



ELIS ALVAREZ FERNANDEZ
 ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO
 PROCURADORES
 Marques de Pidal, 7 - 1ª Izda.
 Teléf.: 985 24 06 97 Fax: 985 27 24 58
 33004 OVIEDO

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10
 Tfno: 985 22 81 82
 Fax: 985 20 06 59
 NIC: 33044 34 4 2011. 0102640
 402250

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002521 /2011
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 509/2011 del JDO. DE LO SOCIAL n° 2 de GIJÓN

Recurrente/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON
Abogado/a: HIGINIO SOLAR MIRANDA

Recurrido/s: _____
Abogado/a: ROBERTO COSTALES ESCUDERO

Sentencia n° 2972/2011

En OVIEDO, a veinticinco de noviembre de dos mil once.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN 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

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN 2521/2011, formalizado por el Letrado D. Higinio Solar Miranda, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, contra la sentencia número 279/2011 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de GIJÓN en el procedimiento DEMANDA 509/2011, seguido a instancia de D. representado por el Letrado D.



PRINCIADO DE
 ASTURIAS



RSU 2521/2011 L

Roberto Costales Escudero frente a dicho recurrente, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA VIDAU ARGÜELLES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. RODRÍGUEZ presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 279/2011 de fecha veintiocho de julio de dos mil once.

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

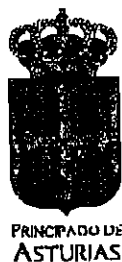
1º.- El demandante D. [redacted], mayor de edad, con DNI nº [redacted], ha venido prestando sus servicios para el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, con la categoría profesional de Socorrista Acuático, realizando servicios de vigilancia y socorrismo en las playas del concejo de Gijón durante la temporada estival, 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 de los siguientes contratos de trabajo de obra o servicio determinado, a tiempo parcial para los meses de mayo y a tiempo completo a partir del 1 de junio de cada año:

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2003 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 15 de junio de 2003 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 31 de agosto de 2003.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2004 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2004 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 30 de septiembre de 2004.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2005 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2005 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 30 de septiembre de 2005.

- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "la duración de la Temporada de Baños 2006 en las Playas del Concejo de Gijón", categoría de socorrista lancharo, y vigencia desde el 1 de mayo de 2006, para prestar





RSU 2521/2011 L

servicios en régimen de turnos, durante 8 horas diarias, los sábados, domingos y festivos del mes de mayo de 2006.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2006 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2006 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 30 de septiembre de 2006.

- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "La duración de la Temporada de Baños 2007 en las Playas del Concejo de Gijón", categoría de socorrista lancharo, y vigencia desde el 1 de mayo de 2007, para prestar servicios en régimen de turnos, durante 8 horas diarias, los sábados, domingos y festivos del mes de mayo de 2007.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2007 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2007 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 30 de septiembre de 2007.

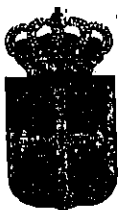
- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "la duración de la Temporada de Baños 2008 en las Playas del Concejo de Gijón", categoría de socorrista lancharo, y vigencia desde el 1 de mayo de 2008, para prestar servicios en régimen de turnos, durante 8 horas diarias, los sábados, domingos y festivos del mes de mayo de 2009.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2008 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2008 hasta el fin de obra, habiendo presentado escrito el actor de fecha 11 de septiembre de 2008, solicitando el cese voluntario de su contrato el 14 de septiembre de 2008.

- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "La duración de la Temporada de Baños 2009 en las Playas del Concejo de Gijón", categoría de socorrista lancharo, y vigencia desde el 1 de mayo de 2009, para prestar servicios en régimen de turnos, durante 8 horas diarias, los sábados, domingos y festivos del mes de mayo de 2009.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto "Temporada de baños 2009 en las Playas del Concejo de Gijón", con duración pactada desde el 1 de junio de 2009 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 2 de octubre de 2009".

2º.- El número de días efectivamente trabajados en los sucesivos contratos asciende a 1.043. El salario bruto diario durante la vigencia de la última relación laboral asciende a 70,01 euros.





RSU 2521/2011 L

3º.- Por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón se dictó Sentencia firme de fecha 20 de abril de 2010 en los autos 19/10, cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido, que declara el carácter indefinido discontinuo de la relación laboral.

4º.- El 20 de abril de 2011 el demandante presentó una solicitud al Ayuntamiento para ser llamado como socorrista durante la temporada estival de 2011. Los socorristas tienen que estar a disposición del Ayuntamiento desde el 1 de mayo de cada año. El 1 de mayo de 2011 se iniciaron los servicios de vigilancia y socorrismo en las playas del concejo de Gijón, sin que el actor fuera llamado hasta la fecha.

5º.- Presentada la preceptiva reclamación previa, fue estimada parcialmente mediante Resolución de 31 de mayo de 2011 que reconoce la improcedencia del despido acordando el abono de una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, consignando judicialmente en tal concepto la cantidad de 5.852,98 euros en fecha 22 de julio de 2011.

6º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que estimando la demanda presentada por D. [Nombre], contra AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, sobre acción de despido, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del que fue objeto el actor el 1 de mayo de 2011, condenando a la demandada a que readmita al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido, o alternativamente y a su elección, a que le indemnice con la cantidad total de 9.002,52 euros, parte de la cual se hará efectiva con cargo a la cantidad depositada judicialmente, mas los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, a razón de 70,01 euros/día, debiendo ejercitarse la opción en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente, entendiéndose caso de no ejercitarse dentro del plazo concedido, que la opción es por la readmisión.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación del AYUNTAMIENTO DE GIJÓN formalizándolo posteriormente. Tal recurso 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 29 de septiembre de 2011.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 27 de octubre de 2011 para los actos de votación y fallo.

PRINCIPADO DE
ASTURIAS



RSU 2521/2011 L

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

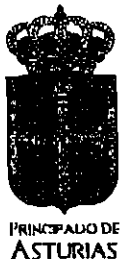
PRIMERO.- La sentencia de instancia estimando la demanda deducida por el actor declara improcedente el despido del que fue objeto el mismo el 1 de mayo de 2011, condenando al Ayuntamiento de Gijón demandado a que, a su elección, readmita al actor en el mismo puesto de trabajo y en idénticas condiciones vigentes al momento del despido, o a indemnizarle en la cantidad total de 9.002,52 euros, parte de la cual se haría efectiva con cargo a la cantidad depositada judicialmente, y en todo caso al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia a razón de 70,01 euros/día.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación la representación letrada de la Entidad Local demandada, postulando la revocación de la sentencia de instancia a fin de que se declare que la cantidad total de la indemnización por despido improcedente asciende a 8.663,73 euros, con los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia, a razón de 70,01 euros/día, teniendo en cuenta igualmente los días realmente trabajados en mayo. En el recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se formalizan por la representación letrada recurrente tres motivos de suplicación, encaminados los dos primeros a la revisión de hechos probados y destinado el último al examen del derecho aplicado.

En los dos motivos formulados al amparo procesal del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se postula por la parte recurrente la revisión de los ordinales primero y segundo de la sentencia de instancia, siendo en concreto sus pretensiones las siguientes:

a- en cuanto al hecho probado primero postula su sustitución por el contenido que indica en el escrito de formalización del recurso, y que en realidad consiste en que dentro del contenido expresado por el Juzgador de instancia se hagan constar los días de servicio prestados, como consecuencia de cada uno de los contratos de trabajo suscritos para prestar servicios en el mes de mayo de los años 2006 (9 días de servicio prestados), 2007 (9 días de servicios prestados), 2008 (11 días de servicios prestados), 2009 (11 días de servicios prestados), y que al final de su contenido sean adicionados dos nuevos párrafos con el siguiente contenido:

.- "Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para la realización de la obra o servicio determinado, siendo su objeto <La duración de la temporada de baños 2010 en las Playas del Concejo de Gijón>, categoría de socorrista lancharo y vigencia desde el 1 de mayo de 2009 para prestar servicios en régimen de turnos, durante ocho horas diarias, los sábados, domingos, festivos y excepcionalmente días que por necesidades del servicio se requiera del mes de mayo de



PRINCIPADO DE ASTURIAS



RSU 2521/2011 L

2010; habiéndose realizado a consecuencia del mismo 10 días de servicios prestados.

- Contrato de trabajo de duración determinada para la realización de obra o servicio determinado, siendo su objeto <Temporada de baños 2010 en las Playas del Concejo de Gijón> con duración pactada desde el 1 de junio de 2010 hasta el fin de obra, dándose por extinguido por el Ayuntamiento demandado por comunicación escrita el 30 de septiembre de 2010".

b- en cuanto al hecho probado segundo se pretende su sustitución por el siguiente texto alternativo que propone: "El número de días efectivamente trabajados en los sucesivos contratos asciende a 968 días. El salario bruto diario durante la vigencia de la última relación laboral asciende a 70,01 euros".

La revisión de uno y otro hecho se interesa con amparo en la prueba documental obrante a los folios 8, 9, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 y 54 de los autos, a la vista de los cuales, sostiene la parte recurrente, que se deduce que el actor prestó servicios al Ayuntamiento de Gijón en el año 2010, y que en el mes de mayo de los años 2006 al 2010 solo prestó servicios los días señalados, alegando que dicha revisión es decisiva pues afecta al número de días efectivamente trabajados y al cálculo de la indemnización.

Sobre tales pretensiones revisoras, se hace preciso recordar que es constante y reiterada la doctrina que establece que para que pueda apreciarse el error de hecho en la valoración de la prueba, han de concurrir los requisitos siguientes: 1) que se señale con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo alguno de sus puntos, ya completándolos; 3) se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico. A ello hay que añadir que es doctrina reiterada que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y el vigente artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (anterior artículo 632), conceden al juzgador de instancia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios, llegando a una conclusión que debe prevalecer sobre la opinión interesada del recurrente mientras no aparezca desvirtuada por otra irrefutable.

Teniendo en cuenta tales consideraciones expuestas es evidente que ninguna de las dos propuestas revisoras

PRINCIPADO DE
ASTURIAS



RSU 2521/2011 I.

formuladas puede tener favorable acogida, debiendo permanecer sin sufrir alteración el relato fáctico de la sentencia de instancia, habida cuenta de que: a) la documental en la que se apoya la entidad recurrente para justificar las pretendidas revisiones -que en realidad consisten en dos contratos de trabajo, siete nóminas y una hoja de cálculo- no tiene idoneidad revisora ni una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de forma tal que el error denunciado emane por sí mismo, de forma clara, directa y patente, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o suposiciones; b) por otra parte, el Tribunal Supremo tiene declarado que "la cita global y genérica de documentos, carece de valor y operatividad a efectos del recurso..." (Sentencia de 14 de julio de 1995), añadiendo que "el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia" (sentencia de 26 de septiembre de 1995), debiendo la parte recurrente señalar el punto específico de contenido de cada documento que ponga de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (sentencia de 3 de mayo de 2001), siendo lo cierto que en el presente caso la parte recurrente se limita a la invocación de forma genérica de la documental sin expresar ni señalar donde está el error del Juzgador de instancia cuando realiza el cómputo de días trabajados en 1.043 y debiendo tenerse en cuenta que existe en las actuaciones otra documental, como es el informe de vida laboral, que es demostrativa de mayor número de días a tener en cuenta que los 968 días afirmados por la parte recurrente.

Todo lo expuesto determina la desestimación de los motivos formulados, habiendo de mantenerse inalterado el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Ya por la vía del examen del derecho aplicado en el tercer motivo de suplicación formulado al amparo procesal del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción del artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores con fundamento en la equidad (artículo 3.2 del C. Civil) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se sostiene en el motivo que la indemnización por despido se ha de fijar con arreglo a los años de servicio prestados, con la prestación real de servicios, y no con base en la antigüedad en la actividad laboral, y que conforme a los contratos celebrados a tiempo parcial por el actor para los meses de mayo de los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, para trabajar solamente sábados, domingos y festivos, solamente fueron trabajados por el mismo 9 días en los meses de mayo de 2006 y 2007, 11 días en los de los años 2008 y 2009 y 10 días en el año 2010, y por ello conforme al número de días efectivamente trabajados durante toda la relación laboral a los que debe estarse a efectos de determinar la indemnización, y partiendo del relato de hechos probados con la revisión postulada, serían 968 días los efectivamente trabajados

PRINCIPADO DE
ASTURIAS

RSU 2521/2011 L

ascendiendo entonces la indemnización a 8.666,73 euros, con los salarios de tramitación teniendo en cuenta igualmente los días trabajados efectivamente en mayo.

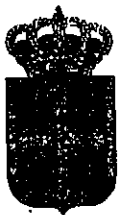
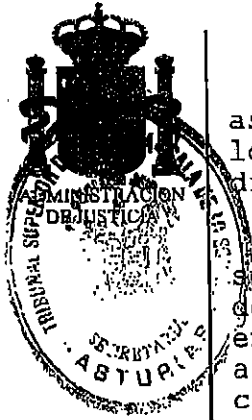
Pero este motivo así formulado debe decaer por cuanto como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1979 y 10 de mayo de 1980, no puede prosperar la revisión en derecho de la sentencia de instancia, cuando no se hayan alterado los presupuestos de hecho que en la resolución combatida se constatan y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación entre ambos presupuestos; doctrina a la que también alude la Sentencia de 16 de febrero de 2000, si bien para inaplicarla al supuesto que en ella se planteaba, pues no es predicable con carácter general para todos aquellos casos en que no se solicite o no prospere la revisión fáctica, sino sólo a aquellos en que la revisión sustantiva tenga como presupuesto necesario la modificación de la narración fáctica, que es lo que aquí sucede, pues, partiendo del propio relato fáctico de la sentencia recurrida, que no ha resultado modificado y en concreto del contenido del ordinal segundo que ha quedado incólume y del que resulta que el número total de días trabajados en los sucesivos contratos a tener en cuenta es de 1.043 días habiendo sido calculada la indemnización conforme a los mismos (entre los que no se incluye como parece entender la parte recurrente la totalidad de los días de los meses de mayo en que trabajó el actor pero sí otros correspondientes a vacaciones retribuidas y no disfrutadas), se impone, siendo ello así, el rechazo del motivo que precisaría, en todo caso, como presupuesto necesario la modificación del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, y sin que en relación con el devengo de salarios de tramitación pueda ser tenida en consideración la pretensión genéricamente invocada de tener en cuenta los días realmente trabajados en mayo, pues consta como hecho probado en la sentencia de instancia que fue el 1 de mayo de 2011 cuando se iniciaron los servicios de vigilancia y socorrismo en las playas del concejo de Gijón.

Por todo lo expuesto resulta forzoso desestimar la censura jurídica que el recurso formula, el cual debe ser desestimado con el consiguiente pronunciamiento confirmatorio de la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Gijón contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, dictada en los autos seguidos a instancia de D. [] contra dicho recurrente, sobre despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada, con imposición de costas a la Entidad recurrente incluidos los honorarios del Letrado de la parte impugnante en cuantía de 300 euros.



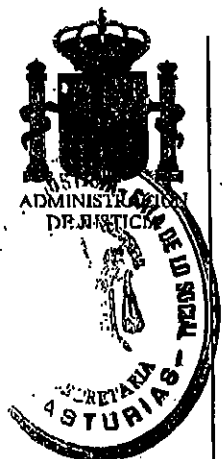
PRINCIPADO DE
ASTURIAS

RSU 2521/2011 L

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 que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

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

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS