**), a razón de **63,84 euros diarios**, el importe de la indemnización asciende a 3.825,15 euros, de los que se deben descontarse las indemnizaciones de 8 días de salario por año de servicio, abonadas a la finalización de cada uno de los contratos de trabajo (567,52 euros) resultando por tanto un importe de **3.257,63 euros** la indemnización a abonar por despido improcedente al actor, a la que habrán de sumarse los salarios de tramitación computados del 1 de junio de 2011.

TERCERO.- Entrando a resolver la pretensión subsidiaria de la parte actora, de declaración de improcedencia del despido, debe ser estimada toda vez que por la Administración demandada ha sido reconocida; y, en orden a los efectos de esta declaración, teniendo en cuenta las alegaciones vertidas por la misma en su escrito de demanda, las efectuadas por el Ayuntamiento en el acto del juicio, y los hechos, indiscutidos, o acreditados mediante la prueba documental practicada, que se han descrito en el relato fáctico de esta resolución, debe concluirse que:

- Respecto del cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización, debe calcularse, como señala reiterada jurisprudencia, en relaciones laborales fijas discontinuas, sobre los días de trabajo efectivo. El fundamento de esta regla se encuentra en la literalidad del art. 56 ET, al referirse a los «años de servicio», por lo que no se pueden integrar periodos en que no hubo prestación de servicio, vacaciones abonadas no disfrutadas, tal y como pretende el actor. Por tanto habrá de ser considerada la de **486 días**, tal y como sostiene el Ayuntamiento de Gijón. Nada se ha alegado en el juicio respecto a la compensación por anteriores indemnizaciones, por lo que no cabe pronunciamiento al respecto.

En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, de 19 de septiembre de 2011 (Autos 513/2011), en un supuesto similar al que aquí se resuelve, señaló: *“Reproduciendo la doctrina conforme a la cual, la prestación de servicios a efectos de calcular la indemnización en este tipo de contrataciones, ha de ser los efectivamente trabajados. Y ello no debe incluir los días de vacaciones no disfrutadas, pues, aun cuando el empresario venga obligado a abonarlos como compensación por la falta de disfrute de los mismos y tengan ese tratamiento a efectos de cotización, el alcance de tal ficción no puede extenderse a la indemnización por despido; la interpretación jurisprudencial aplicable a los contratos fijos – o indefinidos- discontinuos, en cuanto al cálculo de la indemnización ya es favorable al trabajador, al tener en cuenta los días de prestación efectiva de servicios, el lugar de computar el año, a lo que se añade e hecho de que por el efecto de la prorrata de los periodos de tiempo inferiores al año, que ha de hacerse por meses, el cálculo suele resultar ventajoso para el empleado que, prestando servicios un solo días del mes, obtiene la misma indemnización que si lo hiciera el mes completo”.*





- Respecto al cálculo de los salarios de tramitación, la fecha de inicio del cómputo de los salarios de tramitación que ha de abonar la empresa ha de ser la del despido que, en el presente supuesto, debe ser el 1 de mayo de 2011, pues es desde esta fecha que los socorristas tienen que estar a disposición del Ayuntamiento para prestar servicios de vigilancia y salvamento, tal y como se desprende de los contratos suscritos por el actor. Por lo expuesto procede el devengo de los salarios de tramitación desde el 1 de mayo de 2011.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, procede advertir a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general aplicación

FALLO.-

Que **estimando parcialmente** la pretensión subsidiaria de la demanda de despido interpuesta por Don _____ **contra el Ayuntamiento de Gijón**, debo declarar y declaro improcedente el despido sufrido por la parte actora con efectos de 1 de mayo de 2010, y, habiendo optado la demandada por la indemnización, declaro extinguida la relación laboral que unía al actor con la empresa, acordando que abone al actor la cantidad de **3.257,63** euros en concepto de indemnización, condenando a la demandada a que le abone, además, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (**1 de mayo de 2011**) hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de **63,84** euros al día.

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

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndole que contra ella podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado 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 150,00 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de este Juzgado con el num. 2768/0000/ 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, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en BANESTO a nombre de este juzgado, con el nº 2768/0000/65/0510/11, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo
E/



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 266 de la LOPJ y 212 de la LEC. Doy fe.