



Roj: **STS 4533/2000** - ECLI: **ES:TS:2000:4533**

Id Cendoj: **28079140012000101039**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2000**

Nº de Recurso: **2645/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Beatriz y D<sup>a</sup> Regina , representadas y defendidas por la Letrada Sra. Domínguez Hernández, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 26 de febrero de 1.999, en el recurso de suplicación nº 2990/98, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de abril de 1.998 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla, en los autos nº 1052/96, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CASARICHE, D<sup>a</sup> Julia y D<sup>a</sup> Catalina , sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CASARICHE, representado y defendido por el Letrado Sr. Montero Gómez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 26 de febrero de 1.999 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla, en los autos nº 1052/96, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CASARICHE, D<sup>a</sup> Julia y D<sup>a</sup> Catalina , sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) es del tenor literal siguiente: "Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por Beatriz y Regina frente a la sentencia de 20 de abril de 1.998, dictada por el Juzgado de lo social nº 10 de los de Sevilla, en virtud de demanda de despido formulada por las expresadas recurrentes contra el Ayuntamiento de Casariche, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 20 de abril de 1.998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Beatriz y Regina han venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Ayuntamiento de Casariche desde el día tres de enero de 1.989, en las distintas campañas de apertura de la guardería infantil municipal y en las siguientes condiciones: lugar de trabajo, Casariche (Sevilla), guardería infantil, categoría profesional, auxiliar de guardería; trabajos realizados, los propios de su categoría; salario, 130.930 ptas. mensuales, salario diario a efectos de indemnización por despido, 4.364 ptas./día. ---2º.- Con fecha 14-10-1996 tuvieron conocimiento que la demandada Ayuntamiento de Casariche había abierto la guardería infantil para la campaña de la aceituna 96/97, previo aviso a las trabajadoras de la misma, sin que hayan sido llamadas las actoras para prestar sus servicios de auxiliares de guardería y sin que se les haya notificado la causa de ello. ---3º.- Instada la preceptiva reclamación previa ante el Ayuntamiento de Casariche, en 16-10-96 no se les ha notificado resolución o acuerdo alguno al respecto. ---4º.- Las actoras no han ostentado nunca la representación legal o sindical de trabajadores y no están afiliadas a sindicato de trabajadores. ---5º.- En respuesta a la petición solicitada por la DIRECCION000 de servicios sociales del Ayuntamiento de Casariche, D<sup>a</sup> Estefanía , con fecha 7-1-97 el equipo técnico de servicios sociales comunitarios de dicho Ayuntamiento emite un informe sobre el



proceso de selección para cubrir dos plazas de auxiliares y dos plazas de técnicos para la guardería municipal temporera, y expone lo siguiente: "siguiendo las bases publicadas a tal efecto, las cuales establecían que las pruebas de selección consistirían en una prueba psicotécnica y una de conocimientos de carácter selectivo, y una entrevista personal, llevadas a cabo los días 27 de septiembre y 3 de octubre de 1.996 respectivamente. Finalmente se procedió a la baremación de los méritos alegados para aquéllos aspirantes que superaran las pruebas anteriormente citadas. Tras la finalización de todo el proceso selectivo, los aspirantes seleccionados fueron: técnicos de guardería, Luz y Elvira ; auxiliares de guardería, Catalina y Julia ". ---6º.- Con fecha 10-9-1996 se colocó el anuncio para contratar personal para la guardería temporera, así mismo las bases de la convocatoria estuvieron expuestas en el tablón de anuncios desde el día 10 hasta el 20, inclusive, de septiembre, junto con el mencionado anuncio. ---7º.- Las bases constan el folio 186 y se tienen por reproducidas. ---8º.- Las actoras no se presentaron a esas pruebas selectivas. ---9º.- Beatriz suscribió, como ha acreditado, los siguientes **contratos**:

-De tiempo parcial, al amparo del R.D. 1991/84, por tiempo determinado y duración entre el 3-1-89 y 3-3-89. Consta al folio 227 y 227 vuelto y se reproduce.

-Idéntico que el anterior, duración entre el 10-10-89 y 9-11-89, consta al folio 228 y 228 vuelto y se reproduce.

-Idéntico al anterior, duración entre 3-1-90 y 3-3-90, consta el folio 229 y 229 vuelto y se reproduce.

-**Contrato** para obra o servicio determinado, al amparo del R.D. 2104/84, duración entre el 1-10-90 y 31-3-91, consta al folio 230 y 230 vuelto y se tiene por reproducido.

-Idéntico al anterior, duración entre el 1-4-91 y terminación del servicio, consta a los folios 231 y 231 vuelto y se tiene por reproducido.

-Idéntico al anterior, duración entre el 1-9-91 al 29-2-92, consta a los folios 232 y 232 vuelto y se reproduce.

-Idéntico al anterior, duración 1-10-92 y 31-3-93 consta a los folios 233 y 233 vuelto y se reproduce.

-Idéntico al anterior, duración 1-4-93 hasta terminación; consta a los folios 234 y 234 vuelto y se tiene por reproducido.

-Idéntico al anterior, duración 15-10-93 hasta terminación; consta a los folios 235 y 235 vuelto y se reproduce.

-Idéntico al anterior, duración 4-10-94 hasta terminación; consta a los folios 236 y 236 vuelto y se tiene por reproducido.

-Idéntico al anterior, duración entre el 1-6-95 y terminación de obra. Este **contrato** fue modificado mediante acuerdo que establece que "el objeto del presente **contrato** es la prestación del servicio de guardería temporera correspondiente a la campaña de recolección de aceituna 1995/96". Consta a los folios 237, 237 vuelto y 238 y se reproduce.

---10º.- Con respecto a Regina sus **contratos** que ha acreditado son idénticos a los de Beatriz . constan a los folios 242 a 254 y se reproducen. ---11º.- El Ayuntamiento de Casariche ha cotizado por Beatriz , en relación a la referida contratación, por 1.343 días y por Regina 1.343 días".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por Beatriz y Regina contra el Excmo. Ayuntamiento de Casariche y Julia y Catalina , debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- La Letrada Sra. Domínguez Hernández, mediante escrito de 16 de julio de 1.999, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) de 16 de junio, 14 de septiembre de 1.992, 6 de septiembre de 1.993, 7 de febrero de 1.994, 30 de diciembre de 1.996. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 12.3.b) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 9 de septiembre de 1.999 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- En la mencionada providencia se concedió al recurrente un plazo de 10 días para que eligiera, entre las sentencias que invoca, una por cada materia de contradicción alegada, con la advertencia de que de no hacer dicha elección se entenderá que opta por la más moderna. Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrente sin haber efectuado alegación alguna se designó como sentencia de contradicción la dictada en fecha 30 de diciembre de 1.996 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla).



SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta en la sentencia recurrida que las actoras prestan servicios a la entidad local demandada desde 1989 en las distintas campañas de apertura de la guardería infantil y que con fecha de 14 de octubre de 1996 tuvieron conocimiento que se había abierto la guardería para la campaña de la aceituna sin que hubiesen sido llamadas. También consta que la entidad local abrió un proceso de selección para cubrir dos plazas de auxiliares de guardería, en el que fueron seleccionadas otras personas. Las actoras no concurrieron al proceso de selección. La sentencia recurrida confirma la de instancia que había desestimado las demandas por despido. Este pronunciamiento se funda en que "la sucesiva contratación **temporal** de las demandantes para las funciones de auxiliares de guardería infantil durante las correspondientes campañas de recolección, en que el Ayuntamiento dispuso de tal servicio, (...) no las convierte en el carácter propugnado de fijas discontinuas", ya que el servicio municipal de guardería no tiene carácter de actividad permanente conforme al artículo 26.1 de la Ley de Bases del Reglamento Local.

La sentencia que se designa para acreditar la contradicción es la de la Sala de lo Social de Sevilla de 30 de diciembre de 1996, que decide el caso de unas trabajadoras contratadas desde 1989 como cuidadoras de una guardería municipal durante las campañas de la aceituna, que no fueron llamadas en 1995, porque el Ayuntamiento **contrató** el servicio de guardería con una empresa especializada. La sentencia desestima el recurso del Ayuntamiento y confirma la declaración de improcedencia de los despidos por entender que las trabajadoras son fijas discontinuas.

SEGUNDO.- Es clara la existencia de contradicción en el punto que se refiere a la calificación del vínculo existente entre las partes, aunque la calificación del cese pueda presentar algunas diferencias, como consecuencia del proceso de selección aplicado en el caso que decide la sentencia recurrida. Pero la Sala ha admitido que en las denominadas controversias complejas la existencia de contradicción en un punto que abre la decisión a los restantes es suficiente para cumplir el requisito de la contradicción. La otra diferencia que apunta la parte recurrida en cuanto a las peticiones de calificación del despido en los dos procesos -nulo en la de contraste e improcedente en suplicación en la recurrida- no son relevantes en orden a la cuestión debatida.

TERCERO.- La doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, porque estamos ante una contratación laboral que ha de regirse por normas laborales y ampararse en alguna de las causas que establece el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, desde esta perspectiva, es evidente que en el presente caso la justificación de la limitación **temporal** de los **contratos** sucesivos no puede acogerse a ninguna de estas causas. Es obvio que no se trata de interinidad en ninguna de sus modalidades; no hay tampoco una necesidad extraordinaria de trabajo temporalmente limitada como consecuencia de alguno de los factores que menciona el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (acumulación de tareas, circunstancias de mercado...) y, por último, no existe, una obra o servicio determinado, pues el servicio es en sí mismo permanente y la única restricción **temporal** deriva de la discontinuidad de su prestación en atención a la necesidad de guarda durante las campañas a que atiende. El límite **temporal**, que, como se ha acaba de decir, no está en la actividad en sí misma, ni en las condiciones de su prestación, tampoco puede derivarse, como pretende la sentencia recurrida, de que en el artículo 26.1 de la Ley de Bases del Reglamento Local no se configure la actividad de guardería como una actividad permanente del Ayuntamiento. En primer lugar, porque las que se definen en este artículo no son las actividades administrativas permanentes del municipio, sino las actividades de prestación obligatoria y, aunque la prestación de servicios de guardería no fuese actividad obligatoria, es actividad posible en el marco de la prestación de servicios sociales conforme al artículo 25.2.k) de la mencionada Ley. En segundo lugar, porque no concurre ningún elemento objetivo y externo que conforme a la doctrina de la Sala (sentencias de 18 de diciembre de 1998 y 28 de diciembre de 1998) permita entender limitada temporalmente la prestación de servicios contratada, ni concluir que tal limitación se refiere, de forma independiente, a cada período anual de apertura de la guardería y buena prueba de ello es que la actividad continúa desarrollándose por otros trabajadores contratados para sustituir a las actoras. Lo que hay, por tanto, es un trabajo fijo discontinuo en el sentido precisado en el artículo 11.1 del Real Decreto 2194/1984 y por la doctrina de la Sala contenida en las sentencias de 26 de mayo de 1.997, 25 de febrero de 1.998, 23 de junio de 1.998 y 5 de julio de 1.999. No desconoce la Sala la doctrina de la sentencia de 10 de diciembre de 1.999, dictada también en un caso de guardería municipal en funcionamiento por la campaña de la aceituna, pero esa doctrina no es aplicable en el supuesto que aquí se decide, porque en esa sentencia se parte de que la actividad desarrollada estaba condicionada por la percepción de las subvenciones concedidas cada año con este fin por la diputación provincial.



CUARTO.- El cese, por tanto, de las actoras no puede justificarse por el vencimiento de ningún término y en este sentido ha de unificarse la doctrina. Pero dicho de esto y teniendo en cuenta la doctrina establecida por la Sala en la sentencia de 20 de enero de 1998 y en otras posteriores, sobre las consecuencias de las irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas, debe examinarse si la selección realizada puede considerarse un sistema de provisión idóneo para determinar la cobertura regular de los puestos de trabajo de las demandantes a efectos de entender que se ha producido la causa lícita de extinción de sus **contratos** de trabajo a que se refieren las citadas sentencias. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. El artículo 103 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que "el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos" y el artículo 91.1 de la citada Ley prevé que "las corporaciones locales formularán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal" y en el número 2 se añade que "la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". Estas exigencias no se han cumplido en la provisión a que se refieren los hechos probados quinto, sexto y séptimo, pues no se han incluido las plazas en la oferta pública de empleo y no consta publicación oficial de la convocatoria, aparte de la inclusión en tablón de anuncios (hecho probado sexto).

QUINTO.- Procede, por tanto, la estimación del recurso como propone el Ministerio Fiscal, casando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, hay que estimar también el recurso de las actoras y, con revocación de la sentencia de instancia, declarar los despidos improcedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias que ello se derivan, conforme al artículo 56 del citado texto legal. A tal efecto y teniendo en cuenta el carácter discontinuo del trabajo, hay que realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, no constan en la sentencia los días trabajados en cada periodo de contratación, ni éstos pueden deducirse las referencias a los **contratos** que figuran en los hechos probados noveno y décimo. Hay que estar, por tanto, al dato que se recoge en el hecho probado undécimo que establece que el Ayuntamiento "ha cotizado por Beatriz , en relación a la referida contratación, por 1.343 días y por Regina 1.343 días". Esto da un periodo medio anual de 191 días de prestación de servicios, a los que debe referirse la condena al abono de los salarios de tramitación de cada año desde la fecha del despido. En cuanto a la fijación de la indemnización, debe estarse también al dato del hecho probado undécimo, que supone una antigüedad de tres años y nueve meses a efectos de cálculo de la indemnización por despido, lo que, teniendo en cuenta el salario diario que se declara probado (4.364 ptas.), da (s.e.u o.) una indemnización por despido de 736.425 ptas. En cuanto a las codemandadas debe absolverse a las mismas, pues no están directamente afectadas por el fallo de esta sentencia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Beatriz y D<sup>a</sup> Regina , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 26 de febrero de 1.999, en el recurso de suplicación nº 2990/98, interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de abril de 1.998 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla, en los autos nº 1052/96, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CASARICHE, D<sup>a</sup> Julia y D<sup>a</sup> Catalina , sobre despido. Casamos la sentencia recurrida. Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por las actoras y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos parcialmente la demanda y declaramos improcedentes los despidos de las actoras. Condenamos al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CASARICHE a que las readmita o les abone una indemnización de 736.425 ptas. a cada una de ellas. Condenamos también a la entidad demandada al abono en todo caso de los salarios dejados de percibir y al mantenimiento del alta en la Seguridad Social con las correspondientes cotizaciones desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 191 días al año, con aplicación, en su caso, del descuento que autoriza el inciso final del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, si las trabajadoras hubieran encontrado otro empleo con anterioridad a esta sentencia y se prueba lo percibido para su descuento, todo ello sin perjuicio de que la entidad demandada pueda reclamar al Estado los salarios y las cotizaciones que excedan del límite de sesenta días en la forma prevista en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral. La opción entre readmisión o indemnización deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, entendiéndose que procede la readmisión en caso de no ejercitarse la opción. Absolvemos a D<sup>a</sup> Julia y D<sup>a</sup> Catalina .



Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ