Roj: **STS 1842/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1842**

Id Cendoj: **28079140012017100322**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **26/04/2017**
Nº de Recurso: **3336/2015**
Nº de Resolución: **354/2017**
Procedimiento: **Auto de aclaración**
Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación del SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, contra la sentencia de 11 de junio de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso de suplicación núm. 1333/2014 , formulado frente a la sentencia de 12 de diciembre de 2013 dictada en autos 227/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla seguidos a instancia de Dª Elvira contra el Servicio Andaluz de Empleo sobre despido. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Dª Elvira representada por el letrado D. Ignacio Barrionuevo Soler.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda interpuesta por Elvira ; contra SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** La actora, Elvira , ha venido prestando sus servicios por cuenta del Servicio Andaluz de Empleo (SAE), desde el 6 de octubre de 2008, con la categoría de titulado de grado medio y con un salario diario de 79,76 €.- **2º.-** Las partes suscribieron un contrato de trabajo que expresaba que era con cargo al capítulo I, sin ocupar puesto en RPT (Real decreto 2720/98, de 18 de diciembre-obras y servicio determinado), para prestar sus funciones de asesor de empleo en un Centro de Empleo, con carácter temporal, en virtud del Acuerdo de 18 de abril de 2008 del Consejo de Ministros, BOE nº 162, de 5 de julio, con vigencia hasta el 5 de octubre de 2009.- Dicho contrato fue prorrogado varias veces hasta el 5 de octubre de 2012 y una última hasta el 31 de diciembre de 2012, añadiéndose una cláusula adicional en la que se hacía constar que el contrato estaba condicionado a la financiación regulada en el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, la cual se realizaría con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal.- **3º.-** La actora ha realizado las funciones propias de agente o intermediaria en la contratación de mano de obra, en los mismo términos que el resto de trabajadores del SAE de su centro de trabajo.- **4º.-** El contrato de trabajo de la actora fue extinguido el 31 de diciembre de 2.012, conforme al contenido de la comunicación obrante al folio 19 de los autos, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido, percibiendo por ello una indemnización de 2.225,76 euros.- La citada medida de extinción contractual ha afectado a 413 trabajadores.- **5º.-** Se interpuesto reclamación previa el 23 de enero y demanda el 25 de febrero».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla, dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DÑA. Elvira , contra la sentencia del Juzgado Social núm. 7 de Sevilla, de fecha 12 de diciembre

2013 , recaída en los autos promovidos a su instancia, en reclamación por despido, debiendo revocar dicha resolución, declarando el despido nulo, condenando al SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, a readmitir a la recurrente en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir.».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Servicio Andaluz de Empleo el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2015 , así como la infracción de lo establecido en el artículo 51 ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 25 de abril de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 18 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo de la demandante -asesora de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE)- y del alcance que haya de tener su extinción con efectos del 1 de enero de 2013, producida por conclusión de la obra o servicio contratados en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (Acuerdo de 18 de abril de 2008 del Consejo de Ministros. BOE núm.162, de 5 de julio) y RD Ley 13/2010.

La sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Sevilla desestimó la demanda que por despido había planteado la actora, por entender lícitamente producida la extinción del contrato temporal suscrito. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en la sentencia de 11 de junio de 2015 que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso de la demandante acogiendo su pretensión de que se declarase la nulidad del despido. Para la sentencia recurrida y siguiendo la nutrida doctrina de ésta Sala de lo Social del TS en supuestos análogos de contratación temporal, en primer lugar había de identificarse el contrato de trabajo como irregularmente extinguido, desde el momento en que su naturaleza temporal quedaba excluida ante la evidencia de que los trabajos no habían sido especificados como se exige en la modalidad de obra o servicio determinados, de manera que esa irregularidad en la contratación inicial convertía a la relación laboral en indefinida no fija.

Dicho esto, a continuación la Sala de Sevilla analiza el hecho de que las extinciones contractuales habidas fueron de 413, lo que le lleva a concluir que la extinción del contrato de la demandante había de entrar en el cómputo de los umbrales numéricos previstos en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores , junto con los demás ceses, lo que conducía necesariamente a la declaración de nulidad del cese, al no haberse seguido los trámites previstos en el referido precepto y en el art. 124 LRJS .

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia se recurre en casación para la unificación de doctrina por la Administración demandada, denunciado la infracción del artículo 51 ET y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 21 de abril de 2015 (rec. 1235/2014), pidiendo que el despido fuera declarado improcedente y no nulo.

Tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, entre la sentencia recurrida y la de contraste existe la necesaria identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 LRJS para la viabilidad del recurso. En esa sentencia de contraste se resolvió también sobre un supuesto análogo en el que fue despedido un promotor de empleo del SAE que había sido contratado en condiciones similares, con arreglo al mismo Plan extraordinario y bajo la misma modalidad contractual de obra o servicio determinado, habiendo tenido lugar la extinción en circunstancias también similares. En este caso, la sentencia que se recurría había declarado la improcedencia del despido y la sentencia de ésta Sala que ahora se analiza como contradictoria ratificó ese criterio y excluyó la nulidad del despido, porque el cese -como los restantes en la misma situación- provenía no de una voluntad unilateral del empresario sino del mandato imperativo impuesto por la Ley 35/2010, que dispuso expresamente la finalización del Plan extraordinario, que de esta manera no podía prolongarse en el tiempo.

TERCERO.- La doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de Pleno hoy invocada como contradictoria y en otras muchas posteriores dictadas por la Sala, como las de 21/04/2015 y 22/04/2015 (recursos 1235/2014 , 142/2014 , 1071/2014 y 1161/2014), 23 de abril (recurso 141/2014) y otras

posteriores. En todas ellas se afirma que aun partiendo de la ausencia de justificación de la temporalidad y del número de extinciones llevadas a cabo en las mismas fechas y colectivo de trabajadores, debemos reiterar que no es acogible la pretensión de nulidad del despido en casos como el que hoy resolvemos, y ello porque, en primer lugar, se ha de comenzar por formular la afirmación de que la Directiva 98/59 -artículo 1, número 2 º b)- no resulta aplicable a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público, como evidentemente lo es la Administración demandada. Dicho esto, las sentencias del Pleno referidas describen la aplicabilidad a las referidas Administraciones de las previsiones del artículo 51.1 ET , en relación con la Disp. Adicional Vigésima, para regular las extinciones colectivas, o para delimitar el ámbito de su incidencia y para excluir es éstos casos la nulidad de los despidos que se pretende.

Por ello, se dice en la STS de 21 de abril invocada como contradictoria que *"...si el supuesto de despido colectivo en el sector público ha de resolverse con exclusiva aplicación del art. 51.1 ET , es claro que para determinar el umbral numérico que impone el despido colectivo debe atenderse tanto a las genuinas causas de tal tipo extintivo [las económicas, técnicas, organizativas y de producción], cuanto a las que obedezcan a «iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador», a excepción de las que respondan al tiempo válidamente convenido [y transcurrido] o realización -completa y debida- de obra o servicio determinado. Y es en este punto en el que se observa la trascendencia de que no se aplique la Directiva 98/59/CE y sí exclusivamente el art. 51 ET , habida cuenta de que -como hemos indicado en alguna ocasión- la Directiva «conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , pues solo exige que se trate de "motivos no inherentes a la persona del trabajador"» [así, la STS 03/07/12 -rcud 1657/11 -].*

Sentado ello, en esa aplicación del art. 51 ET al caso debatido hemos de partir de dos indicaciones normativas: a).- El art. 13 de la Ley 35/2010 [17/Septiembre], en redacción dada por el RD-Ley 13/2010, dispuso que «[s]e prorroga hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario ... aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008... referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años»; y b).- El art. 15 del RD-ley 13/2010 [3/Diciembre], con mandato reiterado por la DF 14 de la Ley 2/2012 [29/Junio], prescribió por su parte que «[c]on el fin de reforzar la atención a las personas demandantes de empleo y a las empresas que ofertan empleo, se aprueba la medida consistente en la incorporación de 1.500 personas como promotoras de empleo, que realizarán su actividad en las oficinas de empleo de los Servicios Públicos de Empleo, desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012».

De esta forma, en el supuesto de los indicados Orientadores/Promotores de Empleo nos hallamos ante ceses referidos a trabajadores contratados como temporales, tal como legalmente se había habilitado, pero que habían alcanzado la cualidad de indefinidos -según los diversos relatos de hecho de las sentencias objeto de unificación de doctrina-, o bien porque su contrato se formalizara de forma indebida [en tanto que la obra o servicio no se hallaba debidamente identificada], o porque realizaron funciones ajenas a las singulares objeto de contratación. Y aunque en la comunicación de los ceses hubiera podido invocarse cualesquiera causas relacionables con las propias de un despido colectivo [finalización del Plan Extraordinario; agotamiento financiero...], lo cierto y verdad es que no ha obedecido propiamente a una decisión del SAE [la «iniciativa del empresario», a la que se refiere el art. 51.1 ET], sino más propiamente a la exclusiva iniciativa del legislador, pues desde el momento en que el art. 13 de la Ley 35/2010 dispone -para los Orientadores, como se ha dicho- que «[s]e prorroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario... », y en que el art. 15 del RD-ley 13/2010 fija -para los Promotores- la finalización de los servicios « el 31 de diciembre de 2012», está claro que el cese comunicado en aquella fecha límite a los Asesores/Promotores de Empleo contratados -o prorrogados- a virtud de las referidas normas no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal, que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término -con la misma fecha- a la prestación de los servicios pactados".

CUARTO.- De los razonamientos anteriores y aplicando la doctrina unificada al caso se desprende que la declaración de nulidad del despido que se acogió en la sentencia ahora recurrida no fue ajustada a derecho, puesto que se infringió el artículo 51 ET , tal y como denuncia el recurrente, lo que ahora determina que debamos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración para casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando en parte el de tal clase interpuesto por la demandante, para declarar la improcedencia del despido practicado con efectos de 1 de enero de 2013 por el demandado, que, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , deberá ser condenado a que en, el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir a la demandante en su anterior puesto de trabajo o le indemnice en la forma y cuantía descrita en el referido precepto y en la Disposición Transitoria Undécima, 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , entendiéndose que, de no ejercitarse la opción, se entenderá que procede la indemnización.

Sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LGSS .

FALLO

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

: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, contra la sentencia de 11 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso de suplicación núm. 1333/2014 , formulado frente a la sentencia de 12 de diciembre de 2013 dictada en autos 227/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla seguidos a instancia de Dª Elvira contra el Servicio Andaluz de Empleo sobre despido. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolvemos el debate planteado en suplicación estimando en parte el de tal clase interpuesto en su día por la demandante, para declarar la improcedencia del despido practicado con efectos de 1 de enero de 2013 por el demandado, que, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , deberá ser condenado a que en, el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir a la demandante en su anterior puesto de trabajo o le indemnizarle en la forma y cuantía descrita en el referido precepto y en la Disposición Transitoria Undécima, 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , entendiéndose que, de no ejercitarse la opción, se entenderá que procede la indemnización. 3º) Sin costas

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ