



Roj: **STS 1448/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1448**

Id Cendoj: **28079149912017100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **961/2015**

Nº de Resolución: **271/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Alicia Ruiz Torres, en nombre y representación de D. Pelayo Y D. Segundo, contra la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso de suplicación núm. 2105/2013, formulado frente a la sentencia de 28 de septiembre de 2012 dictada en autos 330 - 331/12 por el Juzgado de lo Social único de Algeciras seguidos a instancia de los aquí recurrentes contra el Ayuntamiento de los Barrios sobre despido. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, el AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS representada por el letrado D. Jesús Andrés Rodríguez Martín.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2012, el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimo la demanda interpuesta por D. Pelayo y D. Segundo contra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, y debo declarar y declaro que, el cese de la relación laboral, con efectos desde 04.02.2012, que unía a los demandantes con la demandada es un despido nulo, condenando al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS a estar y pasar por la anterior declaración, y a que en el plazo de cinco días les readmita en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones, como indefinidos no fijos, y les abone los salarios de tramitación, a razón de : - a D. Pelayo : 75,94 EUROS/DÍA.- A D. Segundo : 54,28 euros/día.- dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** Los actores, vienen prestando servicio para el AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, con las siguientes condiciones laborales: 1.- D. Pelayo, con categoría profesional de Telefonista, antigüedad dese 04.09.2000, a tiempo completo, salario día de 75,94 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, suscribiendo contratos temporales sin solución de continuidad, según relación detallada en el hecho primero de la demanda, que se da por reproducida.- 2.- D. Segundo, con categoría profesional de Operario de Servicios Múltiples, antigüedad desde 04.03.2002, a tiempo completo, salario día de 54,28 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, suscribiendo contratos temporales sin solución de continuidad, según relación detallada en el hecho primero de la demanda, que se da por reproducida (hecho no controvertido, f. 69 a 91, 266 a 295).- **2º.-** El actor D. Segundo, viene realizando funciones de Fisioterapeuta desde hace 10 años (hecho no controvertido).- **3º.-** Mediante escrito de 31.01.2012 del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, firmado por el Alcalde-Presidente, que se da por reproducido, se comunicó al actor la extinción de su relación laboral, en base a: "Este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, ha aprobado los Presupuestos Anuales y la modificación de la Plantilla de Personal para el ejercicio 2012 por acuerdo plenario de fecha 23 de diciembre de 2011, mediante el que se suprimen de la Plantilla de Personal una serie de plazas vacantes tanto de régimen funcionario como de personal laboral fijo existentes en años anteriores, ello como consecuencia de las necesidades económicas de este municipio



que han originado una disminución y eliminación de plazas vacantes.- Estando usted afectado mediante la amortización de la plaza de ..., que viene ocupando temporalmente de forma interina, se pone en su conocimiento que se extingue su relación laboral con este Ayuntamiento a partir de la aprobación definitiva del Presupuesto Anual y la modificación de la Plantilla de personal para el ejercicio 2012, que tendrá efectos el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, que será expuesto en el Tablón de Anuncios de este Ayuntamiento a los efectos de público conocimiento" (f.63 y 95).- 4º.- 1.- En el BOP de Cádiz núm. 23 de 03.02.2012, se publicó el Presupuesto General del Ejercicio 2012, que se da por reproducido, y Edicto que dispone: " ...se entiende otorgada la confianza y aprobado el Proyecto de Presupuesto y, por tanto, queda aprobada la modificación de la Plantilla de Personal (Anexo I) para el ejercicio 2012 consistente en la amortización de 113 plazas de Funcionarios, 90 plazas de Personal Laboral Fijo y 3 de personal eventual o de empleo.- Existiendo una decisión reglamentaria de amortizar una serie de plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario, personal laboral fijo y personal eventual o de empleo, esta Corporación procederá a extinguir la relación laboral de todos aquellos empleados municipales afectados por la supresión de las plazas que venían ocupando temporalmente de forma interina con efectos de fecha correspondiente al día siguiente al de la publicación de los Presupuestos anuales y la modificación de la Plantilla de Personal para el ejercicio 2012 en el Boletín Oficial de la Provincia" .- Publicándose igualmente como ANEXO I la relación de plazas que se amortizan, entre las que se encuentran 90 plazas de personal laboral fijo de las cuales 40 pertenecen a la denominación de Operario de Servicios Múltiples, no identificadas con el número de plaza ni los trabajadores que las ocupan.- 2.- El Acuerdo de aprobación definitiva del referido Presupuesto se encuentra impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa (hecho no controvertido).- 5º.- 1.- En fecha 27.10.2011 el AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS presentó solicitud de E.R.E., registrado con núm. NUM000 . El 09.12.2011 presentó escrito por el que comunicaba a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, que tuviera por evacuado el trámite de la fase de negociación.- 2.- Mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 19.12.2011, en relación al E.R.E. de referencia núm. NUM000 , se tiene "por desistida la solicitud de autorización de despido colectivo de 178 trabajadores procediéndose al archivo del presente expediente" . Que fue recurrida en reposición en fecha 20.01.2012, sin que conste resolución al respecto.- 3.- Los actores recibieron comunicación interior del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, de fecha 29.11.2011, convocándolos a reunión del día 01.12.2011, en relación al ERE, como personal afectado.- 4.- En la Memoria explicativa del citado ERE, el Ayuntamiento demandado manifestaba y reconocía expresamente que quedaba "...sometido en su actuación a la competencia de la jurisdicción social en todo lo referente a las incidencias y vicisitudes derivadas del contrato de trabajo (pag. 4) ... En definitiva, los contratos que en este caso quedan afectados, se han celebrado en el seno de una organización empresarial pública de más de trescientos trabajadores, bajo el marco normativo laboral común y supera el número exigido por la norma que permitiera seguir los trámites individualizados de despidos, mas de treinta, por tanto, quedan sometidos, por imperativo legal, al procedimiento establecido de regulación de empleo específico, al Reglamento contenido en el R.D. 801/2011 (pag. 4- 5)... En otro orden de cosas, existe otro grupo de contratos en fraude de Ley, referido a aquellos contratos que habiendo transcurrido el período máximo estipulado, más de 3 años en régimen de contratación temporal, para la realización de obras o servicios determinados sin que se hubiera procedido a su regularización, a tenor de lo regulado en el artículo 15, apartado primero, del ET , que alcanzan una cifra de 115 trabajadores, cuya situación jurídica irregular ha devenido en que la Corporación local haya reconocido, mediante Decreto de fecha 3 de diciembre de 2010, bajo la presidencia del entonces Alcalde D, Candido , una llamada "interinidad indefinida", que aunque no supone declaración fijeza, gozan de un estatus de trabajador interino hasta la cobertura por vía reglamentaria de la plaza a la que esté vinculado con una duración contractual indefinida o cuando se produzca la amortización de la misma (pag. 16) ... no se puede limitar la posibilidad de sometimiento a la norma laboral a los trabajadores que con él han contratado, ni sustraerles las garantías y derechos que en dicho procedimiento de regulación se les reconoce, máxime cuando todos y cada uno de los afectados reúnen los requisitos de cotización para acceder a las prestaciones sociales correspondientes, tales como indemnizaciones y desempleo, en tanto, puedan articularse las medidas paliativas propuestas en el Plan de Acompañamiento (pag. 20)... ". (hecho no controvertido, f.113 a 147).- 6º.- Los actores interpusieron reclamación previa a la vía judicial en fecha 01.03.2012 (f. 14 a 19 y 40 a 52), ante el Ayuntamiento de los Barrios, que fue desestimada por silencio administrativo.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación Letrada del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social Único, de Algeciras, de fecha 28 de septiembre de 2012 , recaída en los autos en Reclamación por Despido, instados por D. Pelayo y D. Segundo , debiendo ser parcialmente revocada la sentencia recurrida, con declaración de la procedencia del despido, condenando al recurrente a pagar a éstos la cantidad de 6.935,60 ?, y 4.486,78 ?, respectivamente».



TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Pelayo y D. Segundo 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 24 de junio de 2014 y la infracción de lo establecido en los arts. 51 , 52 y 56 ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28/09/15, 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.- Evacuado el trámite de impugnación, 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 15 de noviembre de 2016.

SEXTO.- En virtud de providencia de 2 de noviembre de 2016, se acordó dejar sin efecto el acto de votación y fallo del presente recurso, y se acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, solicitado por la parte recurrida.

SÉPTIMO.- Por providencia de 16 de febrero de 2017 y estimando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, se convocó a todos los Magistrados de esta Sala para el 15 de marzo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Debe resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el problema referido a si cabe la amortización de una plaza de empleado laboral indefinido no fijo por parte de un Ayuntamiento sin necesidad de acudir a la justificación de la existencia de las causas previstas en el artículo 51 ET cuando se superan los umbrales previstos en esa norma, y si el criterio interpretativo que se adoptó en la STS de 24 de junio de 2014 (rcud. 217/2013) resulta aplicable a situaciones abordadas con posterioridad a ese momento, aunque se trate de ceses colectivos llevados a cabo antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012.

El Juzgado de lo Social de Algeciras conoció de la demanda que por despido había sido planteada por dos trabajadores indefinidos no fijos del Ayuntamiento de Dos Barrios, para el que prestaban servicios desde el 4 de septiembre de 2000 el Sr. Pelayo y desde el 4 de marzo de 2002 el Sr. Segundo . La sentencia de 28 de septiembre de 2012 del dicho Juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad del despido, por entender que ante una decisión de amortización y cese colectivos, cuya causa era de carácter económico y que afectaba a 178 trabajadores del Ayuntamiento, debió llevarse a cabo por los trámites previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores .

Recurrida esa decisión por el Ayuntamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en la sentencia de 23 de julio de 2014 y aplicando la jurisprudencia entonces unificada, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia para desestimar la demanda, por entender que la amortización de plazas de trabajadores indefinidos no fijos en la Administración y las correspondientes extinciones de los contratos de trabajo no requerían de formalidad alguna y únicamente llevaban aparejada la indemnización de 8 días prevista en el artículo 49.1 c) ET (en redacción entonces aplicable con arreglo a la Disp. Transitoria 13ª ET), correspondiente a la extinción de contratos temporales cuando expira el tiempo convenido.

2.- Frente a tal sentencia se interpone ahora por los dos trabajadores demandantes el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción de los artículos 51 , 52 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 24 de junio de 2014, en el recurso 217/2013 .

En ella se resuelve sobre el cese de 156 trabajadores sujetos a contrato de interinidad por vacante con la Universidad Politécnica de Madrid, decisión tomada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de dicha Universidad de 9 de marzo de 2013, ceses comunicados los días 12 y 13 siguientes y con efectos del 31 de marzo de ese mismo año 2013 sin acudir a formalidad diferente a la propia amortización y sin establecer indemnización alguna para los despedidos. En la sentencia que analizamos, la Sala alcanza la conclusión, cambiando la doctrina sostenida hasta el momento, de que la Administración debió acudir a la vía prevista en el art. 51 ET y al o hacerlo, la consecuencia no podía ser otra que la declaración de nulidad de los ceses, tal y como establecía el art. 124.9 (hoy 124.11) LRJS .

Se afirma en la STS invocada como contradictoria que «... nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está



sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P .). La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P . no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C .). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil , pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.

Consecuentemente, estamos ante un contrato temporal que por causa de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado... por ello, cabe concluir que el penúltimo párrafo del art. 51-1 del E.T . en cuanto parece excluir del cómputo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales del artículo 49-1-c) del mismo texto legal , sólo se refiere a los contratos que finalizan por la "expiración del tiempo convenido", pero no a los que finalizan antes de que llegue su término cual acaece en los supuestos de amortización de vacantes ocupadas interinamente. Esta solución la avala la literalidad del artículo 35-2 del R.D. 1483/2012, de 29 de octubre que a efectos de determinar el número de extinciones contractuales cuya superación conlleva la existencia de un despido colectivo y de seguir los trámites del artículo 51 del E.T . y del procedimiento regulado en los artículos 37 y siguientes del R.D. citado dispone que "se incluirá a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente».

El núcleo central de esa decisión adoptada en la STS no es otro que la consideración tomada frente a la jurisprudencia anterior de que para llevar a cabo ese tipo de extinciones de los contratos de los trabajadores de la Administración había de acudirse a las formalidades previstas en el art. 51 ET cuando se rebasan los umbrales previstos en dicho precepto, y en ese punto realmente la doctrina que contiene la sentencia recurrida es contradictoria con la de contraste que acabamos de analizar.

Además, esa doctrina entonces nueva, ha sido seguida de otras muchas sentencias más, entre las que cabe destacar la STS de 8/7/2014 (rec. 2693/2013) en la que se aplica esa nueva interpretación de la norma a los supuestos de amortización de plazas no solo de interinos por vacante sino también de indefinidos no fijos de un Ayuntamiento.

3.- A efectos del análisis de la contradicción y dando contestación a la tercera de las alegaciones del escrito de impugnación del Ayuntamiento recurrido, es cierto que las extinciones de los contratos de trabajo se produjeron antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 y de su Disposición Adicional 20ª (el 12 de febrero de 2012) en el caso de la sentencia recurrida, y con posterioridad a la misma en la de contraste, pero ello no obsta a que la referida contradicción, que niega la parte recurrida, realmente se produzca, teniendo en cuenta que en el desarrollo y complemento jurisprudencial de la doctrina que ha seguido a la que contiene la sentencia de contraste --de 24 de julio de 2014 -- hemos sostenido, el alguna ocasión precisamente para el mismo Ayuntamiento demandado, en la STS de 9/03/2015 (rec. 2186/2014) referida a otro trabajador del Ayuntamiento de Los Barrios en la misma situación que los hoy recurrentes, que resulta irrelevante desde el punto de vista de la solución jurídica que haya de adoptarse el hecho de que el cese o los ceses de los trabajadores hayan acaecido antes o después de la entrada en vigor de aquella norma.

Así se razona en esa STS de 9/03/2015 al respecto que "... si se examina con detenimiento los Fundamentos de la, tan reiterada, STS de 24 junio 2014 que han conducido al nuevo rumbo doctrinal se comprobará cómo el papel que en ellos juega el tenor de la DA 20ª ET es bien modesto.

Lo que allí se hace es reconsiderar la tradicional identificación de los contratos de interinidad por vacante como sujetos a condición resolutoria, rechazando que realmente sea así y postulando, con decisión, que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará; no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado cuyo advenimiento ha de producirse. La existencia de una condición, se sigue diciendo, requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C .). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 CC , pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.



Por tanto, como se observa, el criterio acogido por la STS de 24 junio 2014 no ha dependido del juego de la DA 20ª ET, sino que este precepto ha servido como mero detonante para propiciar la transición reseñada.

Así las cosas, carece de relevancia que al caso ahora resuelto (Ayuntamiento de Los Barrios) no resultara aplicable aún el párrafo 3º que a la DA 20ª ET añadió finalmente la Ley 3/2012. Este pasaje normativo (" *Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior* ") propicia una interpretación de sentido inverso: si los trabajadores fijos poseen prioridad de permanencia en el marco del despido colectivo es que los demás (los que no son fijos) también pueden ser afectados por tal causa extintiva. Pero, examinado desde la óptica que aquí interesa, es claro que no viene a abrir la puerta del despido por causas empresariales a los trabajadores temporales (lo que sí sería significativo) sino, sencillamente, a fijar un criterio de prioridad en orden a la permanencia; es la regla sobre el orden en los despidos la novedad y no la apertura de la posibilidad de que sean despedidos quienes carecen de prioridad para mantener su vinculación.

Por lo tanto es irrelevante, a efectos de aplicar la doctrina contenida en la *sentencia de 24 de junio de 2014, recurso 217/2013*, que la extinción del contrato del actor se produjera con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, ya que aquélla no se ha establecido en virtud de lo dispuesto en la *DA 20 del Estatuto de los Trabajadores*, en la redacción dada por la Ley 3/2012, sino atendiendo a los razonamientos que en la misma se contienen respecto a la naturaleza, duración y extinción de los contratos de interinidad por vacante (trasladables a los indefinidos no fijos)».

4.- De los razonamientos transcritos cabe desprender que sin duda el núcleo de la contradicción reside únicamente en la existencia de esa solución jurídica diferente que ofrecen las sentencias comparadas, en orden a que en las extinciones de los contratos de las Administraciones públicas de interinos por vacante o indefinidos no fijos, no cabe seguir entendiendo que se trata de la aplicación de una condición resolutoria que extingue el contrato cuando se decide la amortización de la plaza, sino que se trata de contratos sujetos a una temporalidad indeterminada, un término o vencimiento que habrá de producirse, que no admite extinción antes de que ese momento ocurra, porque además no cabe la existencia de condiciones resolutorias en las que la determinación del cumplimiento de esa condición depende únicamente de una de las partes contratantes (arts. 1115 y 1256 CC).

Y en ese punto resulta evidente que, como venimos razonando y sostiene el Ministerio Fiscal, las sentencias recurrida y de contraste son contradictorias, pues en ambos supuestos se trata de trabajadores vinculados a las diferentes Administraciones mediante contratos indefinidos no fijos o su equivalente en la de contraste de interinidad por vacante, que son extinguidos por amortización del puesto de trabajo que ocupaban sin formalidad diferente a la propia amortización, y sin indemnización de clase alguna, y sin embargo en esa sustancialmente situación de hecho la sentencia de contraste considera que debió acudir la Administración a los trámites del despido colectivo previstos en el art. 51 ET, siendo en consecuencia nula la terminación del contrato de trabajo cuestionada, mientras que la sentencia recurrida se alcanza solución contraria. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el art. 219 LRJS, la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones en dichas sentencias y las diferentes soluciones adoptadas en ellas determinan que esta Sala de proceder a la unificación de la doctrina, señalando aquella que resulte ajustada a derecho, y que desde ahora debemos decir que esa doctrina se contiene en la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- 1.- A la hora de resolver el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala ha de partir necesariamente del precedente que acabamos de citar, el que se resolvió en la STS de 9/03/2015 (rec. 2186/2014) referido a otro trabajador indefinido no fijo del mismo Ayuntamiento, que fue cesado en la misma fecha que los hoy recurrentes, y en cuyo despido concurren las mismas circunstancias de hecho que se recogen con detalle en esa sentencia, razón por la que la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige que nuestra decisión alcance ahora el mismo resultado que en aquél que resolvió la referida sentencia.

Recordaremos ahora que esas circunstancias de hecho, en esencia, son las siguientes:

a) El 27 de octubre de 2011 el Ayuntamiento de Los Barrios presentó ante la Autoridad Laboral la solicitud formal para la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo, tal y como se recoge en los hechos probados de la sentencia de instancia, que habría de afectar a 178 trabajadores y que fue registrado con el número NUM000, en el que se aportó también por el demandado en fecha 9/12/2011 la solicitud ante dicha Administración Laboral de que se tuviera por evacuado el trámite correspondiente a la negociación.

b) En la Memoria explicativa del ERE se exponían las razones por las que el cese del personal laboral se encauzaba como en cualquier empresa, siguiendo los trámites propios del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes.



c) Diez días después, el 19 de diciembre de 2011, en la resolución de la Dirección General de Trabajo de esa fecha se tuvo por desistida la referida solicitud de autorización de despido colectivo a instancia del Ayuntamiento.

d) El 23 de diciembre de 2011 se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento el Presupuesto Anual y la modificación de la plantilla de personal.

e) Mediante escrito de 31 de enero de 2012 se comunica al actor y al resto de trabajadores afectados la extinción de su relación laboral, por amortización de la plaza correspondiente, que venían ocupando temporalmente de forma interina.

2.- Ante esa situación, después de que, como antes se explicó, el Juzgado de lo Social declarase la nulidad de los despidos al no haberse seguido por la Administración los trámites previstos en el art. 51 ET, sin embargo la sentencia recurrida estimó el recurso de suplicación y desestimó la demanda, declarando la procedencia del cese de los actores, sin perjuicio de su derecho a percibir la indemnización correspondiente, calculada al amparo del art. 49.1.c) por terminación de un contrato temporal, 8 días por año de antigüedad, en la redacción entonces transitoriamente vigente del referido precepto.

Esa solución que adoptó la Sala de lo Social de Sevilla sin embargo se opone a la interpretación que ha venido haciendo la Sala desde la publicación de la repetida STS de 24 de junio de 2014 en relación con la necesidad de que las Administraciones Públicas adopten el cauce del despido colectivo previsto en el artículo 51 ET para extinguir por amortización plazas de trabajadores indefinidos no fijos o interinos por vacante, por los razonamientos antes transcritos que se contienen en la sentencia de contraste.

Más específicamente, en la STS citada al comienzo de este Fundamento de Derecho resolvíamos que esa doctrina resultaba aplicable tanto a los trabajadores indefinidos no fijos como a los interinos por vacante, y más concretamente, ante las alegaciones de la parte recurrida -las mismas que se formulan en el presente recurso en este punto- afirmábamos que resultaba aplicable a situaciones anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012, precisamente porque, como hemos analizado al referirnos a la contradicción, la modificación del Estatuto de los Trabajadores que se llevó a cabo en el RDL 3/2012 al incluir la nueva Disp. Adicional 20ª y las referencias específicas a la forma de llevar a cabo despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, no incidía en la realidad de que las extinciones de contratos de trabajo por parte de las Administraciones Públicas no podían basarse en la pura amortización de la plaza, sino que al terminar la relación de trabajo fuera del marco de las causas previstas para que esa extinción fuese lícita, tendrían que canalizarse a través del art. 51 ET cuando se superasen los umbrales establecidos en dicho precepto y justificarse las causas legalmente previstas.

Por eso decíamos en la STS de 9/03/2015 que «... los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos en modo alguno están sujetos a una condición resolutoria tácita más allá de la constituida por la provisión del puesto desempeñado con arreglo a los procedimientos pertinentes, garantizando los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET. Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una *tipicidad prioritaria*, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 febrero 2010 (rec. 1715/2009) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET. Además, el art. 49.1.b ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa.

Tales consideraciones son, *mutatis mutandis*, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello



contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE) y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.

En suma: si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET ; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo».

3.- En el presente caso, como ya anticipamos, la solución que ha de darse al problema planteado en el recurso ha de ser la misma, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, por cuanto que la extinción de los contratos de trabajo de los demandantes se produjo en el marco de una decisión extintiva que alcanzó a un número de trabajadores por encima de los umbrales previstos en el número 1 del artículo 51 ET , de tal forma que al no haberse seguido los trámites previstos en el mismo, el artículo 124.11 LRJS impone la declaración de nulidad de los despidos de los actores, tal y como sostuvo la sentencia de instancia, lo que exige la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación para desestimar el mismo y confirmar la sentencia de instancia que declaró la nulidad de los ceses.

TERCERO. - 1.- En el escrito de impugnación del recurso la representación legal del Ayuntamiento demandado pone de manifiesto, como antes se dijo, que los despidos de los actores se produjeron el 31 de enero de 2012, antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012, y que la sentencia recurrida se atuvo a la doctrina de ésta Sala de lo Social del Tribunal Supremo contenida en STS del Pleno de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y otras anteriores y posteriores, hasta que en la STS del Pleno varias veces citada, de 24 de junio de 2014 , cambió el criterio aplicativo y la interpretación que hasta ese momento se había dado a la incidencia del art. 51 ET en los ceses de trabajadores interinos por vacante o indefinidos no fijos en la Administración, para concluir en los términos a que antes nos referimos.

Desde esa realidad, el recurrido afirma que si en el caso que resolvemos se aplicase la doctrina de esa última sentencia y otras posteriores que han seguido, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica del demandado, invocando los artículos 24 y 9.3 CE , porque entiende que en ese caso aplicaríamos de manera ilícitamente retroactiva un criterio jurisprudencial posterior al momento en que acaecen los hechos enjuiciados, desde el momento en que la nueva doctrina cambia radicalmente cuanto se venía sosteniendo hasta entonces, cuyo sostenimiento para el caso sucedido con anterioridad determinaría que las extinciones contractuales en este supuesto deberían considerarse ajustadas a Derecho de acuerdo con las normas y pautas hermenéuticas del momento en que se produjeron los ceses.

2.- Los argumentos que se utilizan por la parte recurrida en su escrito de impugnación en este punto, tuvieron en lo esencial respuesta en el Auto de esta Sala de 2 de noviembre de 2015 , en el que se desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones que interpuso el Ayuntamiento precisamente frente a la STS de 9 de marzo de 2015 , antes citada, que resolvió el recurso de otro trabajador también despedido en las mismas circunstancias y que obtuvo una sentencia favorable de esta Sala al declararse la nulidad del despido.

En ese Auto decíamos que en el caso que analizábamos entonces –y en éste también, añadiríamos ahora– no se trata de un supuesto en el que hayan variado las normas desde las que haya de resolverse el litigio, sino la jurisprudencia que interpreta un determinado precepto, el art. 51 ET , en relación con la naturaleza temporal de los contratos de los empleados públicos no fijos y su extinción colectiva, de manera que " ... el canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones *inter privatos* (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos...".

Cita en apoyo de sus fundamentos la parte recurrida la STC 7/2015, de 22 de enero , pero en ella se contemplaba un supuesto que nada tiene que ver con el que hoy nos ocupa. Esa sentencia se refiere a la introducción por la Sala Tercera del TS de nuevos requisitos que habría de reunir el escrito de preparación del recurso de casación formulado contra una sentencia de la AN, referidos a la necesidad de que en ese texto se reflejaran específicamente la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia (art. 89.2 LJCA), con la particularidad de que esa decisión reguladora del recurso de casación fue posterior a la preparación del recurso en aquél caso, lo que no impidió la inadmisión del mismo a pesar de en fecha inmediatamente posterior a la del conocimiento de la citada resolución, la parte presentase un escrito en el registro de la Audiencia Nacional en el que se pretendió dar cumplimiento a la



nueva exigencia procesal añadiendo la cita de las infracciones normativas o jurisprudenciales que consideraba infringidas, al objeto de «adecuar el anterior escrito de preparación».

No había en Auto de la STS 3ª que inadmitió el recurso de casación por tanto aplicación de ninguna doctrina jurisprudencial sobre el fondo de un problema sustantivo que se suscitase, sino que se determinaba el alcance de los nuevos requisitos del escrito de preparación del recurso de casación, discutiéndose el alcance del art. 24.1 CE, tutela judicial efectiva, en relación con el derecho de acceso a los recursos, teniendo en cuenta que además que la parte procedió a complementar el escrito de preparación de un recurso procesal inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial tan pronto como tuvo conocimiento de ello, conducta procesal que el Tribunal Supremo no ponderó, lesionando así el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE, tal y como se reconoce en la STC.

Como decíamos en nuestro ATS de 2 de noviembre de 2015 a propósito de la invocación de esta misma STC 7/2015, «... en ese caso entonces es la propia jurisprudencia la que altera los términos en que ha de desarrollarse la conducta procesal y es la Sala de lo Contencioso-administrativo la que se está pronunciándose sobre cómo hay que actuar ante él mismo y por eso sus decisiones pueden ser matizadas (admitir, inadmitir, permitir subsanación). En el presente caso, por el contrario, se está examinando una conducta (extinguir cerca de cien contratos de trabajo) llevada a cabo por el Ayuntamiento empleador respecto de su plantilla laboral. Es evidente que el papel del Tribunal en este caso no puede equipararse pues la conducta enjuiciada se desarrolló en terreno completamente ajeno a la actuación procesal.

El modo de subsanar lo que estuvo mal hecho (con arreglo a la nueva doctrina), en nuestro caso, no puede consistir en reiterar una actuación procesal, mientras que en el supuesto de la sentencia constitucional aducida sí cabe esa vía.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*, § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, § 38).

La STC 72/2015, de 14 abril, (que resuelve un caso similar al de la STC 7/2015) pone de relieve que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law*, en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling*, rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (STC 95/1993, de 22 de marzo).

Dicho abiertamente: no existe la vulneración de principios y valores constitucionales que el Ayuntamiento de Los Barrios reprocha a nuestra sentencia. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que ha hecho la STS de 9 de marzo es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento».

CUARTO.- Se afirma también en el escrito de impugnación del Ayuntamiento recurrido que nuestras sentencias dictadas a partir de la de 24 de junio de 2014 y que se refieren a despidos llevados a cabo con anterioridad al 14 de febrero de 2012 (fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2012) han incurrido en prohibida aplicación retroactiva de la Disp. Adicional 20ª ET, y que ese principio de "irretroactividad" de la jurisprudencia ha sido admitido y aplicado por la Sala Primera de este Tribunal en su STS 1ª 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (recurso 1765/2013) en la que se limitaban los efectos de la anterior STS 1ª, 241/2013, de 9 de mayo de 2013, limitando la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la referida sentencia de 9 de mayo de 2013.



Al margen de que en esa STS 1ª no se aborda el mismo problema que resolvemos, por cuanto que no se produce un cambio jurisprudencial en relación con el asunto de fondo, y que lo único que se resuelve son los efectos de esa decisión principal de nulidad de las cláusulas suelo cuando resulten abusivas, es sabido que el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, "caso Gutiérrez Naranjo", en la que se deja sin efecto esa limitación temporal de los efectos económicos de la nulidad adoptados por la Sala 1ª, y se afirma que « El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión» .

No hay por tanto retroactividad proscrita en la decisión que adoptamos en esta sentencia al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina con arreglo a nuestros precedentes jurisprudenciales recientes, sino, como se ha razonado ampliamente una decisión basada en la nueva interpretación que se hace de una norma preexistente y siempre igual en los umbrales del despido colectivo previsto en el art. 51 ET desde que fueron introducidos por la Ley 11/1994, en la que se traspuso la Directiva entonces vigente sobre despidos colectivos, la 75/129/CEE de 17 de febrero de 1975, después codificada por Directiva 98/59.

QUINTO.- 1.-En la alegación segunda de las que se contienen en el escrito de impugnación del recurso se afirma que el recurso de casación para la unificación de doctrina debió ser inadmitido en su día porque concurre la causa de inadmisibilidad de falta de interés casacional, invocación que formula al amparo de lo previsto en los artículos 219, 222.2) y 224.1 b) LRJS, porque -se afirma- la Sala ya tenía unificada la doctrina en el supuesto de autos cuando se presentó el recurso. Los argumentos utilizados anteriormente sobre la realidad del cambio jurisprudencial extensamente razonado y de que, obviamente, únicamente las decisiones posteriores de la Sala se atuvieron a la misma, bastarían para rechazar la alegación que ahora abordamos.

2.- La STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 2214/2013), la primera de esta Sala sobre la que se afirma que ya contenía la doctrina unificada, se refiere a una trabajadora que, tras dos contratos para obra o servicio determinados, tenía adquirida la condición de trabajadora indefinida no fija en el Ayuntamiento de San Vicente de Castellet en su condición de Directora de la Escuela de Música y profesora de canto, en la que prestaba servicios desde el 2 de agosto de 2004. Por el Pleno del Ayuntamiento, el 30 de marzo de 2011 se acordó amortizar la plaza que ocupaba la demandante y comunicar al día siguiente la extinción del contrato de trabajo por tal causa y con efectos del 30 de abril siguiente. Consta también en la sentencia como hecho probado (el quinto) que tras el cese de la actora, la plaza de Director de Escuela como tal ha sido amortizada y ningún empleado nuevo se ha incorporado a la Escuela para ocupar esa o cualquier otra plaza, puesto que, de hecho, las funciones de dirección las asumió otra trabajadora, sin cambio de contrato.

La Sala en este caso procede -como hizo en otros muchos casos- a la aplicación de la doctrina jurisprudencial vigente en el momento, la sentencia de 22 de julio de 2013 (recurso 1380/2012) y las que en ella se citan, para concluir que la amortización llevada a cabo -producida por cierto antes del 12 de febrero de 2012- no exigía llevar materializar el cese a través de los trámites del despido objetivo previstos en el art. 52 c) y 53 ET.

3.- La STS de 11 de mayo de 2015 (recurso 1090/2014), se refiere a otro de los despidos producidos en las mismas circunstancias y fecha que en el caso de los dos recurrentes en el presente recurso, otro despido en el Ayuntamiento de Los Barrios, en el que la sentencia de instancia también declaró la nulidad del despido del actor, personal laboral indefinido no fijo, al estimar que la extinción de la relación laboral debería haber sido autorizada por la autoridad laboral tras la tramitación del expediente de regulación de empleo correspondiente

La Sala de suplicación en ese caso estimó el recurso del Ayuntamiento en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 22-7-2013 (rec. 1380/2012), pero omite el impugnante un dato esencial que ha de serle bien conocido como parte que fue en el proceso, y es el de que en ese caso el recurso de casación para unificación de doctrina se interpuso por el actor frente a esa sentencia, pero únicamente se cuestionaba en él la ausencia de la indemnización de 8 días por año de servicio que en otros casos se había concedido en casos similares, aplicando el art. 49. 1 c) ET, articulando por el ello el recurso y por ello la contradicción únicamente en relación con el reconocimiento de esa indemnización de ocho días, ciñendo por ello la denuncia de infracción exclusivamente a la cuestión de la indemnización establecida en aquél precepto y pidiendo una sentencia que se ajustara a la unificación de doctrina en este punto, sin que por ello la Sala pudiera abordar el problema referido a los requisitos exigibles para la extinción acordada con arreglo a la nueva jurisprudencia, porque el recurrente aceptaba el despido como ajustado a derecho, con la única diferencia de la indemnización que había de percibir por ello.



De tales razonamientos se desprende que no existe por ello óbice alguno de admisibilidad del recurso que debiera haberse apreciado por la Sala que estuviese referido a la posible existencia de contenido casacional en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

SEXTO.- 1.- En un escrito independiente presentado ante la Sala el 19 de octubre de 2016, la representación legal del Ayuntamiento de Los Barrios formula de manera separada la petición de que formulemos desde esta Sala ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, por imperativo de lo previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en la que habrían de formularse dos preguntas:

«Cuestión Prejudicial nº 1;

¿En el contexto en el que hasta febrero del 2012 la legislación laboral española (el Estatuto de los Trabajadores) que incorporaba la trasposición de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, no recogía expresamente la aplicación de las disposiciones relativas a los despidos colectivos al personal empleado en administraciones públicas, y en particular a la figura jurisprudencial de los llamados indefinidos no fijos, debe interpretarse que la lectura conjunta de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, con la Carta de Derechos Fundamentales (artículos 47 y 49), en combinación con el principio general de la Unión Europea de irretroactividad, permite o, por lo contrario, prohíbe la aplicación retroactiva por parte del Tribunal Supremo español de (i) la modificación legislativa operada en el Estatuto de los Trabajadores en febrero del 2012, que se aparta de lo dispuesto en la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, en el sentido de aplicar las disposiciones relativas a los despidos colectivos al personal empleado en administraciones públicas y, en particular, a la figura jurisprudencial de los llamados indefinidos no fijos, así como de (ii) la doctrina tras el giro jurisprudencial iniciado en 2014 con posterioridad a la entrada en vigor en febrero del 2012 de dicha modificación legislativa, a supuestos de hecho acontecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación legislativa en febrero de 2012 y, por ende, de la nueva jurisprudencia derivada de ella?

Cuestión Prejudicial No. 2:

¿En el contexto en el que, tras su giro jurisprudencial en el año 2014 mediante el cual adopta una doctrina más estricta que la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, extendiendo su aplicación al personal empleado en administraciones públicas, y en particular a la figura jurisprudencial de los llamados indefinidos no fijos, debe interpretarse que la lectura conjunta de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, con la carta de Derechos Fundamentales (artículo 21), permite o, por lo contrario, prohíbe una aplicación inconsistente de su nueva doctrina por parte del Tribunal Supremo causando, por ende, una discriminación entre unos y otros empleados?».

En ese escrito se trata de justificar la necesidad de tal planteamiento amparado en el art. 267 TFUE porque se trata -dice la parte- de una duda interpretativa en la aplicación del Derecho de la Unión, y en ese supuesto este Tribunal Supremo debe plantear la referida cuestión prejudicial.

Desde ahora anticipamos que la respuesta a tal pretensión va a resultar negativa. En primer lugar porque la propia jurisprudencia del TJUE (asunto C-160/2014, João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros) en la que se planteaba, como es sabido, un problema de interpretación de la Directiva 2001/23, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, en absoluto establece una obligación incondicionada para los Tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno en Derecho interno de plantear la cuestión prejudicial.

Después de afirmar la referida sentencia que « ... el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir, no lo es menos que, de no existir recurso judicial alguno de Derecho interno contra la decisión de un órgano jurisdiccional, éste tiene, en principio, la obligación, cuando se plantee ante él una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE , párrafo tercero (véase la sentencia Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12 , EU:C:2013:489 , apartado 25 y jurisprudencia citada)».

A continuación añade el TJUE sobre el desarrollo jurisprudencial de esa obligación y en esa misma sentencia, que ha de cumplirse con esa obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia por parte de tales órganos jurisdiccionales nacionales « ...a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. Además que la existencia de tal eventualidad debe valorarse en función de



las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión (sentencia Intermodal Transports, C-495/03 , EU:C:2005:552 , apartado 33).

Es cierto que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la correcta aplicación del Derecho de la Unión es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable y, en consecuencia, decidir no plantear al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se ha suscitado ante él (véase la sentencia Intermodal Transports, C-495/03 , EU:C:2005:552 , apartado 37 y jurisprudencia citada).

A este respecto, la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por otros órganos jurisdiccionales nacionales no puede constituir por sí sola un elemento determinante que pueda imponer la obligación establecida en el artículo 267 TFUE , párrafo tercero.

En efecto, el órgano jurisdiccional que se pronuncia en última instancia puede estimar, pese a una determinada interpretación de una disposición del Derecho de la Unión efectuada por órganos jurisdiccionales inferiores, que la interpretación que se propone dar a dicha disposición, distinta de la realizada por esos órganos jurisdiccionales, se impone sin ninguna duda razonable...».

2.- Desde esa perspectiva y analizando el caso concreto que resolvemos, tal y como establece el TJUE, la realidad es que, pese a los esfuerzos dialécticos de la parte recurrida en el escrito a que nos referimos ahora, en ningún momento se ha llevado a cabo por esta Sala, ni por las de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia aplicación o interpretación alguna de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, en relación con los asuntos de que hemos conocido sobre los despidos de trabajadores del sector público sujetos a contratos no fijos, por la simple razón de que su artículo 1.2 b) excluye de la aplicación de la Directiva a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público, y además el art. 5 de la misma permite que los Estados Miembros los Estados miembros introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores que las previstas en la Directiva.

En ese planteamiento el recurrido afirma una y otra vez que la decisión de la Sala adoptada en nuestra STS de 24 de junio de 2014 , en la que se cambió la doctrina jurisprudencial en los términos a que antes nos referimos, tuvo su origen en la nueva redacción que el RDL 3/2012 introdujo del despido colectivo en el sector público en la Disp. Adicional 20ª, pero antes ya se explicó ampliamente y detalle que ello no fue así en absoluto, como se detalla en nuestra STS antes citada de 9/03/2015 (rec. 2186/2014) , desde el momento en que la norma, el art. 51 ET , no había cambiado y lo único que sufrió modificación fue la Jurisprudencia de la Sala sobre la extinción de contratos de trabajo de empleados no fijos en las Administraciones, al reconsiderar que se estuviera en esos casos en presencia de contratos sujetos a una condición resolutoria, tal como explicamos antes, aunque es cierto que ello ocurrió a la vista de lo que la Disposición Adicional 20ª ET pasó a regular con efectos de 14 de febrero de 2012, suceso normativo que se califica en la repetida STS de 9 de marzo de 2015 , como factor o elemento detonante del cambio jurisprudencial.

3.-Además, la jurisprudencia del TJUE unos meses después de aquella STS de 24 de junio de 2014 vino a resolver la cuestión C-86/2014 por Auto de fecha 11 de diciembre de 2014, referido al Ayuntamiento de Huétor Vega y en aplicación de la Directiva 1999/70/CE -Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada- y establecer que los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas estaban incluidos en el concepto de la Directiva de trabajadores temporales a efectos de su protección, de lo que concluye que ante la ausencia de indemnización de clase alguna en el caso de amortización de tales contratos de trabajo, «... El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.».

De lo que ya cabía desprender entonces que la doctrina tradicional de la Sala no se ajustaba a esos parámetros de protección de los trabajadores temporales de la Administración que establece el TJUE, en materia de despidos individuales y colectivos previstos en los arts. 51 y 52 ET , doctrina como se ha dicho reiteradamente contenida en la repetida STS de 22 de julio de 2013 (rec. 1380/2012) y otras muchas que en ella se citan, con arreglo a la que la extinción de tales contratos no exigía procedimiento alguno encuadrable en el art. 51, aunque se superasen los umbrales previstos en el precepto, y, que, en principio, no llevaba aparejada indemnización de clase alguna vinculada a la ilicitud del cese.

4.- Tampoco resulta admisible entender que el Legislador Español ha llevado a cabo en el RDL 3/2012, por el que se introdujo en la Disp. Ad. 20ª una excepción al art. 1.2 de la Directiva 98/59 , una trasposición más



estricta de la Directiva, al extender y regular las formalidades del despido colectivo a los trabajadores del sector público. España fue miembro de la Unión Europea desde el 1 de enero de 1986, y la entonces Directiva de 17 de febrero de 1975 -antecedente y codificada en la 98/59- sobre despidos colectivos ya fue transpuesta necesariamente al ordenamiento español en la Ley 11/1994, con la correspondiente modificación profunda del art. 51 ET vigente hasta ese momento, precepto que desde aquella fecha resultaba aplicable para todos los empleados incluidos en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, y obviamente también a los del sector público. La regulación introducida en la Disp. Ad. 20ª ET supuso entonces una regulación específica, una aplicación concreta de las previsiones sobre despidos colectivos en el sector público, y especialmente en las Administraciones, sobre la base de que la normativa que regulaba esas situaciones con anterioridad ya existía en los arts. 51 y 52 ET., pero esa regulación en nada tiene que ver con la Directiva 98/59, sino que la introducción de la discutida de la Disp. Ad. 20ª por el Legislador español se hizo con plena autonomía normativa, totalmente fuera de las previsiones o exigencias de trasposición de dicha directiva, y desde luego en ningún caso como una excepción, implementación o mejora de sus previsiones. En conclusión y sobre este punto hemos de reiterar que no hay duda o polémica interpretativa de ninguna Directiva de la Unión Europea, ni particularmente de la 98/59 que regula los despidos colectivos, razón por la que ningún tipo de diálogo cabe establecer con el TJUE en este asunto, en el que no hay Derecho de la Unión que pueda resultar aplicable.

5.- Tampoco resulta admisible el planteamiento de una cuestión prejudicial por esta Sala al amparo directo de los artículos 47, 49 o 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE., sin referencia o incidencia alguna en el Derecho derivado de la Unión que haya de aplicar esta Sala.

En el escrito del recurrido realmente se formulan las alegaciones mezclando las argumentaciones referidas a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la prohibición de discriminación y el principio de irretroactividad de las normas, siempre para sostener que nuestra nueva jurisprudencia que nació el 24 de junio de 2014 únicamente podría afectar a situaciones -despidos- que se hubieran producido con posterioridad.

Ninguna de esas cuestiones que se plantean tiene relación con la Directiva 98/59, como hemos dicho, y ya hemos razonado con amplitud en el Fundamento cuarto de esta sentencia sobre el alcance de esa nueva doctrina jurisprudencial explicada detenidamente en la STS de 9 de marzo de 2015, de manera que, por esas ya razones ya dadas, en absoluto cabe imputar un pretendido efecto retroactivo a la repetida jurisprudencia, que únicamente se limitó a aplicar de una manera determinada y a partir de cierto momento la misma norma precedente sobre cuantos despidos de la misma naturaleza tuvo ocasión de conocer la Sala, situación que es por completo ajena y se aleja por tanto de las situaciones que pueden referirse a la aplicación retroactiva de una norma jurídica, prohibida por el art. 9.3 y 25 CE, además del artículo 49 de la Carta.

6.- De manera reiterada en el escrito de que tratamos la parte recurrida afirma que nuestra jurisprudencia en la materia den general y especialmente en lo que se refiere al propio Ayuntamiento de Los Barrios es "aleatoria", y la Sala "no ha parado de adoptar sentencias contrarias, incluso el mismo día".

Particularmente se detiene en denunciar lo que califica de desamparo jurídico ante el hecho de que en dos asuntos de personas despedidas el mismo día y por el propio Ayuntamiento hubiésemos llegado a soluciones incompatibles, opuestas.

Se refiere en ese punto a la STS de 9 de marzo de 2015 (rec. 2186/2014) y la STS 11 de mayo de 2015 (rec. 1090/2014). En la primera de ellas, que hemos citado varias veces, se estimó el recurso del trabajador y se terminó confirmando la decisión de nulidad del despido adoptada en la instancia. En el segundo asunto, antes nos hemos referido a él, es de sobra conocido para quien ahora denuncia de manera gratuita esa disparidad, porque fue parte en ese proceso, que en él únicamente discutía el trabajador el derecho al percibo de los ocho días de indemnización y en absoluto se cuestionaba la calificación del despido, razón por la que nunca la Sala podría haber aplicado la doctrina discutida y declarar la nulidad del despido, sin incidir ilícitamente en una *reformatio in peius* contra el propio Ayuntamiento. Y lo mismo cabe decir de la STS 30 de marzo de 2015 (rec. 2276/2014) en la que al igual que la anterior, la denuncia de la infracción en casación y la contradicción se canalizaron exclusivamente en relación con la indemnización por cese, que entendía el recurrente ajustado a derecho.

En cuanto al hecho de que el mismo día, el 21 de julio de 2014 se dictaron dos sentencias totalmente contradictorias, la del recurso 2099/2013 y el recurso 1508/2013, resulta incierto, porque la segunda fue dictada en un caso de ejecución de sentencia de despido improcedente cuando la Administración opta por la readmisión, recurso que en absoluto entra en el fondo ni contiene doctrina alguna porque fue desestimado por ausencia de contradicción, resultando homogénea la aplicación de nuestra doctrina desde aquella fecha, con la única excepción que se describe a continuación.

Es cierto que se sostuvo la doctrina anterior, la que se contenía en la STS de 22 de julio de 2013 (rec. 1380/2012) en dos de los recursos que cita la parte recurrida SSTS de 21 de julio de 2014 (rec. 3358/2013),



pendiente de amparo nº 2031/16 ante el TC , y 17 de marzo de 2015 (rec. 753/2014), orientadas en la decisión de mantener esa jurisprudencia al principio de igualdad en la aplicación de la Ley para un amplio colectivo de trabajadores del Ayuntamiento de Parla que fueron despedidos por amortización de sus plazas en fechas sucesivas e irregulares, en términos de igualdad que el propio Tribunal Constitucional en la STC 147/2016, de fecha 19 de septiembre -referida a un despido del Ayuntamiento de Parla, similar al que hemos reseñado como pendiente de amparo- en la que se declaró la nulidad de nuestra STS de 13 de enero de 2014 , que ha sido ha sido sustituida da por otra, del Pleno, de fecha 27 de enero de 2017 (rec.430/2013), en la que se declara la nulidad del despido, con lo que se daba respuesta a la decisión del TC , encaminado o con el fin " ... de evitar que se produzcan situaciones de desigualdad respecto de un mismo colectivo de trabajadores, afectados por idéntico acuerdo administrativo".

SÉPTIMO.- En conclusión de lo razonado hasta ahora se desprende que debe ser estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por los demandantes, lo que implica que haya de ser casada y anulada la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto en su día del por el Ayuntamiento de Los Barrios y confirmada la sentencia de instancia en todos sus extremos.

Sin costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

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 interpuesto por la letrada Dª Alicia Ruiz Torres, en nombre y representación de D. Pelayo Y D. Segundo , contra la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso de suplicación núm. 2105/2013 , formulado frente a la sentencia de 28 de septiembre de 2012 dictada en autos 330 - 331/12 por el Juzgado de lo Social núm. único de Algeciras seguidos a instancia de los aquí recurrentes contra el Ayuntamiento de los Barrios sobre despido. 2º) Casar y anular la sentencia dictada en el recurso de suplicación, desestimando el de tal clase planteado por el Ayuntamiento demandado. 3º) Confirmar la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de los dos despidos. 4º) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jordi Agusti Julia **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.