

Roj: **STS 8372/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:8372**Id Cendoj: **28079140012009101008**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/12/2009**Nº de Recurso: **1691/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 417/2009,**
STS 8372/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a MARÍA DOLORES GARCÍA FALCÓN actuando en nombre y representación de D^a **Alejandra** contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, en recurso de suplicación núm. 617/2008, formulado contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social de Gáldar, en **autos núm. 71/2008, seguidos a instancia de D^a Alejandra contra AYUNTAMIENTO DE GÁLDAR sobre DESPIDO.**

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de marzo de 2008 el Juzgado de lo Social de Gáldar dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** La parte actora, con D.N.I. nº NUM000 , ja venido prestando servicios para la Corporación demandada, con antigüedad de 26.06.2007, categoría de cuidadora, con salario de 43,76 euros/día brutos y prorrateados. **2º)** Ambas suscribieron contrato por obra o servicio determinado con fecha 26.06.207 hasta 31.12.2007, siendo el objeto del mismo: "bajo las directrices del director de la Guardería, el cuidado constante de los usuarios, limpieza, alimentación, control de posibles enfermedades, control de juegos y control de tiempo de descanso, organización de espacios y tiempo, selección de recursos materiales necesarios que permitan promover el desarrollo y cumplir con las normas higiénico sanitarias inherentes a su puesto de trabajo, proponiendo actividades de mejora que incrementen el rendimiento y la calidad del servicio prestado, evaluar el trabajo realizado en el centro valorando y (sic)". **3º)** La actora cesó en la prestación de sus servicios el 31.12.2007. **4º)** La actora se dedicaba a realizar tareas habituales y permanentes de la Administración demandada, que han continuado realizando por otros trabajadores del mismo. **5º)** La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. **6º)** La parte actora presentó la preceptiva reclamación previa al Ayuntamiento demandado con fecha de 17.01.2008, agotando así la vía previa no constando su resolución."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "*Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a Alejandra , frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GÁLDAR, sobre DESPIDO, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y condenando a la misma a que, por tanto, a su opción, la readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice con la suma de 1.010,86 euros, debiendo abonar en ambos casos los salarios de tramitación desde el día siguiente al de la fecha de despido,*



31.12.2007 y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario/día declarado probado en el hecho primero, manteniéndole en situación de alta en la Seguridad Social durante el correspondiente periodo; debiendo advertir por último que la opción señalada, habría de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrado D^a PILAR DE LOS REYES GARCÍA RODRÍGUEZ actuando en nombre y representación de D^a Alejandra ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 11 de febrero de 2009, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Alejandra, contra la sentencia dictada el día 14 de marzo de 2008 por el Juzgado de lo Social de Gáldar debemos confirmar como confirmamos dicha sentencia."

TERCERO.- Por la Letrado D^a MARÍA DOLORES GARCÍA FALCÓN actuando en nombre y representación de D^a Alejandra se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 5 de mayo de 2009. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 30 de marzo de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, Rec. 1628/2006.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 1 de octubre de 2009 se admitió a trámite el presente recurso, pasando las actuaciones al Ministerio Fiscal por el plazo y a los efectos que previene el artículo 224.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, que prestaba servicios para el Excmo. Ayuntamiento de Gáldar cesó por despido no disciplinario declarado improcedente. La sentencia del Juzgado de lo Social que declaró la improcedencia condenó a la demandada a que, a su opción, readmitiera o indemnizara a la trabajadora. La sentencia recurrida confirmó la anterior resolución.

Disconforme la actora con la opción concedida, recurre en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 30 de marzo de 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canarias, en la que se resuelve acerca de la reclamación por despido formulada por una trabajadora frente a la misma Administración municipal. También en la referencial se discute acerca de a cual de las partes procesales corresponde la opción, habiendo resuelta que ésta compete a la trabajadora.

Concurre entre ambas sentencias el requisito de contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 21.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Gáldar.

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de reclamaciones análogas promovidas por trabajadores cuya empleadora es la hoy recurrida, si bien la norma invocada era el artículo 71 del Convenio Colectivo de igual ámbito. El debate resuelto en anteriores resoluciones versaba sobre el reconocimiento del derecho de opción al trabajador en caso de despido improcedente, cuando el actor ostenta la condición de indefinido.

De acuerdo con la doctrina de unificación plasmada en las STS de 2 de febrero de 2009 (R. C.U.D. núm. 78/2008) y de 18 de septiembre de 2009 (R. C.U.D. núm. 4001/2008) que señala literalmente lo siguiente: "Por otra parte pretender la aplicación del precepto a sólo los trabajadores fijos deja sin sentido la alusión a los que tengan contrato indefinido, categoría de creación jurisprudencial para los servidores de las administraciones públicas cuyos despidos son declarados improcedentes.

No es óbice a lo anterior el mandato del art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril. Ese precepto, en su último párrafo, dispone que "procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario", pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general. Debemos destacar que el referido convenio está dividido en artículos, no existiendo separación de títulos o capítulos y el art. 71 contiene una



referencia a la legislación supletoria (párrafo primero), y a la necesidad de velar por la intimidad y dignidad del trabajador, debiendo sancionarse las conductas que atenten a tales valores (párrafo segundo). No es por tanto claro que el mandato convencional que otorga el derecho de opción al trabajador indebidamente despedido esté inserto en la regulación del despido disciplinario, aunque el precepto se halle numerado a continuación de los artículos que regulan los expedientes. Conclusión: el precepto legal que otorga al trabajador unas garantías superiores a las que concede la Ley está concebido en términos cuyo sentido es claro. Se enumeran tres categorías de trabajadores que abarcan la totalidad de los que presten servicios al Ayuntamiento con contrato laboral, ya sean indefinidos (así declarado), fijos o fijos discontinuos."

El actual artículo 21.3 del Convenio Colectivo contempla el derecho de opción en favor de dos colectivos, el fijo y el indefinido referido en el apartado primero del precepto, "indefinido en virtud de sentencia judicial de reconocimiento de indefinido".

No existe razón para limitar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto a quienes hubieron sido declarados en situación de indefinido antes de la calificación del despido, motivada por la irregularidad contractual. En el caso de la actora, contratada para obra o servicio determinado, su despido es declarado improcedente a causa de la ilicitud del contrato, otorgándole la condición de indefinido por lo que se encuentra plenamente acogida al ámbito de aplicación de los apartados 1º y 3º del actual artículo 21 del Convenio Colectivo.

Atendiendo a lo razonado y en aplicación de la doctrina de la que es exponente la sentencia referencial, debe afirmarse que la recurrida infringió el precepto invocado, debiendo unificar lo resuelto con arreglo a la sentencia de contraste.

TERCERO.- Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de costas

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 la Letrado D^a MARÍA DOLORES GARCÍA FALCÓN actuando en nombre y representación de D^a **Alejandra**. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, y resolvemos el debate de suplicación estimando el recurso de la misma naturaleza, y revocamos la sentencia de fecha 14 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social de Gáldar, en **autos núm. 71/2008, seguidos a instancia de D^a Alejandra contra AYUNTAMIENTO DE GÁLDAR sobre DESPIDO** en cuanto al derecho de opción, que se reconoce en favor de la trabajadora, manteniendo el resto de los pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.