



Roj: **STS 2507/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2507**

Id Cendoj: **28079140012016100325**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2016**

Nº de Recurso: **3483/2014**

Nº de Resolución: **446/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4351/2014,**
STS 2507/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de mayo de 2016

los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado Sr. Sánchez Bancas, actuando en nombre y representación de D^a. Diana , frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de fecha 14 de mayo de 2014, en el recurso de suplicación 1033/2013 , que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla, autos 1047/2012, en virtud de demanda presentada por D^a. Diana contra SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, sobre DESPIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Social nº 6 de Canales dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las demandas formuladas por D^a. Diana contra SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, debo absolver y absuelvo al organismo demandado de los pedimentos contenidos en el suplico».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO:** D^a. Diana con DNI: NUM000 , presta servicios para SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO desde fecha 01/04/2011, la categoría profesional de titulado de grado medio, sin ostentar cargo sindical alguno, estando adscrito al Centro de Empleo de Constantina (Sevilla), en jornada de 35 horas semanales, de 8 a 15 horas de lunes a viernes, percibiendo un salario diario de 80,59 euros.- **SEGUNDO:** En fecha 03/12/2010 se publica en el BOE Real Decreto ley 13/2010 de fecha 3 de diciembre, sobre el plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral cuyo art. 8 , dentro de capítulo relativo al plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, autoriza al gobierno para la aprobación, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de un Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral destinado a incrementar la contratación laboral y reforzamiento de la estabilidad profesional tanto de personas desempleadas como de las expuestas a su exclusión del mercado laboral. Dicho plan será objeto de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de empleo estatal.- **TERCERO:** A la actora se le suscribe contrato al amparo de dicho plan el 01/04/2011, acogido a la modalidad de contrato laboral con cargo al Capítulo I fuera de RPT, con duración hasta el 31/12/2011; el 01/01/2012 se le suscribe prórroga del mismo hasta el 31/12/2012. En este periodo, la actora realiza funciones de atención al público en la oficina, demandas de empleo y seguimiento de las actuaciones, así como información a las empresas y gestiones con las mismas, las oficinas de empleo han estado con estas contrataciones reforzadas en el número de personas para atender al público, pudiendo



establecer turnos de mañana y tarde y funcionar con sistema de cita previa, atendiendo a los usuarios prácticamente en el día.- **CUARTO:** El 03/12/10 se publica en el BOE el RD Ley 13/2010 de actuaciones para fomentar la inversión y creación de empleo cuyo artículo 15 establece como medida de refuerzo de la atención a la demanda y oferta de empleo en el sistema nacional de empleo 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.- Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito de trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito de sus respectivas competencias.- Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida, los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones, de conformidad con lo establecido en la normativa estatal.".- El artículo 16 refiere la prórroga del plan extraordinario modificando el dictado del art. 13 de la ley 35/10 de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que queda redactado en los siguiente términos: Se prorroga , hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril, referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo y que fue prorrogado por dos años, respecto a esta medida, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009, según habilitación conferida por la disposición final primera del real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo , de medidas urgentes para le mantenimiento y el fomento del empleo y protección de las personas desempleadas. Esta medida será de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público Estatal.- Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida, los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones, de conformidad con lo establecido en la normativa estatal.- Artículo 17. Actuaciones a desarrollar.- 1.Las actuaciones a desarrollar por el personal referido en los dos artículos anteriores consistirán en: a) atención directa y personalizada a las personas desempleadas.- b) Información a las empresas y prospección del mercado laboral de su entorno.- c) Seguimiento de las actuaciones realizadas con las personas desempleadas y las empresas."- **QUINTO:** La Ley 2/2012 de 29 de junio de presupuestos generales del Estado, modifica el art. 15 del RDL 13/2010 adelantando la fecha de finalización de la actividad el 30/06/2012.- **SEXTO:** La actora recibe comunicación el 29/06/2012 del tenor literal siguiente: Sevilla, a 29 de junio de 2012.- Por la presente le comunicamos, de conformidad con 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 de Estatuto de los Trabajadores , la finalización de la relación laboral que nos vincula con efectos del día 30/06/2012 al haberse producido la conclusión de la obra o servicio determinado objeto de su contrato.- El artículo 15 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, aprobó la medida consistente en la contratación de personas Promotoras de Empleo 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 la atención a la demanda y oferta de empleo con la contratación inicial de 413 promotores de empleo para desarrollar sus servicios en la red de Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo.- Como usted bien conoce, su contrato de trabajo fue suscrito con fecha 1 de abril de 2011 y en él se especifica que se formaliza para la ejecución del servicio: las funciones de Promotores de Empleo, determinadas en el artículo 15 y 17 del Título III de medidas laborales del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre .- Pues bien, a pesar de que con fecha 30 de diciembre de 2011 se produjo la ampliación del contrato hasta el 31 de diciembre de 2012, justificado en tanto el programa mantiene su vigencia, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, en su LIII reunión celebrada el día 24 de mayo de 2012, acordó la finalización de dicho programa a fecha 30 de junio de 2012.- 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 30 de junio de 2012.- Se pone en este acto a su disposición la 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 773,86, así como los días de vacaciones dejados de disfrutar y los días de indemnización correspondientes por falta del preaviso legalmente establecido.- Se hace constar que se le entrega copia de esta comunicación al representante de los trabajadores.- Le rogamos se sirva de formar el duplicado de la presente en señal de recepción.- Atentamente.- **SÉPTIMO:** En dicha fecha se cesa a todos los contratados al amparo del RDL citado y en la grabación de la diligencia de cese se hace constar como motivo



del cese "insuficiencia presupuestaria art. 52. e) ET".- OCTAVO: La actora ha sido contratado con posterioridad, a tiempo parcial, mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción el 20/08/2012 en jornada de 17 horas semanales hasta el 19/1/2012 en que ha sido cesado.- NOVENO: Formulada reclamación previa el 13/07/2012, se interpone demanda el 24/08/2012.»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Diana , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 14 de mayo de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Diana , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla de 10 de diciembre de 2012 , en virtud de demanda por ella presentada contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, sobre Despido, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida».

CUARTO.- Por la representación procesal de D^a. Diana , se formuló 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 de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 27 de mayo de 2013 [Rec. 690/13].

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de mayo de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se recurre en casación unificadora la STSJ Andalucía/Sevilla 14/05/14 [rec. 1033/13], que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D^a Diana contra la sentencia dictada por el J/S nº 6 de Sevilla en 10/12/12 [autos 1047/12], que había rechazado su demanda por despido contra el Servicio Andaluz de Empleo, con solicitud de declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia.

2.- La actora: a) ha prestado servicios para el demandado Servicio Andaluz de Empleo desde el 01/04/11, habiendo sido contratado como Asesor de Empleo al amparo del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral aprobado por el RD-Ley 13/2010 [3/Diciembre]; b) las funciones realizadas por la trabajadora han sido las de «atención al público en la oficina, demandas de empleo y seguimiento de las actuaciones, así como información a las empresas y gestiones con las mismas»; y c) en 30/06/12 la demandante fue cesada «por conclusión de la obra o servicio» objeto del contrato.

3.- Se formula recurso de casación para la unidad de doctrina por parte de la trabajadora, denunciando la infracción -articulándola en tres motivos diferentes- de los arts. 15 y 512 ET , del art. 2 RD 2720/1998 , de los arts. 15 y 17 del RD-Ley 13/2010 , y de los arts. 1 , 5 , 10 y 11 del EBEP , en relación con diversa doctrina jurisprudencial. Y se aporta de contraste la STSJ Castilla y León/Valladolid 27/05/13 , que en supuesto sustancialmente idéntico al de autos [Promotor de Empleo; contratación para obra o servicio al amparo del Plan Extraordinario; realización de las funciones ordinarias en la oficina; y cese por finalización de obra], declaró la nulidad del despido.

5.- La previa exposición de los debates evidencia que se acredita la contradicción que como presupuesto de admisibilidad del recurso en unificación requiere el art. 219 LRJS , tal como hemos apreciado en multitud de precedentes de la Sala sobre esta misma materia.

SEGUNDO.- 1.- Efectivamente, la cuestión que se plantea en las presentes actuaciones ha sido resuelta por esta Sala en múltiples ocasiones desde la STS 29/04/14 [rcud 1996/13], de manera que al objeto de justificar nuestra reiteración en el criterio ya expuesto, de que el cese de la demandante -como el de los restantes Promotores y Orientadores contratados y cesados en similares circunstancias-, baste con el resumen que hicimos en la STS -Pleno- 21/04/15 [1235/14] y que fue seguido por otras muchas, para justificar la improcedencia del despido:

«a) el Plan Extraordinario aprobado por el Consejo de Ministros en 18/Abril/08 [para los Orientadores de Empleo] y el diseñado por el RD-ley 13/2010 [para los Promotores de Empleo] eran en principio justificación suficiente para específicas contrataciones laborales -por encima de la plantilla habitual- dirigidas al desarrollo de la actividad -también extraordinaria- que el Plan y el RD-ley contemplaban, pero que su normal desarrollo requería no sólo que en su cumplimiento se utilizase el contrato para obra o servicio determinado y que éste cumpliera los requisitos que le impone la normativa aplicable [art. 15.1 a) ET y art. 2 del RD 2720/1998], sino que tal contrato y su posterior ejecución se limitasen a la concreta actividad que el indicado Plan Extraordinario contemplaba; b) pero esa teórica cobertura fue inexistente en la práctica, tanto porque en su plasmación contractual no se identifica de forma adecuada el servicio a realizar, cuanto porque en su



ejecución se desdibujaron los cometidos legalmente previstos, hasta el punto de producirse una absoluta indiferenciación funcional entre quienes fueron contratados al amparo de la normativa extraordinaria y los trabajadores habituales de cualquier oficina de empleo; y c) es precisamente por ello por lo que, pese a la legal habilitación legal para tan específica contratación limitada en el tiempo, hemos considerado que la relación laboral de tales contratados tuvo *ab initio* o llegó a adquirir cualidad de indefinida -no fija- y que la finalización de tales contratos habían de tener el tratamiento propio del despido improcedente, por afectar a relaciones laborales indefinidas y no temporales».

2.- La respuesta no sería completa, habida cuenta de la pretensión recurrente, si igualmente no hiciésemos exclusión de la nulidad pretendida. Para ello resumimos la precitada STS -Pleno- 21/04/15 [rcud 1235/14] también en los tres siguientes apartados:

a).- El punto de partida es la inaplicabilidad de la Directiva 98/59/CE al sector público, conforme a la clara prescripción de su art. 1.2 , por lo que tal «disposición comunitaria no ha de jugar papel ninguno -ni siquiera interpretativo-, y que la cuestión ha de tratarse exclusivamente a la luz de las prescripciones estatutarias españolas».

b).- «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 PDC 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».

c).- De esta forma, «los ceses de los Asesores/Promotores de Empleo -constitutivos de despido improcedente, porque la relación era ya indefinida no fija- no se han «producido por « *iniciativa del empresario* » SAE, sino que lo fueron por imposición de la Ley», y esta circunstancia que les excluye del art. 51 ET y de su umbral numérico, con el consiguiente rechazo a la pretendida nulidad del cese por no haberse seguido el correspondiente PDC.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan -oído el Ministerio Fiscal- a revocar la sentencia recurrida, con la correspondiente declaración de improcedencia del despido y cálculo de la indemnización:

a).- Conforme a las previsiones contenidas en la DT 5ª Ley 3/2012 y a su interpretación por la Sala [muy singularmente, la STS 16/02/16 -rcud 3257/14 -], lo que lleva -s.e.u.o- a 52 días de indemnización [41 días por los servicios previos al 12/02/12, a 45 días/año; y 11 por los posteriores, a 33 días/año], a razón de los 80,59 euros/día declarados probados.

b).- Teniendo en cuenta que la fecha tope para el cómputo de los servicios a indemnizar es la del despido, porque la decisión empresarial tiene naturaleza constitutiva, incluso en el supuesto de despido nulo, tal como se desprende de los arts. 49.11 y 54.1 ET , 3 Convenio núm. 158 OIT y actual art. 55 ET [SSTS 07/12/90 -ril 520/90 -; 21/12/90 -ril 2397/89 -; 01/07/96 - rcud 741/94 -; 17/05/00 - rcud 1791/99 -], es decir, que con el acto del despido se «extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese período de tiempo -entre el despido y la sentencia que lo declara desajustado a derecho- haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes» (STSS 21/10/04 -rcud 4966/02-; 10/06/09 -rcud 3098/07-; y Pleno 20/10/15 -rcud 1412/14-).

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dª Diana , y revocamos la STSJ Andalucía/Sevilla 14/Mayo/2014 [rec. 1033/13], que confirmó la desestimación de la demanda por despido presentada que en 10/12/2012 había efectuado el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Sevilla [autos 1047/12], y resolviendo el debate de Suplicación, acogemos la pretensión subsidiaria y declaramos «despido improcedente» el cese de la trabajadora en 30/Junio/12, y condenamos al demandado SERVICIO ANDALUZA DE EMPLEO a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir a la trabajadora o a abonarle una indemnización de 33 días por año de servicio, con el abono de los salarios de tramitación de que optase por readmitirla. Con deducción, caso de haberla ya percibido, de la indemnización puesta su disposición en la fecha del cese en aquella fecha. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.