



Roj: **STSJ AND 537/2014** - ECLI: **ES:TSJAND:2014:537**

Id Cendoj: **18087340012014100136**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2014**

Nº de Recurso: **2201/2013**

Nº de Resolución: **105/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL GONZALEZ VIÑAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 537/2014,**
STS 2362/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

J.G.

Sent. núm. **105/2014**

Ilmo. Sr. D. José Manuel González Viñas Presidente Ilmo. Sr. D. Jorge Luis Ferrer González Ilmo. Sr. D. Francisco José Villar del Moral Magistrados

En la Ciudad de Granada, a veintidós de Enero de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación núm. 2.201/2013, interpuesto por D^a. Rosario Y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Jaén de fecha 27 de Mayo de 2.013 en Autos núm. 208/2013, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. José Manuel González Viñas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D^a. Rosario sobre Despido contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó Sentencia el 27 de Mayo de 2.013, por la que estimando la demanda interpuesta por la actora, declaraba la improcedencia del despido del que ha sido objeto la trabajadora, condenando a la empresa demandada a que a su opción, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con la matización realizada en el fundamento de derecho tercero, o a que se le abone una indemnización de 15.027,63 euros.

En el caso de que opte por la readmisión deberá asimismo abonar a la actora los salarios de tramitación a razón de 84,83 euros diarios desde la fecha del despido, 31.12.12, hasta la fecha de notificación de dicha resolución, o hasta que haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la sentencia y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.



En el caso de que opte por indemnización, el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Segundo.- En la Sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1º.- D. Rosario , mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 , ha prestado sus servicios para el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Delegación de Mengíbar (Jaén), como titulado de grado medio, técnico asesor de empleo, con una antigüedad de 6-10-2.008 y salario diario de 84,83 euros, mediante contrato de obra o servicio determinado, en el marco del plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral del RDL de 18 de abril de 2.008, y cuyo fin es el reforzamiento transitorio de personal de las oficinas públicas de empleo.

2º.- Dicho plan fue objeto de prórroga por RDL 2/2.009 y RDL 13/2.010, y en particular respecto al actor con fechas 6-10-2.009, 6-10-2.010 y 6-10-2.011. En dichas prórrogas se incluyó cláusula adicional condicionando la duración del contrato a la financiación regulada en la normativa estatal prevista en los citados RDL.

Con fecha 12 de septiembre de 2.012 recayó en los autos nº. 392/12 de este Juzgado sentencia desestimatoria de la demanda de la actora en reclamación de su condición de personal laboral indefinido del SAE; formulado recurso de suplicación recayó sentencia del TSJ Granada Sala de lo Social de fecha 24-1-13, suplicación nº. 2.502/12 , estimatoria de sus pretensiones.

A finales del mes de noviembre de .2012 le fue notificada a la actora resolución de la Dirección Provincial del SAE en la que se daba por finalizada la relación laboral, con efectos el 31-12-12, consignando como motivo la falta de prórroga de la medida de contratación prevista en el RDL 13/2.010 en los presupuestos Generales del Estado.

Junto a la actora, han sido cesados 413 trabajadores.

3º.- La parte actora interpuso reclamación previa el día 23.01.2013.

4º.- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 25.02.13.

Tercero.- Notificada la Sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por ambas partes, recursos que posteriormente formalizaron, siendo en su momento impugnados de contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estima en su petición subsidiaria la demanda origen de litis en reclamación por despido, decretando su improcedencia con los efectos a ello inherentes que concreta en su fallo, se alzan en suplicación ambas partes litigantes, exclusivamente con motivos de censura jurídica, al amparo por tanto del apartado c) del art. 193 LRJS denunciando la actora tras relato cronológico de lo acontecido con su contratación, infracción por violación del art. 124 LRJS en relación con la infracción por violación del art. 51 ET aduciendo en síntesis al efecto, nos encontramos ante un despido que debe tener naturaleza de colectivo por lo que se debería haber tramitado un expediente de reestructuración de plantillas de los del art. 51 ET y al no hacerse así, el tenor del art. 124 LRJS obliga a declarar nulos los mismos, lo que no sucedería añade, si los contratos temporales fuesen válidos pero si son indefinidos nos encontramos con 413 extinciones a nivel de toda Andalucía superando los topes.

Pues bien, sobre tal pretensión de calificación de nulidad del despido, en los ceses del personal contratado por el Servicio ahora demandado con la categoría de Titulado de Grado Medio, Técnico Asesor de Empleo en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, de obra o servicios, con una duración inicial de 6.10.08 como asesores de empleo en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (Acuerdo de 18 de abril de 2008 del Consejo de Ministros. BOE núm. 162, de 5 de julio, se ha pronunciado ya esta Sala entre otras, en su Sentencia de 28 de noviembre pasado rec. 1864/13 , razonando al efecto que: " Interesó por último la parte recurrente, que su cese no sea calificado de despido improcedente sino de nulo al entender infringido el Art. 51 del ET que regula el despido colectivo en cuanto afecta a mas de 30 trabajadores, por lo que considera sería el proceso de despido colectivo el que se habría de seguirse o, en su caso, del Art. 52 e) del mismo Cuerpo Legal en relación con el Art. 1 de la Directiva 98/59 de la CE y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 y 8 de Julio del 2012 en relación con el Art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, su caso, se declare la improcedencia de tales ceses conforme al Art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores sobre la base en definitiva, de que la verdadera causa que subyace en tales ceses es la económica, sin que pueda jugar la excepción de que nos encontramos ante contratos temporales, pues están viciados de nulidad de la cláusula de temporalidad.



Pues bien, a ésta problemática ha dado contestación la Sala en la sentencia ya citada de 04.07.2013, recurso suplicación 1000/2013 , que alude a las sentencias de los Juzgados de lo Social de Jaén que analizan todos estos extremos a los que venimos dando esta repuesta y, más allá de ello, también a un argumento que se esgrime ahora por la parte recurrente cual es la existencia de un despido colectivo.

A este planteamiento se respondía que, al denunciarse la violación, y en su caso aplicación indebida, del Art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Art. 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en otras resoluciones de la Sala, entre ellas la dictada en la Sentencia 02.05.2013, recurso de suplicación 530/2013 , y en los que se aducía por la parte recurrente que se constata en la sentencia han sido contratados 413 promotores de empleo y el cese de los mismos fuera del procedimiento legalmente establecido para el despido colectivo, conllevaba la nulidad de tales ceses.

Sin embargo, tal argumento se rechazaba por cuanto, al estar en presencia de contratos temporales, los mismos no están comprendidos en el ámbito del precepto del Estatuto de los Trabajadores que dice por tratarse de contratos temporales celebrados con una causalidad precisa y donde el fraude de ley no se evidencia por lo que la extinción del vínculo, normativamente contemplada, no puede considerarse despido. Aunque en el presente caso, se conviene por el contrario, en que la contratación de la parte recurrente ha devenido fraudulenta, con ello se viene a poner de manifiesto, que para la calificación de las contrataciones de los orientadores ha de estarse al caso concreto, sin que por tanto quepa extender la consideración de fraudulentas a su totalidad como pretende la recurrente en orden a justificar la censura examinada, faltando en tal caso igualmente, los presupuestos fácticos que acrediten el carácter colectivo de la medida, más cuando además consta a esta Sala, que los ceses en la provincia de Almería, se llevaron a cabo en junio de 2012, a diferencia de los restantes, relativos a la provincia de Jaén y Granada, en que por lo general lo fueron en diciembre pasado".

Y en su Sentencia de 3.12.2013 Rec. 1840/13 que "...Por último, tampoco sería de aplicación la doctrina de la STS de 3 y 8/7/2012 , para verificar el límite cuantitativo de los trabajadores afectados por los despidos, pues en el caso enjuiciado en que estaba vigente el anterior art. 124 de la LPL si que existía un elevado número de contratos formalmente temporales que se calificaban como fraudulentos en la misma sentencia, extremo fáctico o presupuesto que no concurre en estas actuaciones (se trataba de contratación efectuada ya al amparo del Rdto. 13/2010), en que aún no se ha declarado fraudulento ninguno de estos contratos extinguidos cuyo enjuiciamiento asumimos, y sin perjuicio de que otras Salas de TSJCAA que han mantenido diverso criterio puedan sostener lo contrario, extremo que viabilizará la presentación en su caso de un RCUD".

Con lo que en definitiva se viene a poner de manifiesto con lo expuesto y con las razones que por su parte expone al respecto la sentencia de instancia, que la pretensión de nulidad examinada no puede sustentarse como se pretende, sobre la generalidad de considerar como fraudulentas la totalidad de las contrataciones a que se alude en el ordinal tercero de los probados de la misma, lo que aboca a la desestimación del motivo examinado.

SEGUNDO.- En su siguiente motivo y de manera subsidiaria, se denuncia con idéntico amparo procedimental en el apartado c) del art. 193 LRJS violación del art. 52.e) en relación con el 53.1.a) y 53.4 ET y 122.1 LRJS , cometidas por cuanto de considerar, que la razón real del cese en un problema de insuficiencia presupuestaria, lo que figura reconocido por la Administración Autonómica en la carta de extinción laboral, la causa de extinción sería por circunstancias objetivas de las tipificadas en el apartado e) art. 52, por lo que siendo ello así, la extinción objetiva debería ser calificada subsidiariamente como improcedente puesto que ni se ha ofrecido y menos aun puesto a disposición de los actores la indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad que establecen los preceptos denunciados como infringidos o en su caso nula por tener dimensión colectiva.

Y sobre tal cuestión, se ha pronunciado igualmente esta Sala entre otras, además de en la ya referida Sentencia recaída en el recurso 1864/13 , en la recaída en el rec. 1668-13 de 13 de noviembre razonando al respecto, que "Y en cuanto a la infracción que por último se denuncia como se dijo, del art. 52.e) en relación con el 53.1.a) y 53.4 ET en relación con el 122.1 LJS, efectivamente ello determinaría igualmente la improcedencia del cese enjuiciado, dado que al de devenir la relación indefinida como se ha dicho, la única forma de dar por finalizada la misma por las causas invocadas por la propia demandada, cual es la falta de dotación presupuestaria, sería la contemplada en los preceptos ahora denunciados como infringidos, esto es, las objetivas del apartado e) del art. 52 ET lo que comporta la estimación del recurso en tales términos..".

Lo expuesto conduce a que la denuncia ahora examinada deba ser apreciada, por más que no tenga reflejo en el fallo de la resolución recurrida, al declararse ya la improcedencia del despido enjuiciado, habida cuenta que la amortización, que igualmente podría justificar el cese del recurrente conforme STS 22.7.2013 , en cuanto considera que la extinción del contrato de personal indefinido no fijo por cuenta de la Administración, puede



basarse igualmente en la amortización sin recurrir a la vía del despido objetivo colectivo, tan siquiera ha sido invocada por la demandada.

TERCERO.- Como se dijo, frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación igualmente el Servicio demandado, en este caso tanto con motivo de revisión fáctica como de censura jurídica, el primero, al amparo por tanto del apartado b) del art. 193 LRJS a fin de que se revise el salario día fijado en la sentencia de instancia de 84,83 euros y se sustituya por el de 68,88 euros diarios que se corresponde con el percibido en los meses de septiembre octubre y noviembre de 2012 según nóminas que constan en las actuaciones a los folios 51, 52 y 53. Considerando se ha incurrido en error por parte del Magistrado de instancia al tomar como salario mensual el correspondiente a los meses de enero a junio de 2012 que no es por tanto el salario de la actora en el momento del despido.

También interesa se revise el hecho probado segundo, a fin de que el mismo se complete con el siguiente tenor: Dicho plan fue objeto de prórroga por RDL 2/2009 y RDL 13/2010 y en particular, respecto al actor con fechas 6.10.2009 hasta el 5.10.2010, 6.10.2010 hasta 5.10.2011, 6.10.2011 hasta 5.10.2012 y 6.10.2012 hasta 31.12.2012. Invocando al efecto la documental obrante a los folios 37,38,39 y 41 de las actuaciones.

Revisiones fácticas sobre las que asienta su censura jurídica, al amparo del apartado c) del art. 193LRJS, para denunciar infracción del art. 56 ET en el cálculo de la indemnización y de los posibles salarios de tramitación, debiendo quedar fijada aquella en 12.202,09 euros sobre el salario diario postulado de 68,88 euros diarios.

Revisión fáctica y censura jurídica sobre esta última cuestión, a la que se opone la contraria en su impugnación denunciándola como cuestión nueva, cuyo debate considera no debe ser admitido por tanto ahora en suplicación, dado que como aduce, ya en el hecho primero de la demanda origen de litis, se consignaba el salario mensual coincidente con el diario que fija la sentencia, que no fue impugnado en la instancia, por lo que de admitirse se le ocasionaría evidente indefensión, al no haber podido defenderse de dicha pretensión, no procediendo en modo alguno por tanto la pretendida reducción, debiendo estarse en cualquier caso, al promedio de los últimos meses como para tales supuestos estima la jurisprudencia y doctrina de suplicación que invoca.

Y al respecto, recuerda reiterada jurisprudencia, entre las más recientes STS 13.5.2013, que " es criterio general el de la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» en todo recurso. Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal], del que es consecuencia, y que más en concreto ha de excluirse en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (con cita de muchas otras anteriores, SSTS 11/12/07 -rcud 1688/07 ; 05/02/08 -rcud 3696/06 ; 22/01/09 -rco 95/07 ; 18/03/09 -rco 162/07 ; y 25/01/11 -rcud 3060/09). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales ... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso» (STS 04/10/07 -rcud 5405/05) " (entre otras, STS/IV 23-abril-2012 -rco 77/2011 , con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20-diciembre-2012 -rco 275/2011).

Con lo que a la vista de la misma, no habiéndose planteado ni suscitado el tema del salario en la instancia, por lo que no fue tratado por la sentencia combatida, ha de tenerse en consecuencia por "cuestión nueva" como se opone, más cuando como a su vez aduce la recurrente en la impugnación de tal oposición, efectivamente, la fijación del salario en el procedimiento por despido es un requisito imprescindible de la demanda (art. 104ª LRJS) y cumplió con tal obligación la demandante, haciendo constar efectivamente en el hecho primero de su demanda, que su salario mensual era de 2.545,01 euros acreditándolo como se reconoce con las nóminas aportadas, sin que ni uno ni otras merecieran objeción alguna por parte de la recurrente en momento procesal oportuno además, lo que conduce a que la revisión fáctica y censura jurídica que sobre la cuestión del salario se formula, no pueda ser admitida.

CUARTO.- Al amparo también del apartado c) del art. 193 LRJS con idéntica denuncia de preceptos sustantivos y sobre la base de la segunda revisión interesada, suscita también el Servicio demandado la cuestión del día del despido aduciendo en síntesis al efecto, que en el relato de hechos probados se declara de manera reiterada, que la relación laboral entre la actora y la recurrente se prolongó hasta el día 31.12.2012, fecha en que igualmente finalizó la relación laboral que con el SAE mantenían 413 contratados laborales, por tanto, no



cabe duda alguna de que el día 31.12.2012 la relación laboral entre ambas litigantes permanecía subsistente, de modo que fue el día 1.1.2013 con independencia de que ese día fuese festivo, el primer día que la actora no prestó servicios para el SAE, con lo que en consecuencia, la fecha del despido no puede fijarse como hace la parte dispositiva de la sentencia, el día 31.12.2012, sino en el día 1.1.2013, lo que tiene indudable trascendencia a la hora de fijar la indemnización o los salarios de tramitación que puedan corresponder a la actora. Motivo con el que muestra su conformidad la recurrida en su impugnación.

Pues bien, al respecto y sobre tales extremos, el precepto denunciado como infringido en lo que ahora interesa, en su apartado 1.a) por lo que a la indemnización se refiere, dispone que se fijará por años de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a dicho lapso temporal y en lo relativo a los salarios de tramitación, fija una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que se hubiera encontrado otro empleo. Desprendiéndose ciertamente de lo expuesto al respecto en el relato de probados de la sentencia de instancia, que en realidad el despido enjuiciado operó una vez finalizada la jornada del día 31.12.2012, pero no puede obviarse tampoco, que fue la propia recurrente, la que en su carta de cese fijó como fecha de efectos del mismo dicha fecha, por lo que la sentencia de instancia declara "la improcedencia del despido de que ha sido objeto la actora el 31 de diciembre de 2012 ", lo que sin embargo no impide por lo que a los salarios de tramitación se refiere, dado que no hay constancia ni se acredita, que tal circunstancia repercuta en la fijación de la indemnización, que pueda precisarse por lo expuesto, que los mismos se devengarán en su caso, a partir del día 1 de enero de 2013 incluido, lo que comporta la estimación del recurso en tales términos.

FALLAMOS

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Rosario y por el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO contra Sentencia dictada el día 27 de Mayo de 2.013 por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Jaén , en autos en reclamación por despido, debemos precisar, que los salarios de tramitación en su caso, se devengarán a partir del día siguiente a la fecha del despido 31.12.2012, confirmándose en lo restante, al venir decretada ya su improcedencia, por la misma.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación.

Igualmente se advierte a las partes que para la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina deberán presentar con la interposición del mismo debidamente cumplimentado y validado el modelo oficial que corresponda de los indicados en la Orden HAP/2662/12, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/12, de 20 de Noviembre.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.