



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

SENTENCIA: 02868/2014

T. S. J. ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG:

402250

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 2653/2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 542/2014 JDO. DE LO SOCIAL
N°1 DE GIJON

Recurrente/s: LOPD

Abogado/a: LOPD

Recurrido/s: AYUNTAMIENTO DE GIJON

Abogado/a: LOPD

Sentencia n° 2868/14

En OVIEDO, a treinta de Diciembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de ASTURIAS, formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN, 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 2653/2014, formalizado por la Letrada D^a LOPD, en nombre y representación de D. LOPD, contra la sentencia número 382/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 542/2014, seguidos a instancia de D. LOPD frente al AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. LOPD presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON, siendo turnada para su



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 382/2014, de fecha veintidós de Septiembre de dos mil catorce.

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

1º El demandante, D. **LOPD** , con DNI nº **LOPD** mayor de edad, ha prestado servicios como peón de jardinería para el Ilustre Ayuntamiento de Gijón en virtud de diversos contratos temporales, en los siguientes periodos:

- Del 1 de julio al 30 de septiembre de 1991
- Del 16 de junio al 15 de diciembre de 1993
- Del 4 de agosto de 1997 al 15 de julio de 1998
- Del 13 de julio de 2001 al 12 de enero de 2002
- Del 20 de junio al 31 de diciembre de 2005

2º Por resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad del Gobierno del Principado de Asturias de 10 de octubre de 2011 se reconoció al actor un grado de discapacidad del 35%, por padecer las siguientes dolencias, plasmadas en el dictamen técnico facultativo del Equipo de Valoración y Orientación:

- A *LIMITACION FUNCIONAL EN AMBOS MM. II*
- B *por OSTEOARTROSIS GENERALIZADA*
- C *de etiología DEGENERATIVA*

El conjunto patológico determinó la asignación de un 29% de limitación en la actividad, a lo que se añadieron 6 puntos de factores sociales complementarios.

3º En virtud del plan de empleo "GIJÓN INSERTA 2013- 2ª EDICIÓN" se publicaron las bases para cubrir plazas en diversas especialidades, entre las cuales, 30 de peón de jardinería, previéndose la reserva de 3 para personas con discapacidad.

4º El 7 de julio de 2013 el actor solicitó por escrito la participación en el plan de empleo.

5º El actor superó la prueba escrita y la fase de concurso.

6º El 27 de septiembre de 2013 la técnico de empleo emite informe respecto del actor, informando de que las capacidades residuales de éste, en relación con su discapacidad, son incompatibles con los requisitos físicos exigidos para el puesto.

7º Por escrito de 27 de septiembre de 2013 se comunica al actor que nos e procederá a la firma del contrato, habida cuenta del informe citado en el hecho anterior.

8º El 10 de octubre de 2013 el actor presenta escrito manifestando desacuerdo con la decisión de no ser contratado.

9º Resolvió el Ayuntamiento el 13 de febrero de 2014, desestimando la reclamación presentada por el Sr. LOPD Peri.

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

LOPD DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. _____, contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. LOPD _____ formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 4 de diciembre de 2014.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 de diciembre de 2014 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón que desestimó su pretensión para ser contratado por el Ayuntamiento de Gijón en el puesto de peón de jardinería.

El recurso es impugnado por el Ayuntamiento demandado, que insiste en la incompetencia de los tribunales de lo social para el conocimiento del asunto e invoca el art. 2 LJS y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en la sentencia de 16 de diciembre de 2009.

Esta cuestión competencial debe resolverse con prioridad al examen del recurso del actor.

En el caso presente, el Ayuntamiento de Gijón, en el marco del plan de empleo "Gijón Inserta 2012 2ª Edición", efectuó una convocatoria pública para cubrir mediante contratos de trabajo diversas plazas, entre las cuales varias eran para peón de jardinería. En la convocatoria se destinaban tres de estas plazas para personas con discapacidad, a las que se presentó el actor, quien tras superar la prueba escrita y la fase de concurso fue excluido al padecer lesiones causantes de repercusiones funcionales incompatibles con el puesto de peón de jardinería.



Así pues, la convocatoria municipal tenía por finalidad la contratación de personal laboral de nuevo ingreso y el conflicto entre las partes surge por las circunstancias particulares del actor que no supone una impugnación de la convocatoria.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, se atribuía al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo los conflictos relativos al ingreso del personal laboral en la administración pública. Así se pronunciaba reiterada jurisprudencia: sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2000 (rec. 3647/1998 y 5003/1998), 19 de noviembre de 2001 (rec. 533/2001), 20 de septiembre de 2002 (rec. 8402/2002), 7 de febrero de 2003 (rec. 1585/02), 30 de mayo de 2006 (rec. 642/05), 16 de abril de 2009 (rec. 1355/08) y 21 de noviembre de 2011 (rec. 910/2011), entre otras. Esta doctrina, interpretaba los arts. 9.4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 a) y 3 a) de la Ley de Procedimiento Laboral y sostenía que la selección de personal laboral por las Administraciones públicas ha de hacerse mediante procedimientos regidos por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, es decir, con técnicas y mediante actos de derecho administrativo. Son supuestos en los que está actuando una potestad administrativa para la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativa. A ello se une que en tales casos los actos de la administración son previos al vínculo laboral y predomina en su intervención el carácter de poder público.

Tras la entrada en vigor de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en sustitución de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, la situación cambia. Los tribunales de lo social pasan a asumir la competencia de los conflictos individuales y plurales relativos a los trabajadores laborales de las Administraciones públicas, esto que no constituyan impugnación directa de sus disposiciones generales. El régimen competencial establecido en los arts. 2 a), n) y s), y 3 a) revela el trasvase de esa competencia al orden jurisdiccional de lo social. En concreto el art. 2 n) le encarga el conocimiento de las impugnaciones de los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional. Y en el art. 3 LJS, que recoge las materias excluidas, su apartado a), a diferencia de la redacción que tenía en la Ley de Procedimiento Laboral, solo remite a los tribunales de lo contencioso administrativo la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumerados en el art. 2.

En el caso presente, el único tema de debate es un aspecto puntual relativo a la capacidad del actor que surge tras superar la fase de concurso y de acuerdo con las reglas citadas compete a los tribunales de lo social.

SEGUNDO.- El recurso del actor se sustenta en la modificación del hecho sexto de los declarados probados en la



instancia, que propone al amparo formal del art. 193 b) LJS para darle la siguiente redacción:

“El 27 de septiembre del 2013 la técnico de empleo sin haber examinado al actor ni comprobado su situación física actual emite informe respecto del mismo, informando de que las capacidades residuales de éste, en relación con su discapacidad, son incompatibles con los requisitos exigidos para el puesto.

“El anterior informe se contradice con el certificado emitido por la Dra. ^{LOPD} del Servicio de Salud del Principado de Asturias, que acredita tras examen del paciente que el actor se encuentra capacitado para realizar la actividad de peón de jardinería emitido el 31 de enero de 2014”

Pero este texto alternativo, aun pasando por alto sus deficiencias técnicas, carece de avales probatorios adecuados y concluyentes para considerarlo acreditado. El recurrente contrapone a la convicción judicial un informe médico que por su propia naturaleza no cuenta con garantías objetivas sobre el acierto de su contenido y constituyó un medio de prueba valorado por el Juzgador de instancia, quien expresamente destaca lo escueto de su texto y lo confronta con los demás medios de prueba relacionados con la capacidad residual del demandante. Desde luego, el informe invocado por el actor es demasiado somero para darle eficacia probatoria en la fase de recurso y la valoración judicial de los diferentes medios probatorios se ajustó a las reglas de la sana crítica sin traspasar las amplias facultades que la ley procesal concede al Magistrado de lo Social (art. 97.2 LJS), por lo que debe prevalecer frente a la visión parcial y subjetiva del recurrente.

Por tanto, el relato fáctico de la sentencia no sufre variaciones y a partir del mismo ha de afrontarse la decisión del segundo motivo de recurso en el que, por la vía procesal autorizada en el art. 193 c) LJS, el actor denuncia la infracción del art. 4.1 a) y 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Las alegaciones del recurrente descansan en la compatibilidad de su estado físico con el puesto de peón de jardinería convocado por el Ayuntamiento demandado tal y como se dice en el informe médico que presentó. Los hechos acreditados, sin embargo, difieren de los sostenidos en el recurso y conducen a la desestimación del recurso.

El derecho del demandante a la contratación laboral está supeditado a la existencia de capacidad físico-psíquica suficiente para hacer frente a las exigencias físicas del puesto de peón de jardinería, aun teniendo en cuenta la posibilidad de acceso al puesto de personas con discapacidad. No es la situación de discapacidad en general la que origina la negativa del Ayuntamiento a la contratación sino el concreto estado físico del actor en relación con el puesto pretendido que le impide su desempeño. Aun cuando el puesto solicitado esté previsto para personas con discapacidad, han de reunirse unas condiciones físico-psíquicas suficientes para



que las tareas puedan realizarse con una mínima regularidad, eficacia y rendimiento, y sin que la actividad suponga la creación de riesgos para el propio trabajador o para otras personas consecuencia de las limitaciones físicas iniciales. Los datos probados han llevado al Juzgador de instancia a concluir que el demandante no reúne esas condiciones físico-psíquicas al padecer unas limitaciones en ambos miembros inferiores que resultan incompatibles con su desempeño y el recurso no desautoriza la conclusión judicial.

Por lo expuesto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. LOPD contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº UNO de GIJON, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

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, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos





públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, también en el campo concepto, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Están **exentos** de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir 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