



Roj: **STS 2359/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2359**

Id Cendoj: **28079140012022100461**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **1328/2019**

Nº de Resolución: **529/2022**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 529/2022**

Fecha de sentencia: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1328/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: MGC

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1328/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 529/2022**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 8 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Limpieza Pública y Protección Ambiental SA Municipal (LIPASAM), representado y asistido por el letrado D. Rafael Martínez Gómez, contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3106/2017, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla, de fecha 16 de marzo de 2017, autos núm. 823/2016, que resolvió la demanda sobre Despido interpuesta por D. Dionisio , frente a Limpieza Pública y Protección Ambiental SA Municipal (LIPASAM).

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D. Dionisio , representado y asistido por el letrado D. Luis Ocaña Escolar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de marzo de 2017 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"I- La parte actora, D. Dionisio , mayor de edad y con DNI nº. NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa LIPASAM, cuya actividad económica es la "recogida, tratamiento y eliminación de residuos urbanos" en la ciudad de Sevilla, con categoría profesional de Peón, mediante los siguientes contratos y periodos:

- 1- Contrato eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción 13/12/13-13/01/14.
- 2- Contrato eventual a tiempo completo por acumulación de tareas 01/07/14-30/09/14.
- 3- Contrato eventual a tiempo completo por acumulación de tareas vacaciones de invierno 06/12/14-15/01/15.
- 4- Contrato eventual a tiempo completo por acumulación de tareas vacaciones de verano 28/06/15-23/10/15.
- 5- Contrato eventual a tiempo completo por acumulación de tareas en campaña de Navidad y Cabalgata de Reyes Magos 30/11/15-13/01/16.

Todos estos contratos finalizaron con su correspondiente finiquito.

(Folios 22-31).

II.- El salario del trabajador es de 73,80 €/día, incluidas las pagas extras, según se extrae de sus nóminas (folios 32-61).

III- El Convenio Colectivo de aplicación es el de LIPASAM.

IV- Existe Acuerdo de la Comisión Paritaria de LIPASAM de 12/03/09 que establece las normas para el empleo temporal en LIPASAM, por reproducido, y que regula las contrataciones temporales, la ampliación de plantilla y nuevas contrataciones (folios 156 y 157).

Y Acta de finalización del procedimiento previo a la vía judicial ante la comisión de conciliación mediación de 06/05/16 firmado por la empresa y sindicatos CCOO y UGT, publicado el BOP nº. 151 de 01/07/16 (folios 158-160)

V.- El demandante no ostenta ni ha ostentado ningún cargo representativo ni consta su afiliación.

VI.- Se ha presentado la papeleta de conciliación por despido ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación sin avenencia".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Dionisio contra LIMPIEZA PÚBLICA Y PROTECCIÓN AMBIENTAL SAM (LIPASAM), y en consecuencia, ABSUELVO a ésta de los pedimentos efectuados en su contra".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Dionisio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 7 de noviembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formalizado por la representación letrada de D. Dionisio contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla en los autos nº. 333/16, seguidos a su instancia frente a la empresa LIPASAM, que se revoca. En su lugar, estimando la demanda formulada por el ahora recurrente, declaramos improcedente el despido de que fue objeto el día 1 de julio de 2016, condenando a la mercantil demandada a que en el plazo de cinco días a



contar desde la notificación de esta sentencia, y sin necesidad de esperar a su firmeza, comunique a esta Sala su opción favorable a indemnizarle con la cantidad de 2.232,45 euros, o a readmitirle en las condiciones que tenía con anterioridad a su cese, supuesto éste en que deberá pagarle el importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, o la concurrencia de alguna de las situaciones previstas en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores.

No ha lugar a pronunciamiento en materia de costas".

**TERCERO.**- Por la representación de LIPASAM se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de fecha 17 de mayo de 2018 (R. 1765/2017).

**CUARTO.**- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por el letrado D. Luis Ocaña Escolar, en representación de la parte recurrida, D. Dionisio, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado.

**QUINTO.**- Por providencia de fecha 27 de abril de 2022, y por necesidades de servicio, se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 8 de junio de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el demandante ostenta la condición de trabajador fijo discontinuo y, consecuentemente, de ser así, si la falta de llamamiento constituye despido.

**2.-** La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº. 2 de Sevilla, desestimó íntegramente la demanda del actor. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia -sede de Sevilla- de 7 de noviembre de 2018, R. 3106/2017, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y revocó la sentencia de instancia, y en su lugar estimó la demanda de aquel declarando improcedente su despido, condenando a sus consecuencias a la demandada Lipassam.

Consta que el actor prestó servicios para Lipassam, empresa municipal de limpieza del Ayuntamiento de Sevilla, con categoría de peón, mediante sucesivos contratos eventuales por acumulación de tareas. En los períodos comprendidos desde el 13 de diciembre de 2013 hasta el 13 de enero de 2014, del 6 de diciembre de 2014 al 15 de enero de 2015 y del 28 de junio al 23 de octubre de 2015 se hizo constar que tal aumento derivaba de las ausencias por vacaciones de invierno o verano del personal de la plantilla. En el contrato que se extendió del 1 de julio al 30 de septiembre de 2014 no se consignó la razón determinante de la acumulación y en el firmado para los días 30 de noviembre de 2015 a 13 de enero de 2016 se señaló como tal la campaña de Navidad y Cabalgata de Magos. El trabajador interpuso demanda de despido por falta de llamamiento para la temporada de verano del año 2016, al entender que la reiterativa suscripción de contratos conformaba una relación de trabajo de carácter fijo discontinuo.

La sentencia recurrida consideró que el trabajo prestado por los peones de limpieza contratados por la empresa demandada para las campañas de fiestas primaverales y los planes de verano y Navidad, que anualmente se ponen en marcha, merecían la calificación de fijo discontinuo al atender necesidades de esa misma naturaleza que se repiten todos los años en fechas inciertas y están dotadas de plena homogeneidad, lo que excluía la posibilidad de que su cobertura se produjese a través de la formalización cada año de contratos eventuales por acumulación de tareas. Concluyó que el Acuerdo suscrito por el Comité de empresa y la representación de Lipassam el 6 de mayo de 2016 en el que expresamente se reconocía que cada uno de los tres eventos reseñados constituía una actividad cíclica que merecía la consideración de trabajo fijo, despejaba cualquier posible duda al respecto.

En cuanto a la situación del trabajador la sentencia considera que su contratación no encuentra acomodo en el artículo 15.1.b) del ET sino en el artículo 16 ET, porque se trataba de subvenir a necesidades totalmente predecibles, que se repetían anualmente en función de las condiciones climatológicas, y que dicha conclusión se alcanzaba con independencia de que se hubiera realizado la contratación a través del Servicio Andaluz de Empleo, de que el actor no formara parte de la bolsa de empleo temporal de peones y de que fuera contratado



en dos de las tres actividades, porque respecto de cada una de ellas puede corresponderle la calificación de trabajo fijo discontinuo.

**3.-** Recurre la empresa en casación para la unificación de doctrina, articulando un motivo de recurso, centrado en la consideración como despido de la falta de llamamiento, partiendo de la calificación de un trabajador como fijo discontinuo. En concreto, denuncia como infringidos los artículos 15.8 del ET y 9.3 y 25 de la Constitución que la sentencia recurrida incurre en aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 15.3 y 16 ET y en la doctrina jurisprudencial en torno al antiguo apartado 8 del artículo 15 ET, aplicando indebidamente la interpretación del referido artículo, con vulneración de los arts. 9.3 y 25 de la Constitución y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del administrado, así como de la jurisprudencia que cita.

**SEGUNDO.- 1.-** Para acreditar la contradicción, la recurrente aporta de contraste la sentencia dictada por la misma sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla-, de 17 de mayo de 2018, R. Supl. 1765/2017, que desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora y confirmó la sentencia de instancia, que había desestimado su demanda

El supuesto de hecho de la sentencia de contraste se refiere a otra trabajadora de Lipassam que había suscrito diversos contratos de carácter eventual por acumulación de tareas desde diciembre de 2013 por vacaciones de los titulares u otras campañas. La trabajadora igualmente interpuso demanda por despido al no haber sido llamada en el llamamiento del 1 de julio de 2016, para la campaña de vacaciones de verano, reconociendo igualmente en su caso que no pertenecía a la bolsa de trabajo. La sentencia de instancia negó a la trabajadora el carácter de trabajadora fija discontinua por faltarle uno de los requisitos del Acuerdo alcanzado en la Comisión Negociadora de 10 de marzo de 2016, en concreto, el de estar incluida en una lista denominada bolsa de empleo y la sala de suplicación ratificó dicho criterio argumentando que aun cuando la actora encajara en la modalidad de trabajadora fija discontinua, por el tipo de su contratación, causas de la misma y periodos de trabajo, no había ningún dato que permitiera concluir que el llamamiento efectuado el día en que se consideró despedida debiera de alcanzarle, porque no constaban cuántos trabajadores habían sido llamados, ni a quienes correspondía el llamamiento; o la preferencia de la actora respecto de otros trabajadores. Además de lo anterior concluía la referencial, la ausencia de uno de los requisitos del Acuerdo de 2016 impedía que se alcanzara la condición de fijo discontinuo, que era presupuesto de la existencia del despido; más aún cuando la constitución de la bolsa está sometida y condicionada a determinados requisitos pactados entre empresa y representantes de los trabajadores, dada su condición de empresa pública.

**2.-** A juicio de la sala concurre la contradicción dado que los supuestos de hecho son idénticos al tratarse de trabajadores de la misma empresa, que partiendo de unas mismas condiciones y de una misma circunstancia de falta de llamamiento, formulan idéntica pretensión y con la misma argumentación, siendo distintos los fallos alcanzados, a partir de considerar de manera distinta la circunstancia concurrente en ambos casos de no pertenecer a la bolsa de trabajo y en ausencia en ambos casos de datos respecto al concreto llamamiento a partir del cual ambos se consideraron despedidos.

**TERCERO.- 1.-** La doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida. En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala es constante en la apreciación de la clara distinción entre el contrato temporal eventual por circunstancias de la producción y el contrato fijo discontinuo. Así en las SSTs de 30 de mayo de 2007, R. Supl. 5315/05, siguiendo lo establecido en las de 5 de julio de 1999, recurso 2958/98 y de 21 de diciembre de 2006, R. Supl. 4537/05 en doctrina reiterada por la STS de 26 de octubre de 2016, R. Supl. 3826/2015, la Sala ha establecido que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad.

**2.-** En el supuesto que examinamos, al igual que ocurría en el que está en la base de la sentencia de contraste, resulta que la actividad contratada (campañas de fiestas primaverales y los planes de verano y Navidad, que anualmente se ponen en marcha), que se prestó durante más de cuatro anualidades consecutivas con distinta intensidad, constituye una necesidad empresarial que se repite en intervalos separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. La actividad de peón de limpieza responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa y no puede cubrirse a través del contrato eventual porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas, ni tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinados, porque no hay limitación



temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años, aunque no en las mismas fechas. En este sentido, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos de la misma empresa aquí recurrente en las recientes SSTs de 9 de febrero de 2022, Rjud. 4892/2018 y 19 de abril de 2022, Rjud. 3562/2019, Rjud. 3562/2019, esta última con la misma sentencia de contraste que la aquí examinada.

De ello se deduce que la naturaleza del contrato que liga al actor con la demandada es la de indefinida fija discontinua; sin que a tal conclusión pueda oponerse que el actor no cumple los requisitos establecidos por el Acuerdo alcanzado en la Comisión Negociadora de 10 de marzo de 2016 para la adquisición de la condición de fijo discontinuo, por no encontrarse en la bolsa allí pactada por las siguientes razones:

En primer lugar, la cláusula que se contiene en el acuerdo examinado que reserva la condición de fijo discontinuo a la exigencia de estar incluido en la bolsa de trabajo que allí se constituyó resulta ilegal en cuanto que determine que, a salvo los trabajadores contratados directamente como tales, sólo podrían adquirir la condición de fijos aquéllos que cumplieran los requisitos allí establecidos. Tal cláusula no respeta el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo tal como lo establece el artículo 16 ET, vigente al tiempo de los hechos examinados, ya que condiciona la adquisición de dicha naturaleza contractual a la presencia en una determinada bolsa de trabajo, eludiendo la configuración legal del contrato en cuestión; y constituyendo, consecuentemente, un claro supuesto de regulación convencional contra legem, vedado en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 3 y 82 ET.

En segundo lugar, la cláusula del acuerdo no puede considerarse cubierta por la remisión que el artículo 16.4 ET realizaba a la negociación colectiva en los siguientes términos: "los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las necesidades del sector así lo justifiquen, los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en fijos-discontinuos". Tales cláusulas pretenden favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando servicios temporales lícitos en la empresa o de quienes han trabajado en campañas previas en la misma empresa; pero lo que no pueden hacer es establecer condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos discontinuos en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente, tal como ocurre en el supuesto examinado.

**CUARTO.-** Lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, conduce a la desestimación del recurso y a la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida que contiene la doctrina correcta. Con imposición de costas a la entidad recurrente ( artículo 235 LRJS) en la cantidad de 800 euros y pérdida del depósito constituido para recurrir ( artículo 228.3 LRJS).

## FALLO

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

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Limpieza Pública y Protección Ambiental SA Municipal (LIPASAM), representado y asistido por el letrado D. Rafael Martínez Gómez.
- 2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3106/2017.
- 3.- Condenar en costas a la entidad recurrente en la cuantía de 800 Euros.
- 4.- Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.