



Roj: **STSJ MU 1416/2018 - ECLI: ES:TSJMU:2018:1416**

Id Cendoj: **30030340012018100625**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2018**

Nº de Recurso: **1271/2017**

Nº de Resolución: **621/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE LUIS ALONSO SAURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL**

### **MURCIA**

#### **SENTENCIA: 00621/2018**

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

**Tfno:** 968 22 92 16

**Fax:** 968 22 92 13

**NIG:** 30016 44 4 2016 0002179

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

#### **RSU RECURSO SUPLICACION 0001271 /2017**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 672/2016

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE: AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA. PROTECCION CIVIL SERVICIO MUNICIPAL

PROCURADOR: MARIA ASUNCION MERCADER ROCA

RECURRIDOS: MINISTERIO FISCAL, Lidia

ABOGADO: , FRANCISCO TOMAS ANTON GARCIA , ,

En MURCIA, a veintisiete de junio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA, contra la sentencia número 269/2017 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 21 de julio , dictada en proceso número 672/2016, sobre DESPIDO, y entablado por Dª. Lidia frente al AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA y MINISTERIO FISCAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.



Por el Magistrado Ilmo. Sr. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, se ha formulado voto particular concurrente, el cual se expresa al final de la presente resolución.

## ANTECEDENTES DE HECHO

*PRIMERO* .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

*PRIMERO*. La demandante ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Cartagena desde el 1 de marzo de 2010 como operadora, conductora de ambulancia y enfermera.

*SEGUNDO*. La demandante prestaba servicios como voluntaria en la Agrupación Municipal de Voluntarios de Protección Civil del Ayuntamiento de Cartagena.

*TERCERO*. La actora, durante la última campaña (de octubre de 2015 a mayo de 2016) trabajó un total de 143 guardias, en turnos de 12 horas hasta febrero de 2.016 y de 8 a partir de ese momento, lo que supone un total 1.252 horas según desglose contenido en la demanda, que se da por reproducido.

*CUARTO*. La demandante percibía 40 euros por cada guardia realizada.

*QUINTO*. Los voluntarios integrantes de la agrupación se adscribían a los cuadrantes de guardias en función de su disponibilidad.

*SEXTO*. El coordinador de emergencias (funcionario del Ayuntamiento) elaboraba los cuadrantes.

*SÉPTIMO*. En caso de que algún voluntario no pudiera cubrir una guardia, tenía que avisar para designar a un sustituto.

*OCTAVO*. Las guardias se abonaban en idéntica cuantía a todos los voluntarios, sin necesidad de justificar ningún gasto, excepto los jefes de grupo, que cobraban 50 € por guardia en atención a su mayor responsabilidad.

*NOVENO*. En fecha 30-9-16 se cerró el centro de protección civil, a fin de reorganizar el servicio, aunque durante la semana siguiente se siguieron prestando servicios en dicho centro por voluntarios para ir recogiendo los materiales.

*DÉCIMO*. Posteriormente, el Ayuntamiento publicó en Internet un documento de compromiso de voluntariado y renuncia a la condición de personal laboral que los voluntarios debían suscribir si querían continuar prestando servicios.

*UNDÉCIMO*. El servicio se ha reanudado en el mes de marzo con aquellos voluntarios que han suscrito el documento.

*DUODÉCIMO*. En el mes de mayo de 2.016 varios voluntarios presentaron demandas reconociendo la condición de personal laboral.

*DECIMOTERCERO*. En fecha 16-4-10 el Ayuntamiento de Cartagena y el Servicio Murciano de Salud firmaron el Convenio de Colaboración para la prestación de la asistencia pública de emergencias. En dicho convenio el Ayuntamiento se compromete a establecer un servicio permanente de 24 horas con una ambulancia asistencial de soporte vital. Por este Convenio el Ayuntamiento percibiría la cantidad de 150.000€ anuales.

*DECIMOCUARTO*. El 6-8-15 el Ayuntamiento de Cartagena y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia firmaron la prórroga del convenio para la colaboración con el servicio del 112, que había sido suscrito el 13-8-13. En virtud de dicho convenio, la Comunidad Autónoma se compromete a proporcionar la formación inicial y permanente al personal del Ayuntamiento de Cartagena que va a operar los equipos y sistemas instalados, y éste a operar el sistema instalado en su totalidad mediante dotación del personal necesario para la misión.

*DECIMOQUINTO*. En fecha 22-12-15 se firmó el convenio entre la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento de Cartagena para el establecimiento de la estructura operativa y el despliegue del servicio de vigilancia y rescate en playas, que obra en autos y cuyo contenido se da por reproducido.

*DECIMOSEXTO*. El número de voluntarios adscritos al servicio antes de su cierre era de entre 200 y 300.

*DECIMOSÉPTIMO*. La demandante ha trabajado en el mismo servicio como operadora, contratada por la empresa "Mantenimientos y Custodias Arqueológicas, desde el 1 de junio al 30 de septiembre de 2.013, desde el 3 de junio al 30 de septiembre de 2.014, y desde el 1 de junio al 30 de septiembre de 2.015.

*DECIMOCTAVO*. La demanda fue presentada en el Registro General de los Juzgados de Cartagena el 7-11-16.



**SEGUNDO** .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que, estimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Lidia contra el AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA, declaro NULO el despido de la actora y condeno al organismo demandado a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir".

**TERCERO** .- De la interposición del recurso.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la Procuradora D<sup>a</sup>. Eva Escudero Vera, en representación de la parte demandada.

**CUARTO** .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. Francisco Tomás Antón García en representación de la parte demandante y por el Ministerio Fiscal.

**QUINTO** .- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9 de abril de 2018 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**FUNDAMENTO PRIMERO** .- La actora, D<sup>a</sup>. Lidia , presentó demanda, solicitando "que por presentado este escrito en unión de la documentación que al mismo se acompaña y copia de todo ello para su traslado la demandada, se sirva admitirlo, tenga por formulada demanda sobre DESPIDO contra Excelentísimo Ayuntamiento de Cartagena, señalar día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio y, previo el recibimiento a prueba, dicte en definitiva sentencia por la que, estimando la demanda, declare la nulidad o en su caso la improcedencia de mi trabajo, y condene al demandado a los efectos jurídicos que de tal declaración se deriven".

La sentencia recurrida estimó la demanda.

El Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, disconforme, instrumentó recurso de suplicación y pide "Que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, y por devueltos los autos que lo acompañan, se sirva admitirlo, y en su virtud tenga por formulado recurso de suplicación contra la Sentencia n.º 269/2017 del Juzgado de lo Social Número Uno de Cartagena, de fecha 21 de julio de 2017 , dictados en los autos arriba referenciados y, en consecuencia, dicte nueva resolución por la que estime este recurso, revoque la Sentencia, y, en su lugar, con desestimación de la demanda en lo que a este Ayuntamiento se refiere, y absuelva al mismo".

La actora impugna el recurso y se opone.

El Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la sentencia.

**FUNDAMENTO SEGUNDO** .- Se instrumenta un motivo de recurso y se denuncia:

1. Caducidad acción.- Al amparo procesal del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , se denuncia la infracción del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores : excepción de caducidad: 3. El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.

Pues bien en el Hecho séptimo de la demanda, se dice que en fecha 1 de octubre se cerró el Centro de Coordinación de Emergencias, aunque más adelante se menciona el 7 de octubre.

Ya sea el 1, ya sea tomando como última fecha el 7 de octubre, lo que es evidente que en el caso que nos ocupa, si la trabajadora deja de prestar servicio en febrero de 2016 (hecho cuarto de la demanda) y era contratada para el verano como fijo discontinuo (según la demanda) y el verano de 2016 no fue llamada, es evidente que el dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad se iniciaba en junio de 2016 y no en octubre de 2016 cuando cerró el Centro como erróneamente manifiesta la sentencia.

La actora impugna el motivo y se opone.

El Ministerio Fiscal defiende que esta jurisdicción es competente para decidir.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala, previamente a cualquier otra cuestión, debe analizar si es competente para decidir y entiende que concurre competencia jurisdiccional por el conjunto de circunstancias que interactúan, pues inicialmente, el voluntariado se caracteriza por su carácter altruista o solidario. Ello



no ocurre en el supuesto actual, pues, a la luz de los hechos declarados probados, aunque no desvirtúa su naturaleza que se perciban por el voluntario indemnizaciones y dietas por gastos, de tal manera que no resulte económicamente perjudicado, si se desvirtúa la misma cuando se perciben cantidades que no encajan, en razón de las circunstancias del supuesto concreto, en el concepto de compensación de indemnizaciones y gastos o que sobrepasan de forma manifiesta tal finalidad compensatoria. El altruismo está ausente. El propio proceso lo acredita. Tales cantidades, en el conjunto de circunstancias, no resultan justificadas como gastos, pues no existe base fáctica que justifique su percepción en tal concepto.

Ello supone que no se está ante un supuesto de voluntariado sino de una relación jurídica diferente, calificable de laboral, como se razonará a continuación, no solo porque la disponibilidad es una forma de voluntariedad, compatible con ella como elemento del concepto de contrato de trabajo, si concurren el resto de circunstancias que lo caracterizan. En otras palabras, una vez que opera en la realidad la puesta a disposición, el concernido queda vinculado en términos asimilables a los laborales, integrándose en la organización como dependiente, activándose la presunción iuris tantum del artº 8.1 del ET .

Es determinante que el trabajo del voluntario no puede sustituir el trabajo retribuido y ello ha ocurrido en el caso actual, teniendo en cuenta que la actora ha desempeñado el mismo puesto de trabajo como operadora en virtud de un contrato de trabajo y, finalmente, no se ha limitado a realizar actividades en relación con programas o proyectos concretos sino que ha participado en la realización de funciones permanentes o propias del Ayuntamiento -así resulta de los hechos declarados probados segundo a quinto- y, en tales términos, el motivo no puede prosperar, pues se está en un entorno de prestación fraudulenta de servicios, cuando, en el caso actual, no se acredita que las denominadas dietas compensen gastos por colaboración como voluntario, y, en consecuencia, se debe presumir su carácter salarial ( artº 26 del ET ) y debe operar la presunción del artº 8.1 del mismo, en cuanto a la naturaleza laboral.

En efecto, el contrato de trabajo se caracteriza porque el trabajador está inmerso en el círculo organizativo y disciplinario del empresario, por lo que se podría objetar que no ha estado sometido al círculo disciplinario. Tal conclusión no es aceptable en el supuesto actual, ya que se está ante una situación irregular, en la que lo propio es que tal ámbito permanezca encubierto u opaco y, además, si el trabajador se comportó regularmente no viene al caso que el empresario ejercitase las facultades disciplinarias ni se excluye que se hubiesen podido ejercitar de facto, por ejemplo, no volviéndole a convocar. La presunción del artº 8.1 del ET es plenamente operativa.

Así resulta del relato fáctico de la sentencia recurrida. Por último, el artº 10 de la Ley de voluntariado de la Región Autónoma Murcia establece como requisito que su actividad se ejerza con autonomía de los poderes públicos y se constata una intensa dependencia del Ayuntamiento de Cartagena.

No es ocioso referir que el espíritu del voluntariado se plasma en la exposición de motivos de la Ley 45/2015, que indica ..."La Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado y las diferentes normas de voluntariado de las comunidades autónomas coinciden en gran medida en las notas configuradoras y en los principios que inspiran la acción voluntaria: solidaridad, voluntariedad y libertad, gratuidad y vinculación a la entidad de voluntariado y a un programa de voluntariado.

Estos principios también han sido recogidos en los diferentes informes internacionales del voluntariado, tales como el Dictamen de 13 de diciembre de 2006 del Comité Económico y Social Europeo «Actividades de voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» o el Estudio sobre el voluntariado en la Unión Europea «Study on Volunteering in the European Union. Final Report», elaborado por la Education, Audiovisual & Culture Executive Agency presentado el 17 de febrero de 2010, que incorpora nuevas perspectivas de actuación en la acción voluntaria. Además, como conclusiones del Año Europeo del Voluntariado 2011, se aprobaron diferentes documentos, tales como la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2011, sobre «Políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas» o las Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de junio de 2012, sobre el «Reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE» y de 10 de diciembre de 2013, sobre «El voluntariado y las actividades de voluntariado». La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los «Requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación "au pair" de 2013» también debe ser tenida en cuenta.

Más recientemente, el Reglamento (UE) núm. 375/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE») y su Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1244/2014, de la Comisión, de 20 de noviembre de 2014, han diseñado un nuevo marco europeo para el desarrollo del voluntariado humanitario durante el periodo 2014-2020.



La presente Ley no sólo no se aparta de ese núcleo esencial del actuar voluntario, sino que lo refuerza y lo adapta a las necesidades de un voluntariado del siglo XXI.....

Por otra parte, la Ley impide que la acción voluntaria organizada sea causa justificativa de la extinción de contratos de trabajo por cuenta ajena tanto en el sector público como en el privado, con independencia de la modalidad contractual utilizada, o que pueda sustituir a las Administraciones públicas en funciones o servicios públicos a cuya prestación estén obligadas por ley".

A fortiori, el artº 3 de la Ley del voluntariado de la Región de Murcia, Ley 5/2004, de 22 de octubre contiene el siguiente concepto de voluntariado " 1. A los efectos de la presente ley , se entiende por voluntariado el conjunto de actividades dirigidas a la satisfacción de áreas de interés general, desarrolladas por personas físicas, a través de entidades públicas o privadas inscritas en el registro de asociaciones de voluntariado sin ánimo de lucro debidamente organizadas, siempre que se realicen en las siguientes condiciones:

- a) Que tengan un carácter continuo, altruista, responsable y solidario.
- b) Que su realización sea voluntaria y libre, sin que tengan causa en una obligación personal o deber jurídico.
- c) Que se realicen fuera del ámbito de una relación laboral, funcionarial, mercantil o de cualquier otro tipo de relación retribuida.
- d) Que se realicen sin ningún tipo de contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que la actividad realizada pudiera ocasionar.
- e) Que se desarrollen en función de programas o proyectos concretos, de interés general.
- f) Que dicha actividad se ejerza con autonomía respecto a los poderes públicos.

2. No tendrán la consideración de voluntariado, a efectos de la presente ley, las acciones solidarias o ayudas voluntarias en las que concurra alguna de estas características:

- a) Ser realizadas de forma aislada, espontánea o esporádica.
- b) Atender a razones familiares o ser efectuadas a título de amistad o buena vecindad.
- c) Ser prestadas al margen de las entidades reguladas en el art. 10 de esta Ley.

3. La actividad de voluntariado no podrá, en ningún caso, sustituir al trabajo remunerado o a la prestación de servicios profesionales retribuidos."

Por su parte, el artº 10 recoge el concepto de las entidades de voluntariado, en los siguientes términos: "A los efectos previstos en la presente ley, tendrán la consideración de entidades de voluntariado, las entidades, públicas o privadas, cualquiera que sea su forma jurídica, que con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro, estén debidamente registradas y legalmente constituidas conforme a la normativa que le sea aplicable, siempre que desarrollen de forma permanente, estable y organizada, programas o proyectos concretos de voluntariado en el marco de las áreas de interés general señaladas en esta ley, y desarrollen su actividad fundamentalmente a través de voluntarios o estén integradas mayoritariamente por éstos".

Como resumen, ante un supuesto fáctico tan complejo, por lo que se impone un estudio singularizado de cada supuesto, se debe concluir que medió relación laboral cada vez que colaboró efectivamente, prestando efectiva o realmente sus servicios, dado que la calificación de voluntariado, en razón de la patología jurídica de la relación, fue frecuentemente un nominalismo, y ello supone que la relación laboral fue fruto de una situación esporádica voluntarista, de intermitencia subjetivista, y se extinguió cada vez que se dejaba de prestar servicios, pues la concurrencia de interrupciones significativas impide considerar que fuera indefinida, y tampoco se puede calificar como a tiempo parcial indefinido o de fijeza discontinua, ya que la parte demandada no estaba obligada a convocar a la actora según contrato vinculante, pues su presencia dependía de su libérrima voluntad, pues se absorbían según disponibilidad y, por tanto, periclita su máxima expresión, la del despido por falta de llamamiento. Además, no concurren los requisitos de los artículos 12 y 14 del ET , pues, en cuanto al contrato a tiempo parcial indefinido, no cabe concluir que se pactase la realización de trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa y, en cuanto al de fijeza discontinua, ni siquiera existía realmente una previsión sobre el orden de llamamiento y se desvanece una de sus características fundamentales, la del despido por falta de llamamiento. Se está en presencia de una situación compleja, sui géneris o atípica en su complejo desarrollo, en que aparecen una diversidad de relaciones independientes, en su caso, de carácter laboral, que se fueron extinguiendo conforme se cesaba de prestar servicios efectivos.



En consecuencia, en los términos de la problemática planteada, no se está en el caso de acordar la incompetencia de jurisdicción, sino, que, ausente la relación laboral en el momento del supuesto despido, lo que procede es la desestimación de la demanda, como se comprobará a continuación.

En efecto, no consta que mediase relación laboral ni cualquier otra de distinta naturaleza, competencia de otra jurisdicción.

Ello, no obstante, si se entendiese a puros efectos dialécticos que medió una relación laboral de fijeza discontinua o asimilable, es claro que mediaría caducidad de la acción.

**FUNDAMENTO TERCERO** .- Se instrumenta un motivo de recurso y se denuncia infracción de los 23.2, 24, 117 y 103.2 de la Constitución, 21.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 55.5 y 6 y 56 del Estatuto de los Trabajadores.

La actora impugna el motivo y se opone.

Vistas las alegaciones formuladas, subsistente el relato fáctico, la Sala entiende que el motivo debe desestimarse pues, en octubre de 2016, no se acredita que existiera efectiva prestación de servicios, por lo que no existía relación laboral. Ello es independiente y ajeno a lo que pudo ocurrir con otros afectados, pues aquí se trata de decidir sobre el caso particular de la actora. No cabe generalizar una situación sin considerar los datos relevantes de cada relación jurídica.

**FUNDAMENTO CUARTO** .- Como se dijo con anterioridad, al no mediar, en la fecha del supuesto despido, relación laboral, es claro que no se produjo despido alguno, pero de haberse producido, resulta que la sentencia recurrida lo hubiera considerado nulo, pues así consta en la sentencia recurrida, pero tal calificación es inasumible, desde un punto de vista de razonabilidad, por cinco motivos esenciales, que son: 1) se presenta un entramado de relaciones jurídicas, en un supuesto de hecho complejo, que exige un estudio pormenorizado individualizado, sin que sea aceptable un enfoque simplista; 2) no existe certeza de que todas las relaciones tengan la misma naturaleza; 3) no se plantea una demanda colectiva que propicie tal análisis; 4) en discusión su naturaleza se llegaría, con la declaración de nulidad, a una solución desproporcionada, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica ( artº 9.3 de la CE ); y 5) con la declaración de nulidad luce una clara desmesura en la consecuencia jurídica.

Ello supone que, de haber estado la relación laboral vigente, habiéndose calificado como tal por las razones anteriormente expuestas, debería haberse calificado el despido como improcedente por defecto de forma y falta de justificación, si bien, a efectos de indemnización solo podría computarse la prestación de servicios posterior a la última contrata para la que prestó servicios, que se fija en términos concretos, ya que se produjo la extinción de la relación anterior.

Ello, en principio, hubiera supuesto, a efectos de indemnización, que el periodo computable del mismo ascendería a 1252 horas, con una equivalencia a 156,5 días, a razón de 8 horas de trabajo diarias, según un salario de 40 euros diarios, con las consecuencias del artº 56 del ET .

Tampoco consta que la actora ejercitase previamente alguna acción administrativa o judicial que ofreciera cobertura a la hipotética violación de la garantía de indemnidad, aparte de que es legítimo intentar esclarecer una situación jurídica.

**FUNDAMENTO QUINTO** .- Como resumen y síntesis de lo expuesto con anterioridad y para mayor claridad, cabe precisar:

1) La relación jurídica es laboral desde que el convocado/a acepta prestar servicios y hasta que los presta, momento en la que se extingue, cuando deja de estar disponible de forma significativa o no esporádica. La voluntariedad del supuesto voluntariado se concreta en el carácter voluntario de la prestación de servicios, ya que concurren el resto de requisitos, arte 8.1 del ET. Se trata de una relación laboral sui generis o atípica, en razón de sus peculiaridades que no se refleja específicamente en una forma legalmente descrita en el ordenamiento jurídico, pero que es compatible con él.

2) Ello es así porque no media una obligación de prestar servicios en razón de algún llamamiento, puesto que depende de la disponibilidad del concernido, que podría ir o no ir, por lo que, cuando deja de estar disponible de forma significativa o no esporádica, la relación laboral se extingue y no existe obligación empresarial de convocar o llamar, lo que es relevante a efectos de calificación jurídica, pues el arte 1256 del Código Civil establece que el cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una parte y supone la extinción de dicha relación jurídica al ser inviable la existencia de una relación contractual con tal condicionamiento.

3) Como consta que la actora prestaba servicios de octubre a mayo, en septiembre no existía relación laboral.



4) Del mismo modo, a efectos puramente dialecticos, si se considera que la relación era de fijeza o de fijeza discontinua, habría que entender que concurriría caducidad, dado que no fue convocada a partir de junio y no consta que fuese de las que prestaron servicios con posterioridad.

5) La calificación del despido no podría ser la de nulidad, como se indica en el fundamento de derecho cuarto. Además, no consta que la actora reclamase frente a la empresa con anterioridad, por lo que no se advierte violación de la garantía de indemnidad (arte 24 de la CE).

6) De calificarse como despido improcedente habría que tener en cuenta los días trabajados a efectos indemnizatorios.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, dejándola sin efecto y lo debemos absolver y absolvemos de la demanda de la actora, D<sup>a</sup> Lidia .

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco Santander, S.A., cuenta número: ES553104000066127117, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco Santander, S.A., cuenta corriente número ES553104000066127117, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

## VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULA EL MAGISTRADO

### ILMO. SR. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ

Voto particular CONCURRENTES que formula el Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, respecto de la sentencia de esta Sala de fecha 27 de junio de 2018, nº 621/2018, Recurso de Suplicación nº 1271/2017.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada por esta Sala de fecha 27 de mayo de 2018, nº 621/2018, dictada en el



Recurso de Suplicación nº 1271/2017 para sostener la posición que mantuvo en la deliberación, siguiendo la argumentación contenida en la sentencia de esta Sala de fecha 9 de mayo de 2018 .

Estoy conforme con el sentido de fallo, tanto en relación con la estimación de la caducidad de la acción ejercitada, pues es evidente que los últimos servicios prestados por la demandante concluyeron en mayo del 2016, como en cuanto afirma la naturaleza laboral de la relación que ha existido entre la actora y el ayuntamiento demandado.

Mi discrepancia está relacionada con los argumentos para apreciar la naturaleza laboral de la relación de servicios.

Tratándose de definir si la relación de servicios era la propia del voluntariado o una de carácter laboral, la cuestión afecta a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada, por lo que la sala puede valorar libremente la prueba practicada.

En el presente caso, la actora en su demanda afirma que durante todo el tiempo los servicios prestados han sido como operadora, conductora de ambulancia y enfermera y para acreditarlo presenta un informe de la jefatura de la agrupación de voluntarios

En relación a los servicios como operadora, de la prueba documental aportada, se desprende que los servicios están relacionados con el servicio 112, el cual es una actividad permanente del ayuntamiento demandado que este ha asumido como consecuencia del convenio de colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma y en el convenio de colaboración el ayuntamiento se comprometía a prestarlo con su propio personal. La prestación del servicio mediante voluntarios, sin suscribir contrato de trabajo, se ha de considerar fraudulenta, pues no solo vulnera los términos del acuerdo de colaboración, sino, también el artículo 4 del RD 45/2015 . Se da así mismo la circunstancia de que la jornada de las operadoras era de 7.5 horas, duración que les permite llevar a cabo las comidas principales en su casa, de modo que la dieta que percibían por cada día de servicios no se puede considerar como de carácter indemnizatorio, sino salarial. Dado que la actora no ha prestado servicios como operadora todos los días, la relación laboral habría de ser calificada como a tiempo parcial, en proporción a los días trabajados durante el último año, y siendo el beneficiario de los servicios una administración pública la relación sería de carácter indefinido no fijo.

Tratamiento diferente merecen los servicios que la actora haya prestado como enfermera. No consta que el ayuntamiento de Cartagena sea titular de establecimientos hospitalarios y, según refiere la demandante, los servicios los prestaba cuando en la agrupación de voluntarios se recibía una llamada que afirmaba la existencia de alguna persona necesitada de asistencia. Este tipo de servicios por parte del Ayuntamiento de Cartagena no está contemplado por ninguno de los planes de Protección Civil que operan en la región de Murcia ni en los convenios de colaboración que el ayuntamiento haya podido suscribir a tal efecto, por lo que no se puede calificar como servicio permanente del ayuntamiento, sino como aquellos otros que son propios de los que presta el voluntariado de protección civil de dicha localidad.