



Roj: **STS 4129/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4129**

Id Cendoj: **28079140012021101001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/2021**

Nº de Recurso: **3658/2018**

Nº de Resolución: **1060/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3338/2018,**
STS 4129/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3658/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1060/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 27 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a. Covadonga representada y asistida por el letrado D. Francisco Javier Ruiz García contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1781/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba, en autos nº 1174/2016, seguidos a instancias de D.^a. Covadonga contra Excmo. Ayuntamiento de Fuente-Tojar sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Excmo. Ayuntamiento de Fuente-Tojar representado y asistido por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Excm. Diputación Provincial de Córdoba.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D.^a Covadonga contra AYUNTAMIENTO DE FUENTE-TOJAR, absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra



por no existir relación laboral fija-discontinua de la trabajadora con la demandada y, por tanto, no existir un despido calificable como procedente, improcedente o nulo."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** D^a Covadonga viene prestando servicios desde el 27/12/1996 como cuidadora de la Guardería Temporera en los periodos en que ha abierto la guardería, normalmente de diciembre a febrero o marzo, en virtud de sucesivos contratos temporales aportados como documentos 2 a 9 de la demanda (folios 9 a 37 de las actuaciones). Su salario mensual ascendía a 1108,23 euros, con inclusión de las pagas extraordinarias, conforme al último contrato de 1/12/2015 y las nóminas aportadas de enero y febrero de 2016 (folios 34 y 35 de las actuaciones).

SEGUNDO.- En los años 2015 y 2016 se hace oferta pública de la plaza de cuidador de la guardería temporera, siendo adjudicada a la demandante en el año 2015 pero no en el año 2016, siendo la fecha en que debía iniciar la prestación de sus servicios el 1/12/2016; la adjudicación de la plaza se hizo en favor de otra persona con mejor puntuación a tenor de las bases (folio 36 y 279 y ss de las actuaciones).

TERCERO.- El servicio de guardería municipal temporera ha sido subvencionado con ayudas finalistas procedentes de las siguientes Administraciones:

- por la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar Social, de 1992 a 2010.
- por la Junta de Andalucía, Consejería de Educación, de 1991 a 2016.
- por la Excm. Diputación Provincial de Córdoba, en los años 2013, 2015 y 2016 (folio 62 de las actuaciones).

CUARTO.- Se ha agotado la vía administrativa previa (documento 14 de la demanda, folios 38 y 39 de las actuaciones)."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la demandante formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 2 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación del Recurso de Suplicación interpuesto por la representación Letrada de D^a. Covadonga frente a la sentencia dictada el 17.3.2017 por el Juzgado de lo Social número n^o 2 de los de Córdoba, en autos sobre Despido, promovidos por la recurrente contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE FUENTE TOJAR, debemos confirmar dicha sentencia. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada de D^a. Covadonga interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de junio de 2000, rcud. 2645/1999.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla) de 2 de mayo de 2018 (Rec. 1781/2017), que confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda de despido al considerar que la actividad de guardería temporeros no es permanente ni con cargo al presupuesto del Ayuntamiento, ni los contratos temporales de la actora tienen la naturaleza de fija-discontinua, pudiendo por ello ser cesada por el Ayuntamiento en cualquier momento.

2.- Consta en la sentencia recurrida que la actora prestaba servicios desde el 27 de diciembre de 1996 como cuidadora de la Guardería Temporera en los periodos en que ha abierto la guardería, normalmente de diciembre a febrero o marzo, en virtud de sucesivos contratos temporales. En los años 2015 y 2016 se hace oferta pública de la plaza de cuidador de la guardería temporera, siendo adjudicada a la demandante en el año 2015 pero no en el año 2016, siendo la fecha en que debía iniciar la prestación de sus servicios el 1/12/2016; la adjudicación de la plaza se hizo en favor de otra persona con mejor puntuación a tenor de las bases del proceso de selección. En consecuencia, la actora ha prestado servicios en la misma plaza, de forma ininterrumpida desde 1996 a 2016 (20 años). El servicio de guardería municipal temporera ha sido subvencionado con ayudas finalistas procedentes de las siguientes Administraciones: por la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar



Social, de 1992 a 2010. Por la Junta de Andalucía, Consejería de Educación, de 1991 a 2016. Por la Excm. Diputación Provincial de Córdoba, en los años 2013, 2015 y 2016.

Concluye la Sala que hubo una oferta pública en el 2015, que se le adjudicó y llamó a la actora en esa campaña, no así en la de 2016, pues otra trabajadora tenía más puntuación que ella, por lo que no se produjo un despido, ni un cese del art. 49.1.c) ET.

SEGUNDO.- 1.- Por la demandante se recurre la referida sentencia en casación unificadora, planteando un único motivo de contradicción, cual es la existencia o no de despido por el hecho de la selección de otra persona en base a una publicación de oferta pública de la plaza.

La recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 2 de junio de 2000 (rcud. 2645/1999).

En dicha sentencia referencial, las trabajadoras prestaban 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 Sala concluye que se produce un trabajo fijo discontinuo y que el cese de las actoras no puede justificarse por el vencimiento en un término, y declara que la selección realizada no puede considerarse como un sistema de provisión idóneo para determinar la cobertura regular de los puestos de trabajo y poder entender que se ha producido una causa lícita de extinción de sus contratos de trabajo, ya que no se han incluido las plazas en la oferta pública de empleo y no consta la publicación oficial de la convocatoria, aparte de la inclusión en el tablón de anuncios.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

3.- Entre las sentencias comparadas existe la contradicción exigida por el precepto, ya que en ambos casos:

Las actoras prestaban servicios, en las mismas fechas, durante la época de recolección de así, en la misma actividad de guardería en un Ayuntamiento.

Los Ayuntamientos recibían subvenciones de la administración autonómica y provincial.

Se demanda frente a la falta de llamamiento a la incorporación al puesto de trabajo, tras haber sido contratadas mediante sucesivos contratos de obra o servicio en los años anteriores.

Se reconoce la naturaleza de carácter fijo discontinuo de la relación laboral.

La adjudicación de la plaza se hizo en favor de otra persona, con mejor puntuación a tenor de las bases de la convocatoria, en el caso de la sentencia recurrida, y en la referencial se adjudicaron a otras trabajadoras porque las actoras, no concurrieron a la convocatoria.



Los fallos son opuestos, ya que la sentencia referencial declara que se ha producido una causa ilícita de extinción de la relación laboral, al no haberse cumplido en la provisión de los puestos de trabajo las exigencias de inclusión de las plazas en la oferta pública de empleo y publicidad oficial de la convocatoria, aparte de la inclusión en el tablón de anuncios. En la recurrida, en cambio, en las mismas circunstancias, se declara que no se produce un despido ni un cese del artículo 49.1.c) ET.

TERCERO.- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 224 de la LRJS, en relación con el art. 207 del mismo texto legal, en motivo único de censura jurídica, denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 15 ET en relación con los arts. 56 y 49.1.c) todos ellos del ET.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si es válido el cese de una trabajadora que prestó servicios para la demandada desde el 27 de diciembre de 1996 como cuidadora de la Guardería Temporera en los periodos en que ha abierto la guardería, normalmente de diciembre a febrero o marzo, en virtud de sucesivos contratos temporales renovados anualmente. En los años 2015 y 2016 se hace oferta pública de la plaza de cuidador de la guardería temporera, siendo adjudicada a la demandante en el año 2015 como se venía haciendo desde 1996, pero no en el año 2016, siendo la fecha en que debía iniciar la prestación de sus servicios el 1/12/2016; la adjudicación de la plaza se hizo en favor de otra persona con mejor puntuación a tenor de las bases. En consecuencia, la actora ha prestado servicios en la misma plaza, de forma ininterrumpida desde 1996 a 2016 (20 años).

El servicio de guardería municipal temporera ha sido subvencionado con ayudas finalistas procedentes de las siguientes Administraciones: por la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar Social, de 1992 a 2010. Por la Junta de Andalucía, Consejería de Educación, de 1991 a 2016. Por la Excm. Diputación Provincial de Córdoba, en los años 2013, 2015 y 2016.

Concluye la sentencia recurrida señalando que hubo una oferta pública en el 2015, que se le adjudicó y llamó a la actora en esa campaña, no así en la de 2016, pues otra trabajadora tenía más puntuación que ella, por lo que no se produjo un despido, ni un cese del art. 49.1.c) ET.

2.- La primera cuestión a dilucidar es si nos encontramos o no ante una contratación cuya naturaleza jurídica es de fija discontinua, que niega la sentencia recurrida, por entender que la actividad de guardería temporeros objeto del contrato, no es permanente.

Conforme al art. 16 del Estatuto de los Trabajadores: << 1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.>>

La sentencia recurrida entiende que la contratación temporal suscrita por las partes es válida, y niega deba calificarse como fija discontinua, con el argumento de considerar que la actividad de guardería temporeros no es permanente, ni con cargo al presupuesto del Ayuntamiento, ni los contratos temporales de la actora tienen la naturaleza de fija-discontinua, pudiendo por ello ser cesada por el Ayuntamiento en cualquier momento.

CUARTO.- 1.- Reiterados pronunciamientos de este Tribunal, a partir de las sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de 18 junio 2020, recursos 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018, han declarado que la condición de trabajador indefinido no fijo es aplicable a las sociedades mercantiles estatales (por todas, sentencias del TS del Pleno de 2 julio 2020, recurso 1906/2018; 10 septiembre 2020, recurso 3678/2017; 17 septiembre 2020, recurso 1408/2018; y 17 de febrero de 2021, recurso 2945/2018). La reciente sentencia del TS de 30 de junio de 2021, recurso 1656/2020, compendia la doctrina jurisprudencial:

"a) Las sociedades mercantiles estatales no son una Administración pública, ni una entidad de derecho público. Pero el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la



disposición adicional 1ª en relación con el artículo 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mencionada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el artículo 2 del EBEP. El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el artículo 2 del EBEP, integran el sector público institucional.

b) La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

c) Es cierto que el artículo 103 CE hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el artículo 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades.

3.- Hay que recordar que el objetivo y finalidad de la denominada relación laboral indefinida no fija, acudiendo una vez más al recurso ya identificado que plasma su cristalización jurisprudencial. Decimos al respecto que aquella persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

Todo ello sin olvidar otro parámetro que abunda en el precedente colorario: el texto convencional que afecta a todo el personal contratado laboralmente en TRAGSA - Artículo 14 del XVII Convenio Colectivo de TRAGSA- que dispone que "El personal será contratado previa convocatoria y proceso de selección de acuerdo a los principios de igualdad de mérito y publicidad".

QUINTO.- 1.- Como señala la sentencia de contraste, 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".

En el supuesto enjuiciado, se constata que en los años 2015 y 2016 hubo una oferta pública de empleo de la plaza de cuidador de la guardería temporera, siendo adjudicada a la demandante en el año 2015 pero no en el año 2016, siendo la fecha en que debía iniciar la prestación de sus servicios el 1/12/2016; en que la adjudicación de la plaza se hizo en favor de otra persona con mejor puntuación a tenor de las bases del proceso de selección. En consecuencia, no nos encontramos ante un despido, sino ante un cese ajustado a derecho.

2.- Ahora bien, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, por un elemental principio de seguridad jurídica y ante la inexistencia de razones para llegar a una conclusión contraria, obliga, oído el Ministerio Fiscal, a estimar en parte el recurso de casación unificador, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso interpuesto por la recurrente y revocar en parte la sentencia de instancia, estimando en parte la demanda, declarando que la relación laboral de la trabajadora es de naturaleza indefinida no fija discontinua, y que procede una indemnización por cese de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades en los términos que fija el art. 53.1.b) ET, manteniendo la desestimación de la pretensión de despido. No procede la condena al pago de costas en ninguna de las instancias (arts. 235 LRJS).



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el letrado D. Francisco Javier Ruiz García, en nombre y representación de Dña. Covadonga contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- de 2 de mayo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 1781/2017, que desestimó el recurso de suplicación formulado por la recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Córdoba, que resolvió la demanda sobre despido interpuesta por DÑA. Covadonga contra el AYUNTAMIENTO DE FUENTE TOJAR (Córdoba).

2.- Resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el recurso de tal naturaleza formulado por la demandante, revocando en parte la sentencia de instancia, y estimando en parte la demanda, declarar que la relación laboral de la parte actora es de naturaleza indefinida no fija discontinua, con derecho al percibo de una indemnización por cese en cuantía de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, manteniendo la desestimación de la pretensión de despido.

3.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.