



Roj: **STS 4779/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4779**

Id Cendoj: **28079140012017100964**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **3610/2015**

Nº de Resolución: **1008/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 5409/2015,**
STS 4779/2017

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3610/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1008/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Junta de Andalucía, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 16 de julio de 2015, dictada en el recurso de suplicación número 1032/2014) formulado por D.^a Julia contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Sevilla de fecha 28 de marzo de 2014 , dictada en virtud de demanda formulada por D.^a Julia frente al Servicio Andaluz de Empleo sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D.^a Julia , representada por la letrada D.^a Mónica Lozano María.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social número 11 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. Julia contra el Servicio Andaluz de Empleo, debo absolver y absuelvo a este de todas las pretensiones contra los mismos deducidas.»



SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: "PRIMERO: En fecha 22/04/08 se publica en el BOE Real Decreto ley 2/2008 de 18 de abril de medidas de impulso a la actividad económica, en cuyo Capítulo II, relativo al Plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, en cuyo art. 8 se habilita al Gobierno a 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, estableciéndose que dicho plan será objeto de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizaría 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.

2) Dña. Julia suscribe con el SAE, contrato para obra o servicio determinado el 06/10/08, acogido a la modalidad de contrato laboral con cargo al Capítulo I fuera de RPT, con duración hasta el 05/10/09 y que tiene por objeto la realización de las funciones de Asesor de Empleo, definidas en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral (Acuerdo del 18 de Abril de 2008 del Consejo de Ministros. BOP num.162 de 5 de Julio).

3) En el BOE de fecha 07/03/09 se publica el RD 2/2009 de 6 de Marzo (RCL 2009, 497) , de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y protección de personas desempleadas, cuya disposición final primera establece que se autoriza al Gobierno a la aprobación, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, de su prórroga, durante dos años más, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral.

4) El 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, estableció en su artículo 15 , 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.

Esta medida sería igualmente de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizaría por las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público Estatal en el ámbito de sus respectivas competencias. El artículo 18 del Real Decreto-ley antes mencionado establece que la financiación de esta medida se realizará con cargo al presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal, para lo cual se habilitarán los créditos que sean necesarios.

5) Al amparo de dichas disposiciones a la actora se le prorroga anualmente el contrato, hasta la penúltima de 6 de octubre de 2011 hasta 5 de octubre de 2012 y la última de 6 de octubre de 2012, recibiendo la trabajadora el día 27 de noviembre de

2012, comunicación de finalización de la relación laboral, de conformidad con el artículo 49.1.C del ET , con efectos del día 31 de diciembre de 2012, al haberse producido la conclusión de la obra o servicio determinado objeto de su contrato. La comunicación obra a os folios 19 a 20 de las actuaciones y se da por reproducida.

6) El salario mensual a efecto de despido asciende a 2.449,84 euros.

7) Durante la vigencia de la relación laboral, Dña. Julia ha venido destinada a las tareas de su categoría profesional propias de las oficinas del SAE, como asesora de empleo, las cuales aparecen descritas en los folios 4 a 6 de la demanda y se dan por reproducidas. Su centro de trabajo era la oficina de empleo de Utrera.

8) Se deduce reclamación previa en fecha 23 de enero de 2013."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Julia , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla sentencia con fecha 16 de julio de 2015 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando íntegramente el recurso de suplicación formulado por D^a Julia debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, estimando la demanda debemos declarar y declaramos la nulidad del despido, condenando al organismo demandado a la inmediata readmisión de la actora, con el abono de los salarios dejados de percibir»

CUARTO.- El letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Junta de Andalucía, mediante escrito presentado el 30 de septiembre de 2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social



del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2015 (recurso nº 1235/2014). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO. - Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a la calificación del despido de la actora, asesora de empleo del SAE, para determinar si debe ser calificado como improcedente o nulo por no haberse seguido el procedimiento del artículo 51 ET .

La trabajadora demandante prestó servicios como asesora de empleo para el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), mediante contrato para obra o servicio determinado, celebrado el 6/10/2008 en el marco del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (Acuerdo del Consejo de Ministros de 18/04/2008), y que fue sucesivamente prorrogado hasta que le fue comunicada su extinción por conclusión de la obra o servicio objeto del contrato, con efectos del 31/12/2012, constando que durante la vigencia de la relación la actora realizó las tareas propias de las de su categoría de las oficinas del SAE.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido, pero en suplicación fue estimado el recurso de la trabajadora, siendo declarada la nulidad de dicho acto extintivo, con la aparejada condena a la inmediata readmisión y abono de los salarios dejados de percibir. Dicha sentencia -de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 16 de julio de 2015 (R. 1705/2014)- razona que la relación de la trabajadora era indefinida no fija porque nunca realizó actividades de un Plan específico, sino las labores normales de la Oficina de Empleo, siendo su actividad diaria igual a la de sus compañeros, y en segundo término que superar el número de despedidos el umbral previsto en el art. 51.1 ET debe declararse nulo el de la ahora afectada por no haber seguido la Administración demandada el procedimiento de despido colectivo.

Recorre la Junta de Andalucía en casación para la unificación de doctrina denunciando la infracción del art. 51 ET y alegando que el despido podrá declararse improcedente, pero no nulo, de acuerdo con la doctrina de la Sala de la que es claro exponente la sentencia citada de contraste del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2015 (R. 1235/2014), dictada en otro supuesto de despido de un promotor de empleo del SAE, contratado en circunstancias similares, con arreglo al mismo Plan Extraordinario, en la modalidad de obra o servicio determinado, y produciéndose su extinción en la misma fecha y en análogas circunstancias.

La sentencia de contraste desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la actora que pretendía la declaración de nulidad de su despido por no haber acudido la Administración demandada al cauce del despido colectivo. La sentencia rechaza la nulidad porque el cese comunicado a los asesores o promotores de empleo - contratados inicialmente con carácter temporal y que alcanzaron sin embargo la cualidad de indefinidos, bien porque su contrato se formalizara de forma indebida, en tanto que la obra o servicio no se hallaba debidamente identificada, bien porque realizaran funciones ajenas a las singulares objeto de la contratación- no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante (el Servicio Andaluz de Empleo), sino a la exclusiva decisión legal (Ley 35/2010) que dispuso expresamente la finalización del plan extraordinario y que por ello vino a poner término con la misma fecha a la prestación de los servicios pactados.

Lo expuesto evidencia la existencia de contradicción, tal y como exige el art. 219.1 LRJS , según señala -a diferencia de lo que manifiesta el propio trabajador en su escrito de impugnación-, el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal y como esta Sala viene aceptando con reiteración, entre otras muchas, en las sentencias que luego se relacionan, por cuanto en supuestos de hecho y de derecho sustancialmente iguales han recaído sentencias contrapuestas: una ha declarado la nulidad del despido y otra su improcedencia.

SEGUNDO.- Partiendo de ello, hemos de mantener aquí la doctrina unificada sobre esta materia, en supuestos prácticamente idénticos, resueltos por las referidas SSTs del Pleno, como las de 21/04/2015 y 22/04/2015 (recursos 1235/2014 , 142/2014 , 1071/2014 y 1161/2014) -la primera de ellas la propuesta como de contraste- y posteriores, de fechas 17 de abril de 2017 (rcud 2333/2015) 17 de octubre de 2017 (rcud 3427/2015 y 3239-2015), entre otras, y debemos reiterar que no es acogible la pretensión de nulidad del despido en casos como el que hoy resolvemos, y ello por las siguientes razones:

Para resolver esas situaciones se ha de comenzar por formular la afirmación inicial de que la Directiva 98/59 -artículo 1, número 2º b)- no resulta aplicable a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público, como evidentemente lo es la Administración demandada.



Dicho esto, las sentencias del Pleno referidas describen la aplicabilidad a las referidas Administraciones de las previsiones del artículo 51.1 ET , en relación con la Disp. Adicional Vigésima, para regular las extinciones colectivas, o para delimitar el ámbito de su incidencia y para excluir es éstos casos la nulidad de los despidos que se pretende.

Por ello, se dice en la STS de 21 de abril antes citada y seleccionada como de contraste , «...si el supuesto de despido colectivo en el sector público ha de resolverse con exclusiva aplicación del art. 51.1 ET , es claro que para determinar el umbral numérico que impone el despido colectivo debe atenderse tanto a las genuinas causas de tal tipo extintivo [las económicas, técnicas, organizativas y de producción], cuanto a las que obedezcan a «iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador», a excepción de las que respondan al tiempo válidamente convenido [y transcurrido] o realización -completa y debida- de obra o servicio determinado. Y es en este punto en el que se observa la trascendencia de que no se aplique la Directiva 98/59/CE y sí exclusivamente el art. 51 ET , habida cuenta de que -como hemos indicado en alguna ocasión- la Directiva «conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , pues solo exige que se trate de "motivos no inherentes a la persona del trabajador"» [así, la STS 03/07/12 -rcud 1657/11 -].

Sentado ello, en esa aplicación del art. 51 ET al caso debatido hemos de partir de dos indicaciones normativas, tal y como venimos expresando: a).- El art. 13 de la Ley 35/2010 [17/Septiembre], en redacción dada por el RD-Ley 13/2010, dispuso que «se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario ... aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008... 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»; y b).- El art. 15 del RD-ley 13/2010 [3/Diciembre], con mandato reiterado por la DF 14 de la Ley 2/2012 [29/Junio], prescribió por su parte 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».

De esta forma, en el supuesto de los indicados Orientadores/Promotores de Empleo nos hallamos ante ceses referidos a trabajadores contratados como temporales, tal como legalmente se había habilitado, pero que habían alcanzado la cualidad de indefinidos -según los diversos relatos de hecho de las sentencias objeto de unificación de doctrina-, o bien porque su contrato se formalizara de forma indebida [en tanto que la obra o servicio no se hallaba debidamente identificada], o porque realizaron funciones ajenas a las singulares objeto de contratación. Y aunque en la comunicación de los ceses hubiera podido invocarse cualesquiera causas relacionables con las propias de un despido colectivo [finalización del Plan Extraordinario; agotamiento financiero...], lo cierto y verdad es que no ha obedecido propiamente a una decisión del SAE [la «iniciativa del empresario», a la que se refiere el art. 51.1 ET], sino más propiamente a la exclusiva iniciativa del legislador, pues desde el momento en que el art. 13 de la Ley 35/2010 dispone -para los Orientadores, como se ha dicho- que «se prorroga, hasta el 31 de diciembre de 2012, el Plan Extraordinario... », y en que el art. 15 del RD-ley 13/2010 fija -para los Promotores- la finalización de los servicios « el 31 de diciembre de 2012», está claro que el cese comunicado en aquella fecha límite a los Asesores/Promotores de Empleo contratados -o prorrogados- a virtud de las referidas normas no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal, que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término -con la misma fecha- a la prestación de los servicios pactados».

TERCERO. - Por todo lo indicado, si en el caso que examinamos la causa -material, que no formal- del cese es una concreta disposición legal -Ley 35/2010 y RD-Ley 13/2010- y no correspondía acudir al procedimiento de despido colectivo, mal puede sostenerse la pretensión de nulidad por no haberse seguido el mismo. Todo lo cual nos lleva a afirmar - de conformidad con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste.

Por otro lado, procede también en este caso la declaración de improcedencia del despido y, en consecuencia, debemos estimar en parte el recurso -en la medida en que suplicaba la absolución, sin matices- y casar y anular la sentencia recurrida.

Resolviendo el debate suscitado en suplicación, procede estimar sólo en parte el recurso de dicha clase formulado por la demandante y, con revocación de la sentencia de instancia, declarar la improcedencia del despido efectuado el 31 de diciembre de 2012 , con condena a la parte empleadora a las consecuencias inherentes a tal declaración, lo que supone la opción en el plazo de cinco días por la inmediata readmisión en las mismas condiciones, con abono de los salarios de tramitación (art. 56.2 ET), o la indemnización en la cuantía resultante de lo dispuesto en el art. 56 ET y de la Disp. Transitoria 11 ET con deducción, caso de haberla ya percibido, de la indemnización puesta a su disposición en aquella fecha.



De conformidad con lo previsto en el artículo 235.1 LJS, no procede la imposición de costas.

FALLO

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

- 1) Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Andaluz de Empleo, representado y asistido por el letrado de la Junta de Andalucía.
- 2) Casar y anular la sentencia dictada el 16 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 1705/2014 .
- 3) Resolver el debate planteado en suplicación estimando en parte el de tal clase formulado por D^a Julia y con revocación de la sentencia de instancia, declarar la improcedencia del despido con condena a la parte empleadora a las consecuencias inherentes a dicha declaración, lo que supone la opción en el plazo de cinco días por la inmediata readmisión en las mismas condiciones con abono de los salarios de tramitación o el pago de la indemnización en la cuantía resultante conforme a lo expresado en la fundamentación jurídica de esta resolución. Con deducción, caso de haberla ya percibido, de la indemnización puesta a disposición en la fecha del cese.
- 4) No ha lugar a la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.