

Roj: **STS 460/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:460**Id Cendoj: **28079140012017100025**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2017**Nº de Recurso: **2780/2015**Nº de Resolución: **75/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 30 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Andaluz de Empleo representado y asistido por el letrado de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en recurso de suplicación nº 1252/14, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, en autos nº 233/13, seguidos a instancias de D<sup>a</sup>. Florencia contra el Servicio Andaluz de Empleo sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrido D<sup>a</sup>. Florencia representada y asistida por el letrado D. Ignacio Barrionuevo Soler.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMANDO la demanda interpuesta por DOÑA Florencia ; debo absolver a la demandada de las pretensiones vertidas en su contra.»

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

«1º.- Doña Florencia, con DNI NUM000, ha venido prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia del Servicio Andaluz de Empleo, en la Oficina de Empleo de La Orden, sita en Huelva, y también en Isla Cristina (Huelva), desde el 16 de noviembre de 2008, con la categoría profesional de Titulado de Grado Medio, percibiendo un salario diario, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, de 80,97 euros.

2º.- La relación laboral se inició en virtud de la suscripción de un contrato de duración determinada, "laboral temporal para realizar funciones no incluidas en la RPT, a cargo del Capítulo I", para obra o servicio, con objeto definido como "las funciones de Asesor de Empleo definidas en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (Acuerdo de 18 de abril de 2008 el Consejo de Ministros BOE nº 162, de 5 de julio)". El 6 de octubre de 2009 el citado contrato fue prorrogado hasta el 5 de octubre de 2010. El 6 de octubre de 2010 se pactó nueva prórroga, hasta el 5 de octubre de 2011. Finalmente, el 6 de octubre de 2011 se acordó nueva prórroga, hasta el 5 de octubre de 2012, pactándose como cláusula adicional lo siguiente: "Se hace constar que este contrato/prórroga está condicionado a la financiación regulada por el Real Decreto Ley 13/10, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, la cual se realizará con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal. La presente cláusula adicional queda unida al mencionado contrato, formando parte integrante del mismo y, en prueba de conformidad, se firma por ambas partes contratantes".

3º.- La hoy actora ha venido realizando las mismas tareas que el resto de compañeros del Servicio Andaluz de Empleo, con igual categoría profesional.



4º.- En la Instrucción 3/2008, de 6 de noviembre, de la Dirección General de Empleabilidad e Intermediación Laboral del Servicio Andaluz de Empleo se estableció el Protocolo de Actuación de los asesores y asesoras de empleo en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, indicándose en el apartado tercero que "Al incorporarse a las oficinas, los asesores y asesoras de empleo se integrarán en el equipo y la dinámica de trabajo de la misma, con la peculiaridad de que su desempeño profesional ha de estar en todo momento ligado a las personas participantes en el Plan MEMTA".

5º.- En la Instrucción 1/2009, de 15 de enero, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo se estableció el Protocolo de Derivación de las personas demandantes de empleo desde las oficinas SAE hacia las acciones de formación profesional intensivas, dentro del marco de medidas extraordinarias del mercado de trabajo andaluz.

6º.- En fecha 27 de noviembre de 2012 la demandada participa a la actora su cese, mediante carta del siguiente tenor literal: "Por la presente le comunicamos que se ha producido la conclusión de la obra o servicio determinado objeto de su contrato lo que determina la finalización de la relación laboral que nos vincula con efectos del día 31/12/2012, y ello de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . El Acuerdo de 18 de abril de 2008 del Consejo de Ministros aprobó el Plan extraordinario de medidas de Orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral (BOE nº 162, de 5 de julio), entre las que se encontraba la medida consistente en la contratación de personas Orientadoras que realizarán su actividad en las oficinas de empleo de los Servicios Públicos de Empleo. Esta medida se aplica en todo el territorio del Estado y su gestión se lleva a cabo por las Comunidades Autónomas con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal. Así, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma se procedió al refuerzo de las oficinas con la contratación inicial de 413 orientadores de empleo para desarrollar sus servicios en la red de Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo. En este sentido, su contrato de trabajo se formalizó con fecha 5 de de octubre de 2008, al amparo del precitado Acuerdo y para el ejercicio de las funciones de Asesor de Empleo definidas en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral. Pues bien, el artículo 16 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre , de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, prorrogó la vigencia del Plan extraordinario de medidas orientación, formación profesional e inserción laboral hasta el 31 de diciembre de 2012, justificada en tanto el programa ha continuado manteniendo su vigencia. El proyecto de ley de Presupuestos para 2013, no contempla la continuidad de dicho Plan extraordinario más allá de esa fecha, por lo que la extinción de su contrato temporal se produce ex lege ya que, al extinguirse su cobertura normativa, se impone el cese del servicio determinado en el que se basa su contratación. Como consecuencia de lo anterior, el Servicio Andaluz de Empleo se ve en la obligación de proceder a la finalización de su contrato por conclusión de la obra o servicio objeto del mismo Por ello, en cumplimiento de las previsiones legales recogidas en el precitado artículo 49.1 c) y en la Disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores , se le notifica lo siguiente: -La finalización de su contrato de trabajo producirá efectos desde el próximo día 31 de diciembre de 2012. -La propuesta de indemnización legalmente establecida de cuantía equivalente a ocho días de salario por año de servicio en la empresa y que asciende, salvo error u omisión, a un total de 2.151,96 euros. Se hace constar que se le entrega copia de esta comunicación al representante de los trabajadores. Le rogamos se sirva de firmar el duplicado de la presente en señal de recepción".

7º.- La actora no ostentaba cargo alguno de representación sindical o legal de los trabajadores.

8º.- Con fecha 23 de enero de 2013, la actora formula Reclamación Previa, expresamente resuelta el 25 de marzo de 2013.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D<sup>a</sup>. Florencia formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 3 de junio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Florencia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva en fecha 11 de diciembre de 2013 , en virtud de demanda por ella presentada contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO; y revocamos la sentencia recurrida, declarando que el cese de la actora, acordado por el Servicio demandado con efectos de 31 de diciembre de 2012, constituye despido nulo, y condenando al referido demandado a la inmediata readmisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la en que tenga lugar la efectiva readmisión.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la representación letrada del Servicio Andaluz de Empleo 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 21 de abril de 2015 (Rcud. 1235/14 ).



**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 estimar que se declare la improcedencia del recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 26 de enero de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de fecha 3-junio-2015 (rec. 1252/2014 ), declara la nulidad del despido de la actora, trabajadora como asesora de empleo para el Servicio Andaluz de Empleo (SAE).

De un lado, la Sala de Sevilla razona que la relación laboral era de carácter indefinido al considerar en fraude de ley el contrato para obra o servicio celebrado el 16 de noviembre de 2008 en el marco del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (según el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 abril 2008). De otra parte, al apreciar que el despido afectaba a 413 asesores de empleo, considera dicha Sala que la parte demandada debió de acudir al despido colectivo regulado en el art. 51 del Estatuto de los trabajadores (ET ).

2. La Administración autonómica demandada acude a la casación para unificación de doctrina para sostener que la calificación del despido sólo podía ser la de improcedente. Aporta, como sentencia de contraste, la STS/4ª/Pleno de 21 abril 2015 (rollo 1235/2014 ).

Dicha sentencia fue dictada en una situación análoga a la del presente caso: el cese en la misma fecha de un promotor de empleo del SAE contratado para obra o servicio determinado en circunstancias similares con arreglo al mismo Plan Extraordinario.

Nuestra sentencia rechaza la declaración de nulidad del despido sosteniendo que el cese no obedeció a la voluntad de la Administración empleadora, sino a un mandato legal, expresado en la Ley 35/2010, la cual dispuso la finalización del citado Plan Extraordinario.

3. Concorre, por tanto, entre la sentencia recurrida y la aportada como referencial la necesaria contradicción tal y como exige el art. 219.1 LRJS .

**SEGUNDO.-** 1. Como se pone de relieve con la propia sentencia de contraste, STS/IV -Pleno- de 21 abril 2015 (rollo 1235/2014 ). la cuestión suscitada en el presente litigio ha sido ya analizada con anterioridad por esta Sala IV del Tribunal Supremo, no sólo en aquel caso, sino en otras sentencias dictadas por el Pleno de la Sala el mismo día (rrcud. 184/2014 , 683/2014 , 1004/2014 , 1022/2014 , 1071/2014 , 1238/2014 , 1408/2014 y 1511/2014) y del 22 abril 2015 ( rrcud. 1028/2014 y 1161/2014 ), con solución que ha sido reproducida después en muchas otras (a título de ejemplo: STS/4ª de 14 septiembre 2015 -rcud. 2272/2014 -, 18 mayo 2016 -rcud. 3483/2014-, 9 y 30 junio 2016 -rcud. 3476/2014 y 3846/2014, respectivamente-, ó 3 y 19 julio 2016 -rcud. 313/2015 y 159/2015, respectivamente-).

2. Por consiguiente, hemos de ceñirnos a esa doctrina y, partiendo de la ausencia de justificación de la temporalidad, debemos reiterar que no cabía aceptar la pretensión de nulidad del despido en un caso como el que hoy resolvemos.

Las referidas sentencias del Pleno describen la aplicabilidad de las previsiones del art. 51.1 ET , en relación con la Disp. Ad. 20ª a las Administraciones públicas tanto para regular las extinciones colectivas, como para delimitar el ámbito de su incidencia y para excluir es estos casos la nulidad de los despidos.

Por ello, "... 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 ".

Llegados a este punto la Sala ha considerado necesario recordar que la situación no se incluye en el ámbito de la Directiva 1998/59/CE, la cual conceptúa el 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 art. 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 -).

3. Por otra parte, el art. 13 de la Ley 35/2010 , en la redacción dada por el RD-Ley 13/2010, dispuso que la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012 del Plan aquí controvertido estaba referida exclusivamente a la



medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo.

Asimismo, el art. 15 del RD-ley 13/2010, con mandato reiterado por la Dips. Final 14ª de la Ley 2/2012 , prescribió que «*con 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*».

4. De esta forma, como recordamos en la STS/IV de 13/10/2016 (rcud. 3138/2015 ) reiterando la de contraste: "*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 fácilmente ligadas a 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 «se 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".*

**TERCERO.-** 1. En consecuencia, procedía también en este caso la declaración de improcedencia del despido y, en consecuencia, al no ser ése el pronunciamiento de la sentencia recurrida, debemos estimar en parte el recurso -en la medida en que suplicaba la absolucón, sin matices- y casar y anular la sentencia recurrida.

La demandante, ahora impugnante del recurso señala en sus escrito de impugnación, que en todo caso ha de mantenerse la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, por cuanto se trata de una trabajadora que en el momento del despido se encontraba en "situación de disfrute de reducción de jornada por lactancia de un menor de 12 meses". Del examen de las actuaciones resulta que la actora en el escrito de demanda sin argumentación alguna señala (hecho sexto 2º) que: "*aunque no concurriese nulidad por estas causas, en el caso de la actora en caso de falta de justificación, el despido debe ser declarado nulo y no improcedente, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 108 o 122 de la LJS, al encontrarse la actora en situación de disfrute de reducción de jornada por lactancia de un menor de 12 meses*".

No puede analizarse esta cuestión en este trámite procesal, por cuanto la actora en el recurso de suplicación formulado nada indicaba ni objetó al respecto, por ello la sentencia recurrida no aborda esta cuestión, sin que pueda esta Sala examinar una cuestión que no fue objeto de debate en suplicación.

Nos encontramos ante un supuesto distinto al resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 147/2016 de fecha 19- septiembre-2016 , pues en el ahora enjuiciado, la actora obtuvo en instancia sentencia desfavorable, y fue ella quien formalizó el recurso de suplicación resuelto por la sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina. Y en dicho recurso de suplicación, la recurrente ni interesaba la modificación del relato fáctico de instancia para que se incluyera la circunstancia que alega -que no consta acreditada-, ni hace mención alguna al respecto en los motivos de censura jurídica.

2.- Y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, procede estimar sólo en parte el recurso de dicha clase formulado por la trabajadora y, con revocación de la sentencia de instancia, declarar la improcedencia del despido efectuado con efectos del 31 de diciembre de 2012, con condena a la parte empleadora a las consecuencias inherentes a tal declaración, lo que supone la opción en el plazo de cinco días por la inmediata readmisión en las mismas condiciones, con abono de los salarios de tramitación ( art. 56.2 ET ), o la indemnización en la cuantía resultante de lo dispuesto en el art. 56 ET y de la Disp. Trans . 5ª del RDL 3/2012 , con deducción, caso de haberla ya percibido, de la indemnización puesta su disposición en la fecha del cese en aquella fecha.

3. De conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LGSS , no procede la imposición de costas, debiendo darse el pertinente destino legal a los depósitos y consignaciones dados para recurrir.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Junta de Andalucía (SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO) contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), en recurso de suplicación nº 1252/2014 . Casar y anular la indicada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar sólo en parte el recurso de dicha clase formulado por D<sup>a</sup> Florencia y, con revocación de la sentencia de instancia, declarar la improcedencia del despido efectuado con efectos del 31 de diciembre de 2012, con condena a la parte empleadora a las consecuencias inherentes a tal declaración, lo que supone la opción en el plazo de cinco días por la inmediata readmisión en las mismas condiciones, con abono de los salarios de tramitación ( art. 56.2 ET ), o la indemnización en la cuantía resultante de lo dispuesto en el art. 56 ET y de la Disp. Trans . 5<sup>a</sup> del RDL 3/2012 , con deducción, caso de haberla ya percibido, de la indemnización puesta su disposición en la fecha del cese en aquella fecha. Sin costas. Dese el pertinente destino legal a los depósitos y consignaciones dados para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.