



Roj: **STSJ ICAN 524/2014 - ECLI:ES:Tsjican:2014:524**

Id Cendoj: **35016340012014100270**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2014**

Nº de Recurso: **1268/2013**

Nº de Resolución: **218/2014**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA JOSE MUÑOZ HURTADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En las Palmas de Gran Canaria, a 20 de Febrero de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas, formada por los Iltmos. Sres. Magistrados D. Humberto Guadalupe Hernández (Presidente), D<sup>a</sup>. María Jesús García Hernández y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Muñoz Hurtado, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En los recursos de suplicación interpuestos por Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo, representada por el Graduado Social D. José Manuel Hernández Suárez, y D<sup>a</sup> Esther , representada por el Letrado D. Orlando del Toro Vega, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de fecha 31/10/12 dictada en Autos nº 384/12 sobre DESPIDO promovidos por D<sup>a</sup> Esther contra Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo, Consejería de Empleo, Industria y Comercio y Fondo de Garantía Salarial.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Muñoz Hurtado quien expresa el criterio de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

Primero. Esther ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la entidad Fundación Canaria Para el Fomento del Trabajo (FUNCATRA) con la antigüedad de 3 de noviembre de 2008, categoría profesional de técnico de nivel superior, orientador laboral (Pemos) y salario diario bruto prorrateado de 67, 85 euros, no ostentando ni habiendo ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores (ordinal pacífico).

Y ello, en virtud de los contratos de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado siguientes:

- Contrato a tiempo completo por obra o servicio determinado suscrito en fecha 3 de noviembre de 2008 hasta fin de servicio, siendo su objeto "orientadores contratados para el desarrollo del plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral publicado en el RD Ley 2/2008 del 21 de abril, aplicado en el CCAA de Canarias. Horario de trabajo de lunes a viernes de 15:00 a 22:00 horas; centro de trabajo sito en la calle Los Camelleros s/n Puerto del Rosario. El 1.07.09 se pactó un cambio de horario pasando a ser de 8.00 a 15.00 horas.

- Contrato a tiempo completo por obra o servicio determinado suscrito en fecha 2 de noviembre de 2009 hasta fin de servicio, siendo su objeto "orientadores contratados para el desarrollo del plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral establecido por Acuerdo del Consejo de Ministros de



30 de abril de 2009. Horario de trabajo de lunes a viernes de 8 a 16:00 horas; centro de trabajo sito en la calle Los Camelleros s/n Puerto del Rosario.

Segundo. La Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo (FUNCATRA) es una fundación creada por el Gobierno de Canarias al amparo de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, sin ánimo de lucro y duración indefinida. Su objeto es contribuir al fomento y al progreso del trabajo en todos los aspectos sociales, económicos, jurídicos y políticos, realizando actividades, fundamentalmente, dirigidas al análisis y conocimiento del trabajo, al fomento del empleo, de la formación profesional en sus distintas modalidades y de la economía social: acciones relativas al trabajo, tales como mercado de trabajo, régimen jurídico, protección social, salud laboral, asociacionismo y al fomento del empleo, formación y orientación profesional y economía social.

Por el Gobierno de Canarias, en sesión de fecha 4 de noviembre de 2008, se adoptó el acuerdo consistente en la modificación del artículo 8 de los Estatutos fundacionales de FUNCATRA, adicionando un apartado 6º:

"6. La Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo actuará como medio propio y servicio técnico de la Administración Pública de la CCAA de Canarias y de las entidades vinculadas o dependientes de la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en orden a la gestión de encomiendas para la ejecución de obras, suministros y prestación de servicios. La Fundación no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la CCAA de Canarias, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas".

Tercero. En fecha 10 de diciembre de 2008 se suscribió Convenio Marco de Colaboración entre el Servicio Canario de Empleo y FUNCATRA para la prestación de determinados servicios competencia del SCE, y cuya cláusula primera, en su punto 3º, contempla las actividades respecto de las cuales se podrán realizar encargos:

a) La colaboración y asistencia técnica al SCE en la realización de las actividades de carácter material, técnico y de preparación que no impliquen ejercicio de autoridad ni dictar actos administrativos, reservándose dichas funciones expresamente a los órganos competentes del SCE, en entrega, distribución de los fondos y colaboración en la gestión y control de las subvenciones y ayudas públicas derivadas de las políticas activas de empleo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones .

b) La organización y gestión del apoyo personal y material para el cumplimiento de las funciones del Observatorio Canario de Empleo y la Formación Profesional.

c) La organización y gestión de servicios de orientación, asesoramiento, así como la gestión del desarrollo de acciones formativas que deban ser ejecutadas en el ámbito Planes extraordinarios de orientación o que resulten de las necesidades detectadas por los equipos de orientación de las oficinas de Empleo de SCE y que no estén comprendidas en las programaciones del mismo. La realización de tales acciones formativas se realizará por FUNCATRA con entidades colaboradores del SCE.

d) La organización y gestión de acciones en materia de desarrollo y cooperación internacional relacionadas con el empleo, la emprendeduría y la formación.

e) Ejecución de obras de modernización, y suministros y servicios de equipamientos y desarrollos informáticos en materia de empleo, formación y emprendeduría".

Cuarto. En fecha 28 de enero de 2011 el SPE y FUNCATRA suscribieron Convenio por el que se regula el acceso al sistema de información del servicio público de empleo de Canarias (SISPECAN), en el ámbito funcional de favorecer y promover la integración laboral de los desempleados y mejorar la tasa de empleo de la CCAA y con las siguientes funciones de acceso al sistema: funciones de consulta y modificación de la demanda de empleo, incluida la anotación de servicios que presten a los demandantes de empleo; funciones de alta, modificación y gestión de ofertas de empleo; funciones de búsqueda y gestión de candidatos.

Plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011, con posibilidad de prórroga a instancias de FUNCATRA.

El citado sistema es utilizado por otros muchos organismos, en virtud de convenios suscritos con el SCE, en el desarrollo de políticas activas de empleo.

Quinto. Mediante El Real Decreto Ley 2/2008 de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica (BOE de 22 de abril de 2008), se reguló, en su capítulo II, un Plan extraordinario de Medidas de Orientación (en adelante, PEMO), formación profesional e Inserción laboral, encomendándose su gestión a las Comunidades Autónomas, como destinatarias de las correspondientes ayudas económicas a los efectos de reforzar las medidas de orientación, formación e inserción de las personas demandantes de empleo.



Con fecha de salida 20 de noviembre de 2008, se dicta resolución del Presidente del Servicio Canario de Empleo por la que se autoriza una aportación dineraria nominada a FUNCATRA, para la Gestión del Servicio de Orientación del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación e Inserción Profesional, para la anualidad 2008.

Sexto.- Mediante la Orden TIN/381/2009, del Consejo de Ministros, de 18 de Febrero (BOE de 23 de febrero de 2009), se distribuyen territorialmente, por CCAA, para el ejercicio económico de 2009, los créditos correspondientes para financiar el coste imputable al ejercicio 2009 del PEMO, aprobado por el Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008. En dicha distribución se incluye también la Comunidad de Canarias.

Con fecha de salida 16 de noviembre de 2009, se dicta resolución del Presidente del Servicio Canario de Empleo por la que se autoriza una aportación dineraria nominada a FUNCATRA, para la Gestión del Servicio de Orientación del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, formación e Inserción Profesional en el periodo octubre-diciembre 2009.

Séptimo.- Mediante Orden TIN /835/2010 de 26 de marzo del Consejo de Ministros, de 26 de marzo (BOE de abril de 2010), se distribuyeron territorialmente, por CCAA, subvenciones para financiar el coste imputable al ejercicio económico de 2010, de la prórroga de la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de Empleo incluidas en el PEMO. En dicha distribución se incluye también la Comunidad de Canarias.

Con fecha de salida 3 de mayo de 2010, se dicta resolución del Presidente del Servicio Canario de Empleo por la que se autoriza una aportación dineraria nominada a FUNCATRA, para la Gestión del Servicio de Orientación del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación e Inserción Profesional en el ejercicio 2010.

Octavo.- Mediante Orden TIN /886/2011, de 5 de abril del Consejo de Ministros, de 26 de marzo (BOE de abril de 2011), se distribuyeron territorialmente, por CCAA, subvenciones para financiar el coste imputable al ejercicio económico de 2011, de la prórroga de la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de Oficinas de Empleo incluidas en el PEMO. En dicha distribución se incluye también la Comunidad de Canarias.

Con fecha de salida 4 de mayo de 2011, se dicta resolución de la Presidente del Servicio Canario de Empleo por la que se autoriza una aportación dineraria nominada a FUNCATRA, para la Gestión del Servicio de Orientación del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación e Inserción Profesional en el ejercicio 2011.

Noveno.- Con fecha de salida 6 de febrero de 2012, se dicta resolución de la Presidente del Servicio Canario de Empleo por la que se concede a FUNCATRA una prórroga para la ejecución de los Proyectos "Programa de Promotores de Empleo" y "Programa de Orientación Laboral del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación e Inserción Profesional", extensible hasta el 31 de marzo de 2012, inclusive.

Décimo.- El artículo 13 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, autorizó al Gobierno para que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros aprobara una nueva prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012 del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, 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, el cual había sido sucesivamente prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2011.

Posteriormente el artículo 16 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, modificó el citado artículo 13 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, prorrogando la vigencia de dicha medida hasta el 31 de diciembre de 2012.

Asimismo, el citado precepto establece que 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 de Empleo Estatal.

Respecto de la gestión por las Comunidades Autónomas de esta medida señala que los créditos correspondientes se distribuirán territorialmente entre dichas administraciones de conformidad con lo establecido en la normativa estatal.

Dicha normativa está constituida por el artículo 14 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Este último establece que la Conferencia Sectorial correspondiente fijará los criterios objetivos de distribución de los créditos destinados al cumplimiento de planes y programas conjuntos referidos a competencias de las Comunidades Autónomas, siempre que estos créditos no hayan sido objeto de transferencia directa en la Ley de Presupuestos Generales



del Estado de cada ejercicio, y que los compromisos financieros resultantes para la Administración General del Estado serán formalizados mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Asimismo, establece que en las normas o convenios mediante los que se distribuyan los fondos a las Comunidades Autónomas se establecerán, en su caso, las condiciones de otorgamiento de estas subvenciones.

En el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal para el ejercicio 2011, prorrogado para 2012 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134.4 de la Constitución Española, al no haberse aprobado la Ley de Presupuestos Generales del Estado antes del primer día del ejercicio económico, constaba la cuantía de 50.120,00 miles de euros para financiar esta medida. No obstante, en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, se incluye la cifra de 47.614,00 miles de euros, por lo que el importe a distribuir entre las Comunidades Autónomas coincide con esta última cifra.

La Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, en la reunión celebrada el 24 de mayo de 2012, acordó los criterios objetivos de la distribución territorial para el ejercicio económico 2012, de los créditos destinados a financiar el coste imputable a la prórroga de la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo incluida en el Plan extraordinario de orientación, formación profesional e inserción laboral.

El Consejo de Ministros, en su reunión de 22 de junio de 2012, decidió la formalización de dichos criterios y la correspondiente distribución de la financiación entre las Comunidades Autónomas para 2012.

Undécimo.- La actora prestó servicios en el ámbito del objeto contractual en funciones de orientación laboral, con atención individual y grupal (información sobre el PREPARA y el subsidio PRODI) a demandantes de empleo, realizando itinerarios de inserción laboral (testifical Adriana ).

En el desarrollo de sus funciones la trabajadora era supervisada y coordinada por Elisa, quien reportaba sobre, entre otros extremos, los objetivos conseguidos a la coordinadora de empleo del Programa Pemo y superior jerárquica de ambas Adriana (testifical de Adriana ).

Los servicios se prestaban en el IES Majada Marcial (Fuerteventura) (contratos de trabajo y conforme), quien aportaba material como ordenador, teléfono y mesa, siendo el material fungible, incluido aplicativo informático propio, aportado por la Fundación (interrogatorio y testifical Adriana ).

Algunos orientadores laborales prestaban servicios en Servicios de Empleo, otros, en Cabildo, y otros en IES (testifical de Adriana ).

Los responsables de la Fundación eran quienes adoptaban las decisiones relativas a permisos y vacaciones relativas a su personal (testifical Adriana ).

El personal del SCE no impartía instrucciones ni emitía órdenes dirigidas al personal de la Fundación, el cual además no tenía acceso a algunos sistemas aplicativos informáticos del SCE (testifical de Casimiro ).

Adriana, trabajadora de FUNCATRA, era el enlace con el SCE en relación con el desarrollo del proyecto encomendado (testifical Adriana ).

Funcatra hizo en sus inicios oferta pública de empleo para contratar orientadores laborales a través de su página web, la prensa y el SCE. El SCE no participó en el proceso de selección de los orientadores a contratar por FUNCATRA salvo en islas menores, como Fuerteventura y Lanzarote en donde el SCE hacía una entrevista previa o preselección de candidatos que le enviaba Funcatra, siguiendo los perfiles marcados por ésta, luego personal de Funcatra realizaba entrevista telefónica y valoraba curriculum y perfil (doc. Funcatra y testifical de Eufrasia y Adriana ).

La actora acudió a una jornada organizada por Funcatra en el Hotel Dunas, Las Canteras, los días 28 a 31.10.08 (doc. Funcatra y testifical de Eufrasia ).

Duodécimo.- Según comunicado personal Pemo I y Pemo II de fecha 27 de enero de 2012 remitido desde la Gerencia de la Fundación, se informó que las encomiendas finalizaban a fecha 31 de marzo de 2012.

Rosa denunció ante la Inspección Provincial de Trabajo y de la S.S. la existencia de cesión ilegal entre las codemandadas el 16.03.12, por reproducida.

Por comunicación fechada el día 8 de marzo de 2012 se comunicó a la actora la extinción de la relación laboral con efectos del día 31, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 c) del ET (doc. actora).

Décimotercero.- La entidad FUNCATRA extinguió la totalidad de contratos de orientadores adscritos al plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral (112 contratos).



Décimocuarto.- En el ámbito del SCE un titulado superior (grupo I) percibe un salario diario de 109, 07 euros brutos y un titulado medio (grupo II) 89, 91 euros brutos (certificados de la administración de 14.09.12).

Décimoquinto.- Se agotó la vía previa.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por Esther contra FUNCATRA y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y en su virtud declaro improcedente el despido efectuado por la empresa demandada con efectos de 31.03.12, condenando a la entidad FUNCATRA a estar y pasar por tal declaración y a que, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice con la suma de 10.431,94 euros, condenándola igualmente, y en caso de readmisión, a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 67, 85 euros/día,

Se condena al FOGASA a estar y pasar por la anterior declaración.

Se absuelve a la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO de los pedimentos deducidos en su contra por estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpusieron sendos recursos de Suplicación, que fueron impugnados por la representación procesal de la parte adversa.

CUARTO.- El 16/12/13 se recibieron las actuaciones en esta Sala, señalándose para la deliberación del recurso el siguiente 6 de febrero de 2012.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Esther , que prestó servicios adscrita a la plantilla de Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo (en adelante FUNCATRA), desde el 3 de Noviembre de 2008, con categoría profesional de técnico nivel superior orientadora laboral, en virtud de dos contratos de trabajo para obra o servicio determinado sucesivos que tenían por objeto el desarrollo del Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral (en lo sucesivo PEMO), tras habersele comunicado a finales de enero de 2012 que la finalización de las encomiendas para la ejecución de dichos planes se produciría el 31 de marzo de 2012, vio extinguida la relación laboral en la precitada fecha por la causa prevista en el Art. 49.1.c ET , habiéndose adoptado idéntica medida con los otros 111 trabajadores adscritos a la ejecución del PEMO.

La trabajadora accionó en vía jurisdiccional en solicitud de que la extinción de su contrato de trabajo fuera calificada como un despido nulo o subsidiariamente improcedente con condena solidaria de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio, basándose para ello en que había sido cedida ilegalmente por su empleadora formal a la Administración de la Comunidad Autónoma, que fue su empresario real, y su contratación temporal, fue concertada en fraude de ley, motivos por los que, la relación laboral había devenido en indefinida, habiendo obedecido la extinción contractual impugnada judicialmente a las previas reivindicaciones de sus derechos laborales, además de superar los umbrales numérico temporales establecidos en el Art. 51 ET , y, subsidiariamente, carecería de causa que legalmente la justificase.

El Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas dictó sentencia por la que, tras desechar que se hubiera producido el prestamismo laboral denunciado, y, considerando que los contratos para obra o servicio determinado que ligaron a las partes fueron regularmente concertados, calificó el cese de la demandante como un despido improcedente, por no haber finalizado en la fecha en que se produjo la ejecución del plan que constituía su objeto.

Frente a la anterior sentencia se alzan en suplicación tanto la trabajadora como FUNCATRA.

El recurso de D<sup>a</sup> Esther , estructurado formalmente en un motivo de impugnación, encauzado procesalmente a través del apartado c del Art. 191 LPL , tiene por objeto que se revoque la sentencia de instancia y se califique el despido enjuiciado como nulo, reputando como infringidos los Arts. 15 y 51 ET , si bien al desarrollarlo se exponen las razones por las que, a su juicio, fue objeto de tráfico prohibido de mano de obra, y hubieron de haberse seguido los trámites del despido colectivo, con cita de los preceptos legales y la jurisprudencia y doctrina judicial que sirven de sustento a su pretensión.

La suplicación empresarial se compone de un motivo de revisión fáctica, que, con fundamento en el apartado b del Art. 193 LRJS , pretende la adición de un nuevo hecho probado, y otro de censura jurídica, que, al amparo del apartado c del Art. 193 LRJS , denuncia la infracción por inaplicación de los Arts. 15.1.a y 49.1.c ET , en relación con el Art. 2 RD 2720/98 y jurisprudencia que cita al desarrollar el motivo.



El recurso empresarial ha sido impugnado por la trabajadora y el entablado por esta última por ambas codemandadas.

SEGUNDO.- Por razones sistemáticas, en primer lugar abordaremos el motivo revisorio formulados por FUNCATRA, y, una vez perfilado el escenario fáctico sobre el que deben resolverse las cuestiones jurídicas suscitadas por ambas recurrentes, solventaremos estas, analizando primero la problemática relativa a la cesión ilegal, seguidamente examinaremos si el contrato para obra o servicio determinado que medió entre las partes fue concertado en fraude de ley como defiende la demandante, y, en función de la decisión adoptada en cuanto a este punto, pasaremos, en su caso, al análisis de si, como ha entendido la Juez de Instancia, no concurre la causa invocada para justificar la decisión extintiva, o, por el contrario, como entiende la demandada, la obra a cuya ejecución se vinculaba el contrato había concluido en el momento de su adopción, para, finalmente, si así procediera, estudiar la posible concurrencia de las circunstancias que hubieran hecho preciso que la medida extintiva hubiera seguido los trámites del despido colectivo.

TERCERO.- A) En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL, la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación ( SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10 ), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional ( SSTC 105/08, 218/06, 230/00 ), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto ( STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09 )

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas ( STS 30/06/08, RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico ( SSTS 22/12/11, Rec. 216/10 )

b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar un nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo

e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.



f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho

B) El texto del nuevo ordinal con el que se quiere enriquecer la versión judicial de los hechos dice así:

"El Programa no pudo comenzar la realización del mismo hasta Noviembre de 2008, por lo que se solicitó por el SCE a la Dirección General del SPEE la ampliación del plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2009"

Del documento en el que se asienta dicha revisión (aunque por mero error material de transcripción se identifica con el nº 4 del bloque 5 resulta claro que se está haciendo referencia al documento nº 4 del bloque nº 3) en modo alguno se desprenden los hechos que se quieren introducir en la probanza

En efecto, el documento en cuestión es una solicitud dirigida a la Dirección General del SPEE por el Director del Servicio Canario de Empleo para que se amplíe el plazo de ejecución en dicha anualidad del PEMO 2009 hasta el 31 de Octubre de 2009, alegando como motivos de tal petición que "debido a los preparativos para la puesta en marcha del citado Plan, en el bloque referido a los orientadores laborales, este organismo no pudo comenzar la ejecución del mismo hasta el mes de Noviembre de 2008" teniendo por finalidad la prórroga solicitada "poder contar con el tiempo necesario para su mejor gestión, y posibilitando así la prestación de servicios de orientación laboral durante un año efectivo de ejecución"

Lo único que el documento de referencia revela de modo concluyente es que efectivamente se solicitó al SPEE la extensión del plazo de ejecución del Plan, constituyendo las aseveraciones que en el mismo se realizan respecto a las causas que motivan tal petición meras manifestaciones del autor de la misiva, que, por lo demás, únicamente hacen referencia al inicio de su aplicación y efectividad en Noviembre de 2008, no respecto a la totalidad del PEMO, sino exclusivamente en lo relativo a las medidas de contratación de orientadores laborales que en el mismo se contemplan.

Por lo anteriormente expuesto el motivo decae.

CUARTO.- Descendiendo ya al examen de los motivos de censura jurídica, la primera objeción que formula el recurso de la trabajadora a la resolución recurrida afecta a la no apreciación de la figura de cesión ilegal, argumentando que son expresivos de que medió el indicado fenómeno interpositorio y FUNCATRA fue únicamente su contratante formal, el que haya sido la Consejería de Empleo la que realmente ha asumido el control y dirección de la actividad laboral realizada por la actora impartiendo las órdenes e instrucciones precisas para la ejecución de su trabajo, y la que le ha proporcionado todos los medios materiales necesarios para su realización, asumiendo los riesgos derivados de la actividad desarrollada por la misma.

A) Desde la óptica de nuestro derecho positivo, en su redacción tras la reforma operada por la Ley 43/06, el Art. 43 ET dispone textualmente:

"1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

B) El concepto legal de cesión ilegal de trabajadores lo establece el apartado primero del precepto con un alcance general incluyendo dentro del mismo cualquier práctica empresarial consistente en la puesta a disposición de mano de obra sin seguir el único cauce arbitrado al efecto (empresas de trabajo temporal), o recurriendo al mismo pero para supuestos distintos de los legalmente autorizados.



La intensificación del proceso de descentralización productiva y la proliferación de empresas dedicadas a la prestación de servicios que pretenden eludir el régimen jurídico de la ETT, constituyen un fenómeno cada vez más frecuente en nuestra realidad social y económica, que es susceptible de generar el aumento de conductas abusivas y contrarias al espíritu y finalidad de la norma, motivo por el que con la reforma se han positivizado los criterios que la jurisprudencia había venido utilizando para identificar la cesión ilegal, singularizando determinados supuestos en los que se percibe con evidencia.

En tal sentido, el apartado 2 del art. 43 ET, establece que, "en todo caso", se considerará que existe cesión ilegal cuando concorra "alguna" de las circunstancias alternativas que enumera, delimitando los tres criterios principales que deben aplicarse para dilucidar si el trabajo se presta en régimen de subcontratación o de cesión.

La redacción de este apartado no puede interpretarse en el sentido de que el legislador haya querido introducir una noción de cesión ilegal más restringida que la amplia formulada en el primero, y tampoco como que se haya pretendido establecer una enumeración limitativa de las circunstancias determinantes de esa figura. La exégesis de la norma siguiendo un criterio gramatical y finalista conduce a la conclusión de que el objetivo del legislador reformista es facilitar su aplicación y reforzar la seguridad jurídica fijando unos criterios generalizables, que coadyuvan al establecimiento de perfiles y límites claros y definidos entre los supuestos de subcontratación lícita de servicios en la que están implicados los trabajadores como empleados de una empresa contratista y aquellos en que ese negocio encubre el suministro ilícito de mano de obra proscrito por el art. 43 del mismo Texto legal.

De lo anteriormente expuesto resulta que si bien la reforma de 2006 no ha supuesto una modificación del concepto de cesión ilegal, ha producido tres importantes efectos:

a) Con el texto vigente, la prueba de alguna de las circunstancias relacionadas en el art. 41.2 LET, que el legislador considera claramente indicativas de la cesión, será suficiente para declarar su existencia, si bien para la determinación de su concurrencia, en ocasiones habrá de acudir al método indiciario.

b) Permite reconducir y encuadrar los diferentes indicios y contraindicios de cesión valorados por la jurisprudencia, en una de las tres situaciones que describe, favoreciendo con ello el ejercicio de la acción y el adecuado enjuiciamiento de las situaciones de cesión ilegal.

c) No excluye la ponderación y valoración de otros criterios complementarios cuya aplicación, a diferencia de los legales, no determinará por sí misma la existencia de la cesión ilegal, sin perjuicio de que puedan llevar a tal conclusión, o reforzar la extraída a partir de las pautas legales.

C) Jurisprudencialmente, copiosa doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha sentado los siguientes principios en cuanto a la figura del tráfico prohibido de mano de obra o cesión ilegal de trabajadores (SS 4/03/08, Rec. 1310/07 ; 25/06/09, Rec. 57/08 ; 8/03/11, Rec. 791/10 ; 27/01/11, Rec. 1.784/10 y en las más recientes de 4/07/12, Rec. 967/11 , 11/07/12, Rec. 1591/11 y 5/11/12, Rec. 4282/11 ):

1.- Como regla general el legislador autoriza la externalización de la producción, amparando el Art. 42 ET ) la licitud de la subcontratación empresarial con un tercero de la ejecución de una parte de su actividad suficientemente diferenciada, y ello, tanto respecto a las actividades nucleares o inherentes a su ciclo productivo como en cuanto a las meramente complementarias.

Pero la validez de dicha descentralización productiva se supedita a que la subcontratación sea tal y la empresa principal se limite a recibir el resultado de la actividad ejecutada por la contratista, aportando esta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, por lo que, cuando ello no es así y es la primera de ellas la que asume el control y organización de los trabajadores de la segunda que no compromete su estructura empresarial, la contrata se desnaturaliza y constituye una cesión ilegal de mano de obra prohibida por el Art. 43 ET .

2.- La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías y derechos de los trabajadores, pero ello no implica que dicho fenómeno solo pueda producirse a través de empresas ficticias e insolventes, sino que también puede darse entre empresas reales.

3.- Pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido, sino que resulta suficiente con que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual en la posición contractual propia del empresario se sitúa quien en realidad no la tiene.

4.- Por tanto, lo relevante a efectos de la cesión no es que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias, sino el hecho de que en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la





empresa principal, no se hayan puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio.

5.- En la apreciación de la figura de la cesión ilegal, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, por lo que, aunque el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

6.- Ante las dificultades que entraña establecer la línea divisoria entre la descentralización productiva lícita (empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición) y una situación de prestamismo laboral, sobre todo en los supuestos en que la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, para determinar si bajo la apariencia formal de una contrata subyace una cesión ilegal, es necesario valorar casuísticamente las circunstancias específicas y particulares que en cada supuesto rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas, siendo elementos a tomar en consideración para establecer dicha distinción, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia o estructura productiva.

D) Para la resolución del motivo debemos partir de los siguientes datos de interés que nos proporcionan los hechos probados de la sentencia de instancia y las afirmaciones que con valor fáctico se contienen en su fundamentación jurídica:

1) FUNCATRA, es una Fundación sin ánimo de lucro, creada por el Gobierno de Canarias que tiene la naturaleza de medio propio y servicio instrumental de la Administración de la Comunidad Autónoma en orden a la gestión de encomiendas para la ejecución de obras, suministros y prestación de servicios (hecho probado segundo)

2) Entre los servicios competencia del SCE cuya gestión es susceptible de encomienda a FUNCATRA, conforme al Convenio de Colaboración suscrito entre ambas en Diciembre de 2008, se encuentran la organización y gestión de servicios de orientación y asesoramiento, así como la gestión del desarrollo de acciones formativas que deban ser ejecutadas en el ámbito de Planes Extraordinarios de orientación o que resulten de las necesidades detectadas por los equipos de orientación de las oficinas de empleo del SCE que no estén comprendidas en las programaciones del mismo (hecho probado tercero)

3) En la ejecución de su actividad laboral, que básicamente ha consistido en la realización de labores de orientación laboral a demandantes de empleo y de itinerarios de inserción laboral, la actora, que desarrollaba sus cometidos profesionales en el IES Majada Marcial (Fuerteventura), era supervisada y coordinada por una trabajadora de FUNCATRA, que a su vez reportaba a su superior jerárquica, también empleada de la Fundación, que actuaba como enlace con el SCE, siendo los responsables de FUNCATRA quienes adoptaban las correspondientes decisiones en materia de licencias y vacaciones de los trabajadores adscritos a su plantilla (hecho probado 11º)

4) FUNCATRA cuenta con infraestructura y organización propias (fundamento de derecho segundo último párrafo)

En el escenario fáctico descrito, el motivo está abocado necesariamente al fracaso, pues el mismo se construye sobre unos elementos de hecho completamente opuestos a las que nos ofrece la versión judicial de los hechos, en la que, de lo que se da noticia es de la contratación de la actora se ha producido en el ámbito de la gestión de un servicio competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante una encomienda amparada en un convenio de colaboración con un ente propio e instrumental de aquella, encontrándose dicho sistema de coordinación entre entidades públicas expresamente contemplado por los Arts. 4.1.n y 24.6 de la Ley 30/07, no consta que la hoy demandante haya realizado actividades ajenas a las que constituyen el objeto de la encomienda, y, ha sido Funcatra la única entidad en cuyo círculo rector y orgánico ha estado inserta durante el periodo de tiempo en que su relación laboral se mantuvo viva, sin que la Consejería hubiera tenido participación alguna en el proceso selectivo para su contratación, ni por parte de sus responsables se impartiese ningún tipo de orden o instrucción al personal de Funcatra, ya que era coordinada, organizada, dirigida y supervisada por los responsables de la propia Fundación, y, aún cuando por la singular naturaleza del servicio prestado, el mismo se llevase a cabo utilizando mobiliario y equipo informático del SCE, dicha circunstancia no resulta por sí sola suficiente para la apreciación del fenómeno interpositorio denunciado.



Debemos pues descartar, como acertadamente ha entendido la Magistrada a quo, que se haya producido una situación de prestamismo laboral.

QUINTO.- Despejada la cuestión relativa a la determinación del empresario real de la trabajadora, hemos de adentrarnos en la problemática del fraude en la contratación temporal, que judicialmente no ha sido apreciado, criterio con el que la recurrente muestra su discrepancia alegando que los dos contratos para obra o servicio determinado suscritos no responden a la causa que legalmente autoriza el recurso a dicha modalidad de contrato de duración determinada, por cuanto el denominado PEMO, es una actividad ordinaria y permanente de la entidad contratante y no una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia.

A) En cuanto a las notas que caracterizan al contrato para obra o servicio determinado, y los criterios de delimitación y distinción de la indicada modalidad de contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, que resultan extrapolables a sus entes instrumentales, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS, ha establecido los siguientes principios ( SSTS 3/04/12, Rec. 2.154/11 ; 27/09/11, Rec. 4095/10; 13/09/11, Rec. 3335/10 ), de los que hemos hecho aplicación en nuestras Sentencias de 29/05/12 (Rec. 176/12 ), 30/04/12 (Recs. 218 y 223/12 ), 13/04/12 (Rec. 1547/11 ) y 30/03/12 (Rec. 498/12 )

1) Para la validez del contrato para obra o servicio determinado regulado en los arts. 15.1.a) ET y 2 Real Decreto 2720/1998 , es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) Que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) Que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas

2) Como regla general no es viable la contratación para obra o servicio si no se trata de una actividad ocasional o singular, si no que nos encontramos ante una actividad ordinaria permanente, porque en tal supuesto no se cumple uno de los requisitos legales exigidos a la contratación para obra o servicio determinado, que prescribe la duración limitada aunque incierta de la obra o servicio al que se incorpora el trabajo contratado.

3) Excepcionalmente, para ciertos planes o programas públicos singulares u ocasionales, sí se ha reconocido en principio la existencia de obra o servicio determinado de duración limitada, habiéndose declarado que la admisión de esta modalidad contractual en supuestos que se reiteran periódicamente no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración.

4) Por ello, cuando la actividad contratada es habitual y ordinaria en la Administración contratante, la relación laboral es indefinida, incluso pese a la existencia de una subvención, pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones y que la financiación de los servicios obligatorios no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos de duración determinada, aunque sea esa la duración de los presupuestos.

B) Tal y como pone de relieve la sentencia de instancia, los dos contratos para obra o servicio determinado que vincularon a las partes tenían por objeto el desarrollo del PEMO publicado en el RD Ley 2/08 y prorrogado ulteriormente por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de Abril de 2009.

La Magistrada a quo ha considerado que dicho Plan constituía un proyecto específico perfectamente delimitado y con una duración incierta acotada temporalmente, que, por tal motivo, tiene encaje dentro del concepto de obra o servicio determinado con autonomía o sustantividad propia, basándose para ello en que, conforme al Art. 9 RD Ley 2/08 el colectivo al que el mismo estaba dirigido presentaba perfiles y características propias siendo receptor de una subvención de 350 y de la necesidad de un tratamiento especial a través de grupos específicos de búsqueda de empleo como parte de su itinerario personalizado de inserción que han de ser tutorizadas por orientadores profesionales y requerirán una especial dedicación para su presentación a ofertas de empleo y otras actuaciones que determinen los orientadores.

Tal planteamiento no puede ser compartido por la Sala, pues el mismo parte de una errónea comprensión del contenido y alcance del PEMO, como a continuación expondremos.

Las medidas que contempla el PEMO, tal y como dispone el Art. 8 del RD Ley 2/08 , fueron inicialmente dos: Por un lado, las medidas de orientación, formación e inserción ya vigentes que se integran y refuerzan en el Plan, y, por otro, las subvenciones para la búsqueda de empleo y para facilitar la movilidad geográfica que se contemplan en sus Arts. 9 y 10.



Las sucesivas Órdenes Ministeriales de distribución entre las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de las subvenciones para financiar el coste imputable a cada ejercicio del PEMO, no constituyen desarrollo del Plan sino que son meros instrumentos a través de los cuales se dota de la correspondiente financiación para la ejecución del plan, debiendo llamar la atención en cuanto a que, la única medida que, haciendo uso de la habilitación conferida por la Disposición Final primera del RD Ley 2/09, fue prorrogada mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de Abril de 2009, y, ulteriormente, a través de los Arts. 13 de la Ley 35/10, y 16 del RD Ley 13/2010, fue la relativa a la contratación de 1.500 orientadores para reforzar la red de oficinas de empleo, siendo por ello que las Órdenes TIN 835/10 y 886/11, únicamente contemplan el reparto territorializado de la correspondiente dotación económica para la financiación de esa concreta medida y no de ninguna otra.

Conviene igualmente resaltar que, las actuaciones a desarrollar por los citados orientadores laborales, tal y como establece el Art. 17 del RD Ley 13/2010, consisten en la atención directa y personalizada a las personas desempleadas, información a las empresas y prospección del mercado laboral en su entorno y seguimiento de las actuaciones realizadas con las personas desempleadas y su entorno.

De lo anteriormente expuesto cabe concluir que el PEMO no ha tenido por objeto, como erróneamente ha entendido la Magistrada de Instancia, la realización de actividades singulares dirigidas a determinados colectivos de desempleados que por sus especiales características requiriesen de la adopción de medidas de orientación e inserción laboral particularizada y diferenciada, sino que, junto a esa medida que perdió su vigencia a partir de finales de Abril de 2009, lo que perseguía era reforzar la actividad general que se realiza en las oficinas de empleo mediante contrataciones de orientadores para lo que se otorgaba la correspondiente subvención.

En definitiva el PEMO constituye un programa enderezado a la puesta en práctica de medidas generales de orientación, información e inserción laboral de los desempleados, y, para el cumplimiento de tal finalidad, la contratación de los orientadores que realizasen dichas funciones, ha sido financiada mediante el traspaso de la correspondiente dotación presupuestaria por parte del SPEE a los Servicios de Empleo Autonómicos, en nuestro caso, el SCE.

Así lo revela el propio hecho probado undécimo en el que, entre las funciones que ha realizado la demandante, se mencionan expresamente la impartición de charlas informativas sobre la subvención PREPARA y el subsidio PRODI, que se corresponden con dos programas netamente diferenciados del PEMO, en cuanto a sus objetivos, normativa reguladora, y vigencia temporal.

Determinada la naturaleza del PEMO, la conclusión que alcanzamos es la de que no obstante su denominación, dicho plan no constituye una obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de FUNCATRA, sino que entra de lleno dentro de su actividad ordinaria y habitual, pues tal y como se indica en el hecho probado segundo, constituye su objeto la realización de actividades dirigidas al análisis y conocimiento del trabajo, al fomento del empleo, formación y orientación profesional y economía social. Actividades las mencionadas que son competencia del SCE y constituyen el objeto del Convenio de Colaboración que sirve de soporte para su ejecución por la Fundación.

Tal conclusión no puede verse alterada por el hecho de que la contratación de los trabajadores destinados a la ejecución de tales actividades esté subvencionada por el Servicio Público de Empleo Estatal, pues dicha circunstancia incide exclusivamente en el sistema de financiación del servicio que al amparo de la misma se desarrolla pero no muta ni transforma su característica y cualidad de permanente.

De manera que, no concurriendo la causa que justifica la temporalidad en los contratos para obra o servicio determinado que vincularon a las partes, la relación laboral, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 15.3 ET, ha devenido en indefinida, lo que lleva aparejada la estimación del motivo de impugnación planteado por la trabajadora, y, como corolario de ello, que la censura jurídica formulada por la empresa debe ser rechazada.

SEXO.- Resta finalmente por examinar la cuestión relativa a si, al haber extinguido FUNCATRA de manera coetánea los contratos de los 112 orientadores adscritos al PEMO, la misma hubo de haber seguido los trámites del despido colectivo, y, al no haberlo hecho, el despido enjuiciado merece la calificación de nulo, en lugar de improcedente, como ha resuelto la sentencia recurrida.

A) La Sala Cuarta del TS en Sentencia de 3/07/12 (Rec. 1657/11) dictada en Sala General, seguida de otra de la misma fecha (Rec. 1744/11) y de una posterior de 8/07/12 (Rec. 2341/11) ha sentado la siguiente doctrina respecto a las extinciones contractuales computables a los efectos del Art. 51 ET, cuando se trate de rescisiones de contratos temporales por finalización o reducción de la contrata cuya ejecución constituía su objeto:



1) Conforme al apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando en un periodo de 90 días, se superen los límites numéricos que en atención a la plantilla de la empresa establece el propio precepto legal.

La aplicación del artículo 51 ET requiere, por tanto, la concurrencia de tres elementos: El elemento numérico -número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El penúltimo párrafo del precitado apartado 1 dispone que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco."

La finalidad de dicha previsión legal es, pues, la de evitar que se eludan por el empresario los trámites y garantías previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores contabilizándose para el despido colectivo todos los efectuados por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, con la salvedad de aquéllos que se hubiesen extinguido lícitamente por conclusión del término pactado o por la terminación de la obra o servicio.

2.- El Art. 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuya transposición al derecho interno se ha realizado a través del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, dispone que, "A efectos de la aplicación de la presente Directiva: a) Se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros..." señalando a continuación el periodo en el que han de producirse los despidos y el número de trabajadores afectados en relación al número de trabajadores del centro de trabajo.

Para la norma comunitaria, el despido es colectivo siempre que se de 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".

Por su parte el apartado 2 del artículo 1 señala que la Directiva no se aplicará "a los despidos colectivos efectuados en el marco de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos".

Ello evidencia que, si bien es cierto que, al igual que sucede en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, no computa la extinción de contratos temporales, a efectos del cálculo del número de trabajadores afectados, si se tienen en cuenta si se les ha extinguido el contrato antes de finalizar la obra o servicio.

3.- Una interpretación sistemática del Art. 51 ET, en la que el texto de la Directiva es también relevante, conduce a la interpretación, de que las extinciones de contratos temporales en que, aunque no se mencione de manera expresa, quepa apreciar que descansan en causas objetivas por tratarse de contrataciones absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos en cuanto a la eventual conclusión del tiempo pactado o la realización de los servicios concertados, serán computables a los efectos del Art. 51 ET.

En definitiva, para la Directiva y en la interpretación del artículo 51 ET expuesta, solo podrán excluirse del cómputo numérico que lleva aparejada la calificación jurídica de despido colectivo, aquellas extinciones de contratos por tiempo determinado cuando la extinción se haya producido regularmente, pero en ningún caso cuando los despidos se hayan llevado a cabo antes de la finalización de la obra, o cuando la naturaleza de los contratos, por haberse realizado en fraude de ley, no fuera temporal sino indefinida.

B) La proyección de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado determina la estimación del último motivo de censura jurídica articulado por la trabajadora, pues concurren los tres elementos exigidos por el Art. 51 ET, para que la empresa hubiera debido seguir los trámites del despido colectivo.

Así, el número de extinciones acordadas por FUNCATRA de manera coetánea ha sido de 112 (elementos numérico y temporal)

En cuanto al requisito causal, siendo cierto que la causa extintiva formalmente invocada por la Fundación fue la finalización del servicio cuya ejecución constituía el objeto de dichos contratos temporales, no lo es menos que las indicadas contrataciones fueron concertadas en fraude de ley, habiendo obedecido realmente su extinción a la pérdida de la subvención por parte del SPEE que constituía la fuente de financiación de tales contrataciones, lo que nos sitúa ante la causa objetiva de extinción contractual que contempla el Art. 52.e ET.



De manera que, habiéndose superado los umbrales numérico temporales establecidos en el artículo 51 ET , y, no habiendo seguido FUNCATRA los trámites del despido colectivo, como debió haber efectuado, la extinción contractual enjuiciada, conforme al Art. 124 LRJS , debe ser calificada como nula.

Y, no habiéndolo entendido así la sentencia de instancia, procede, previa estimación del recurso, su revocación.

Debemos finalmente indicar que, el signo de esta resolución, que resulta coincidente con el de nuestras sentencias de 23/10/13 (Rec. 708/13 ), 13/06/13 (Rec. 409/13 ), 27/03/13 (Rec. 23/13 ), 29/05/13 (Rec. 350/13 ) y 16/05/13 (Rec. 256/13 ), en lo que atañe a la calificación del despido es distinto del de nuestras sentencias de 27/03/13 (Rec. 84/13 ), 17/04/13 (Rec. 212/13 ), 29/05/13 (Rec. 272/13 ) y 22/05/13 (Recs. 358 y 289/13 ), obedeciendo tal divergencia de pronunciamientos exclusivamente a que el recurso que ahora resolvemos y los de las cuatro primeras sentencias mencionadas, han sido formulados por la parte demandante planteando la calificación del despido como nulo por haberse superado los umbrales numérico temporales del Art. 51 ET , lo que no sucedió en aquellos otros cinco supuestos citados en segundo lugar, en los que en la instancia el despido se calificó como improcedente y la sentencia solo fue recurrida por la empresa.

SÉPTIMO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), la desestimación del recurso interpuesto por FUNCATRA lleva aparejada la condena en costas a dicho recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita, cifrando el importe de los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cantidad de 600 , sin que proceda efectuar tal pronunciamiento respecto a la suplicación formalizada por la trabajadora, al haber prosperado en parte, lo que implica que no haya parte vencida a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes ( SSTS 14/02/07, RJ 2177 ; 29/01/09 , RJ 1051)

OCTAVO.- Conforme al Art. 204 LRJS (L 36/11), se decreta la pérdida de la consignación y el depósito efectuados para recurrir por FUNCATRA a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

NOVENO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo, representada por el Graduado Social D. José Manuel Hernández Suárez, y se estima el formalizado por D<sup>a</sup> Esther , representada por el Letrado D. Orlando del Toro Vega, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de fecha 31/10/12 dictada en Autos nº 384/12 y, revocando la misma, declaramos la nulidad del despido de la actora condenando a la demandada Fundación Canaria para el Fomento del Trabajo, a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquel, con satisfacción de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido (31/03/12) hasta que la readmisión tenga lugar, o hasta que la trabajadora haya encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior a la sentencia y se acreditase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios mencionados a razón de 67'85 , y absolviendo a la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de las pretensiones formalizadas en su contra.

Se condena a FUNCATRA al pago de las costas procesales cifrando el importe de los honorarios de la parte impugnante de su recurso en la cantidad de 600 .

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir a los que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito de BANESTO c/c nº 3537/0000/37/1268/13, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la



condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: 0030-1846- 42-0005001274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ