



Roj: **STS 4400/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4400**

Id Cendoj: **28079140012013100602**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2013**

Nº de Recurso: **2945/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 588/2012,**
STS 4400/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por LA CONSEJERIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS, representada y defendida por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 30 de abril de 2012, formulado contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos seguidos a instancia de DOÑA Ángela, contra dicho recurrente, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2011, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimo la demanda interpuesta por Ángela contra la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Comunidad Autónoma de Canarias y en su virtud le absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- La parte actora, Ángela, ha venido prestando servicios para la Consejería demandada con la categoría de auxiliar administrativo desde el día 21-07-09, estableciendo el Cco un salario diario bruto prorrateado de 50,69 euros para dicha categoría, sin ostentar cargo de representación de los trabajadores (ordinal conforme). 2.- Las partes celebraron **contrato** de trabajo adscripción en colaboración social el 21-07-09, por reproducido, para prestar servicios en el Servicio de Inspección Pesquera, de la Viceconsejería de pesca. Dicho **contrato** fue prorrogado el 30-10-09 hasta el 31-12-09. Nueva prórroga del 1-01-10 al 31-01-10. Y posteriores prórrogas, con duración la última de ellas hasta el 2-05-11. 3.- La actora causa baja en la empresa al término de la prórroga el 2-05-11 (ordinal conforme). 4.- La actora ha venido realizando tareas habituales y ordinarias de la administración demandada, al igual que el resto del personal laboral y funcionario del departamento donde prestaba servicios, con el mismo horario que dicho personal. Entre las funciones realizadas por la actora se encuentran las siguientes:

- Recepción y confección de la documentación para licencias de pesca para ello:
- * Atiende al público, les facilita los impresos y requisitos para la solicitud de licencias.
- * Compulsa D.N.I. de los usuarios y recoge la documentación que prepara para que sea registrada.
- Posteriormente recibe "las minutas" que valida.



- Confecciona las licencias de pesca que entrega a los interesados.
- Envía licencias a los Cabildos de Lanzarote, Fuerteventura y a diferentes Ayuntamientos.
- Confecciona requerimientos por falta de documentación (testifical).

5.- Frente al despido se ha agotado la vía previa. La reclamación se presentó el 9-05-11".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Ángela contra la sentencia dictada el día 27-6- 2011 por el Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, debemos revocar como revocamos dicha sentencia, declarando improcedente el despido de la actora con efectos de 2-5-2011 y condenando a la Administración demandada a optar en plazo de 5 días a contar desde la fecha de notificación de esta sentencia entre su readmisión o indemnizarla en la cantidad de 4.181,93 euros y en cualquier caso abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido contra la de notificación de esa sentencia".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2011, así como la infracción de lo dispuesto en los arts. 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social, arts. 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2013, se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida se trasladaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO .- En Providencia de fecha 3 de junio de 2013 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan, señalándose para la votación y fallo del presente recurso el 2 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto enjuiciado en los presentes autos se refiere al cese de una trabajadora contratada inicialmente el 29-7-11 por la Administración autonómica competente bajo la modalidad de trabajo de colaboración social para desarrollar una actividad de auxiliar administrativa, prorrogándose dicha contratación el 30-10-09 y sucesivamente en varias ocasiones más hasta el 2-5- 11 en que aquélla causó baja al término de la última de dichas prórrogas. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente y la de suplicación lo ha confirmado por considerar que existe fraude en la contratación, poniendo el acento en que su actividad era de carácter general y naturaleza administrativa pura y concluyendo que la demandada tenía como objetivo una más económica contratación. La Sala dice expresamente apartarse "de la orientación general del TS" porque "hay que admitir la excepcional figura del fraude", y hace suyo el voto particular de la sentencia de casación de 9-5-11. Recurre en casación la parte demandada sin que se haya formulado impugnación de contrario, informando a favor de dicho recurso el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Se cumple la exigencia de la contradicción con la sentencias de contraste (TS 9-5-11) que contempla un caso sustancialmente coincidente con el actual, al ser en ambos el **contrato** suscrito entre las partes (en que la entidad empleadora era la misma Administración autonómica) de colaboración social, ostentando asimismo en los dos el trabajador/a la categoría de auxiliar administrativo y realizando las tareas propias de ella, habiéndoseles comunicado el cese transcurrido un tiempo parecido al término del subsidio de desempleo. Ello no obstante, los pronunciamientos son diferentes al calificar la sentencia recurrida de despido improcedente dicho cese por apreciar fraude de ley en la contratación mientras que la de contraste, casando la de suplicación, anula ese mismo pronunciamiento negando la existencia de abuso de derecho o fraude de ley.

TERCERO.- El recurso interpuesto consta de un exclusivo motivo que amparado en el art 222 de la LPL en relación con el 205 de la misma norma, considera que se ha producido una errónea interpretación del art 213.3 de la LGSS y de los arts 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, así como de la jurisprudencia que cita.

En efecto, ha de partirse del incuestionado hecho (segundo ordinal del relato de la sentencia de instancia) de que la actora celebró el 21-7-09 un **contrato** de colaboración social que fue prorrogado sucesivamente hasta el 2-5-11, causando baja en esta última fecha al término de una de esas prórrogas (hecho tercero del mismo relato) coincidente con la del término del subsidio de desempleo.



El artículo 38.1 del RD 1445/82 tiene declarado que " las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo sin pérdida para éstos de las cantidades que en tal concepto vinieran percibiendo, en trabajos de colaboración **temporal** que cumplan los siguientes requisitos.....", lo que no consta que haya sido objeto de debate entre las partes, cabiendo inferir que la actora se hallaba inicialmente en esa situación de desempleo, aunque la sentencia de instancia no lo mencione expresamente, pues el **contrato** celebrado entre dichas partes fue precisamente, como se ha indicado, el de colaboración social, que así lo requiere, siendo obligada la mediación de la entidad gestora competente a quien el organismo solicitante de trabajadores desempleados ha de acudir a tal fin, lo que, por otra parte, se corrobora con la documental de los folios 74, 84, 87, 89, 96, 103, 105, 112, 121 y concordantes de los autos, manteniéndose, en fin, el subsidio hasta la misma fecha del cese en la actividad, tal y como la recurrente expresa cuando dice que la prestación de servicios "se halla dentro del período de subsidio concedido" citando el folio 69 de los autos, donde, en efecto, aparece que éste tenía una duración hasta la mencionada fecha del cese.

Ello sentado, es reiterada y constante la jurisprudencia de esta Sala al respecto de la que son manifestaciones recientes sus sentencias de 5 de julio, 18 de septiembre y 15 de octubre de 2012 (Recs 3604/2011, 3597/2011 y 219/2012) así como la de 17 de enero de 2013 (Rec. 78/2012), en todas las cuales se cita, entre otras, la que ahora se alega de contraste de 9 de mayo de 2011 (Rec. 2918/2010), siendo ésta -y no su voto particular- la que ha de tomarse como referencia jurisprudencial que complementa el ordenamiento jurídico, conforme se desprende del art 1.6 del CC . Pues bien: en la sentencia de contraste ya se dice que "a) *Dispone el artículo 213.3 de la Ley General de Seguridad Social, que "los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda". El precepto, pues, en forma clara y tajante excluye toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido.*

b) *A su vez, concurren, en el caso examinado, los requisitos, que conforme a los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/82, condicionan la validez de un trabajo **temporal** de colaboración social, cuales son que los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter **temporal** y duración máxima - artículo 38.1 del Real Decreto de 1.982, reformado por Real Decreto de 28 de junio de 1.986 - hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por desempleo reconocido; coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.*

*De las citadas normas se desprende, pues, que la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 2 del Real Decreto 2546/94, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aún cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter "ex lege" **temporal**, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido.*

c) *Esta adscripción del beneficiario, de carácter **temporal**, a una administración pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresivo de un abuso de derecho o fraude de ley.* Como ha afirmado la jurisprudencia - STS de 15 de julio de 1988 - "a) La colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza **temporal**; b) Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando; c) La propia denominación de trabajo de colaboración **temporal** impide quedar vinculado indefinidamente por él; d) No se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando de una normativa que expresamente la autoriza y ampara; y e) La transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración **temporal**, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución".

Sobre esa base, la igualmente precitada sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2012 manifiesta que "la sentencia recurrida se aparta conscientemente de la jurisprudencia ordinaria (también de la jurisprudencia constitucional) sin aportar razones suficientes que pudieran justificar tal apartamiento; por ejemplo, diferencias relevantes en los litigios enjuiciados, o aportación de nuevos argumentos no tenidos en cuenta en la doctrina del Tribunal Supremo, o cambio significativo "en la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser



aplicadas" (artículo 3.1 del Código Civil). La afirmación enérgica de la independencia judicial declarada y regulada en diversos preceptos constitucionales (artículo 117.1, artículo 117.2, artículo 127.1, artículo 127.2), y en las disposiciones legales que la aseguran, supone que los jueces y tribunales pueden y deben enjuiciar con arreglo a su propio criterio, aportando su propio punto de vista a la formación de la jurisprudencia cuando ésta no lo ha podido tener en cuenta; así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional en numerosas sentencias (últimamente STC 91/2012 y 37/2012 , y las que en ellas se citan). Pero, una vez que la doctrina jurisprudencial ha sido establecida por el órgano al que el ordenamiento atribuye la función unificadora de la interpretación en los distintos órdenes jurisdiccionales (artículo 123 CE, artículo 1.6 Código Civil , artículos 207 y 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) el apartamiento de la jurisprudencia comporta un deber especial de argumentación razonable y novedosa por parte del órgano judicial que lo lleva a cabo, deber que en el caso claramente no ha sido observado.

En efecto, la reproducción del voto particular de la sentencia de casación unificadora de 9 de mayo de 2011 que ha reafirmado la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la calificación de los trabajos de colaboración social no cumple las exigencias de tal deber de argumentación judicial teniendo en cuenta que **las razones de la opinión jurisdiccional cualificada contenidas en el voto particular, por muy poderosas que fueran, ya habían sido ponderadas en la sentencia de la mayoría en el momento de la deliberación.**

En lo que concierne a la doctrina de suplicación de la propia Sala de las Palmas de Gran Canaria anterior a la referida sentencia de casación unificadora, cabe decir otro tanto, teniendo en cuenta que nuestra sentencia de 9 de mayo de 2011 resolvía también un supuesto litigioso procedente de la misma Sala de suplicación. Pero a ello habría que añadir todavía un argumento más. En el orden social de la jurisdicción, el recurso de casación cuenta con una larga tradición histórica de reconocimiento de la "infracción de la jurisprudencia" como motivo de casación, reconocimiento reiterado últimamente en los artículos 207 e) y 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En particular, **la propia existencia de un recurso de unificación de doctrina significa la atribución a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de competencia funcional para fijar la "unidad de doctrina" (art. 228.2 LJS), que en principio, salvo que concurran y se indiquen razones suficientes, debe ser atendida y no "quebrantada" por los tribunales de suplicación.**

.....Una vez sentado lo anterior, debemos volver a los términos del debate procesal entablado por el Ministerio de Justicia que son los que marcan los pasos a seguir en la elaboración de esta sentencia. A tal efecto, es necesario advertir que si bien la impugnación de la sentencia recurrida contenida en esta parte del recurso de la Abogacía del Estado ocupa gran parte del escrito de formalización del recurso, lo cierto es que la indicación como preceptos infringidos de los artículos 24 y 118.3 CE , así como los concordantes de las leyes procesales aplicables, no va acompañada en dicho escrito de una sentencia de contraste específica, sino que, como ya se ha apuntado, se realiza a propósito del estudio de las cuestiones de fondo. Así las cosas, la tutela judicial efectiva que se denuncia vulnerada puede y debe entenderse restablecida mediante el análisis y la resolución de dichos temas de fondo; en primer lugar, el de la calificación de los servicios del actor a los efectos del artículo 213.3 LGSS ; y en su caso, subsidiariamente, el de la calificación del acto de cese como despido nulo por discriminación.

..... Nuestra sentencia citada de 9 de mayo de 2011 , aportada para comparación en el primer tema del recurso, ha declarado lo siguiente: A) la asignación de trabajo a un desempleado en una Administración Pública, por parte de la entidad gestora de la protección por desempleo, cumple el requisito de " utilidad social " y repercusión " en beneficio de la comunidad" exigido en el artículo 213.3. a) LGSS para los "trabajos de colaboración social"; y B) el " carácter **temporal** " de los servicios prestados en el mencionado régimen de "colaboración social" de los desempleados se refiere a la temporalidad ex lege del vínculo de colaboración establecido entre las partes, y no (al menos, no necesariamente) a la temporalidad de las "obras" o "trabajos" en los que el desempleado participa por asignación de la entidad gestora.

Esta sentencia de contraste palmariamente es contradictoria con la recurrida por razones ya expuestas. Sostiene la mayoría de la Sala su posición con razonamientos que se comparten y reiteran, haciéndose eco además de la discusión interna mantenida en la deliberación, la cual se ha reflejado y publicado en el voto particular que la acompaña . **Los argumentos de apoyo de la sentencia de contraste son, en cuanto al primer punto, que la prestación de servicios a una Administración Pública integra por sí sola el requisito de "utilidad social", teniendo en cuenta que la Administración Pública, en sus distintas manifestaciones, ha de servir, como dice el artículo 103.1 CE a los " intereses generales".** A ello se añade, con un argumento de interpretación teleológica, que "la transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración **temporal** determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución " .



En cuanto al segundo punto del debate procesal, los razonamientos de la sentencia de unificación de doctrina de 9 de mayo de 2011 , que se apoya aquí en sentencia precedente de la propia Sala de 15 de julio de 1988 , se pueden resumir como sigue: 1) la adscripción a un trabajo de colaboración social tiene carácter **temporal ex lege en cuanto que "nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio de desempleo que se le hubiera reconocido"; y 2) la temporalidad exigida en esta modalidad de trabajo de colaboración social "no guarda relación con la temporalidad por obra o servicio determinado a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores ... sino que el trabajo del desempleado implica desde el inicio una obra o un servicio durante un tiempo limitado".**

.....La aplicación al caso de las consideraciones anteriores conduce a estimar el primer tema o motivo del recurso de la Abogacía del Estado, lo que obliga a descartar la calificación de laboralidad adoptada en la sentencia recurrida, y a declarar que nos encontramos ante un "trabajo de colaboración social", que, de acuerdo con el artículo 213.3 LGSS , " la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo ". La justificación constitucional de esta exigencia, podemos añadir ahora, es el "deber de trabajar" que tienen " todos los españoles ", de acuerdo con el artículo 35 CE , un deber del que no se derivan imposiciones de trabajo forzoso, atendiendo a la consideración de la libertad como " valor superior del ordenamiento jurídico" (art. 1.1 CE), pero que, de acuerdo con el precepto legal citado, sí puede condicionar el régimen jurídico de la protección por desempleo con la exigencia de los "trabajos de colaboración social", respecto de los cuales el propio artículo 213.3 LGSS prevé para su puesta en práctica la "celebración de conciertos con Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro", que puede promover la propia entidad gestora de las prestaciones de desempleo".

Consecuentemente con todo ello, y sin necesidad ya de abundar en lo reiterado al respecto por posteriores sentencias de casación unificadora, el recurso ha de ser atendido, tal y como propone el Mº Fiscal.

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 CONSEJERIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 30 de abril de 2012 , formulado contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria , en autos seguidos a instancia de DOÑA Ángela , contra dicho recurrente, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la actora y en consecuencia confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,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. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.