



Roj: **STS 592/2013 - ECLI:ES:TS:2013:592**

Id Cendoj: **28079140012013100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2013**

Nº de Recurso: **1144/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Gonzalo Velasco Recio en nombre y representación de D<sup>a</sup> Hortensia , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de enero de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 3626/11 formulado por la Agencia para el Empleo de Madrid contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 25 de Madrid de fecha 8 de febrero de 2011 dictada en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Hortensia frente a la AGENCIA PARA EL EMPLEO DE MADRID (AYUNTAMIENTO DE MADRID) sobre Despido nulo o subsidiariamente improcedente.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el AYUNTAMIENTO DE MADRID representado por la Letrada del Ayuntamiento.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de febrero de 2011, el Juzgado de lo Social número 25 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que con estimación de la demanda deducida por Dña Hortensia contra AGENCIA PARA EL EMPLEO DE MADRID -AYUNTAMIENTO DE MADRID en reclamación sobre DESPIDO, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 1.10.2010, constituye un despido, que debe ser calificado como NULO condenando a la AGENCIA PARA EL EMPLEO DE MADRID - AYUNTAMIENTO DE MADRID, a la readmisión de la actora, en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono de los salarios de tramitación causados desde 1.10.2010 hasta que la readmisión se produzca, a razón de un salario diario de 92,58 euros y que hasta la fecha de la sentencia alcanza la cantidad de 8.609,94 Euros."

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La demandante Dña. Hortensia viene prestando servicios como personal laboral para la Agencia para el Empleo de Madrid, con una antigüedad desde el 1 de octubre de 2008, ostentando una categoría profesional de Titulado Medio (Grupo 2), percibiendo un salario mensual, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 2.775,24 €. SEGUNDO: La actora inicia relación laboral con la Agencia para el Empleo de Madrid mediante la suscripción de los siguientes contratos: A.01.10.2008 a 30.09.2009: contrato por obra o servicio determinado, celebrado al amparo del Real Decreto 2720/1998, en el que el objeto del mismo es el siguiente: "El contrato de duración determinada se celebra para la realización de la obra o servicio AGENTES DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL, de acuerdo con la Resolución de la Dirección General del Servicio Regional de Empleo de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de julio de 2008 (expediente 27/08). Teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa". B.01.10.2009 a 30.09.2010: prórroga del contrato precedente. TERCERO: Las actividades que la actora ha venido desempeñando constituyen actividades normales, habituales y estructurales dentro de la Agencia para el Empleo de Madrid, entendiéndose que no responde a la realidad la sucesiva firma de prórrogas del primer contrato, debiendo ser considerada la relación



con dicho Organismo desde el inicio (1 de octubre de 2008) como laboral por tiempo indefinido. Son labores que dotan de sentido a la propia existencia, fines y organización del ente de carácter local. Estas actividades son las siguientes: A) Elaboración de Estudios Territoriales de los Distritos, mediante el análisis y estudio del mercado de trabajo, tejido empresarial, población activa, población desempleada, población ocupada, proponiendo acciones de mejora de la empleabilidad de la población desempleada de la zona. B) Prospección empresarial: - Captar ofertas de trabajo. - Informar y asesorar a los empresarios sobre la tramitación de subvenciones y ayudas (contratación), en función de sus necesidades. Informar a los empresarios de los servicios gratuitos y personalizados que ofrece la Agencia para el Empleo. - Fomentar la creación de empleo en las empresas. C) Intermediación laboral, (realizada esta tarea en la Bolsa de Empleo de Villaverde): Mediante una atención personalizada realizar la labor de casar la oferta y la demanda. Poner en contacto a las personas desempleadas que buscan trabajo con los empresarios, realizando una tarea de intermediación laboral poniendo en contacto a los empresarios con los profesionales que necesitan en cada momento. De esta manera se casa la oferta y la demanda. - Captación y tratamiento de ofertas de trabajo. - Búsqueda entre los desempleados que hay en la bolsa de los perfiles que mejor se ajusten a las ofertas. Facilitando la inserción del desempleado en el mercado de trabajo. La actividad que se me ha encomendado durante todos estos años carece de la autonomía y sustantividad que prescribe el art. 2º del Real Decreto 2710/1998, de 18 de diciembre, para los contratos temporales concertados por obra o servicio determinado. Así, la consecuencia de tal fraude ( artículo 6.4 Código Civil ) debe ser la declaración de nulidad de la cláusula de temporalidad del contrato de trabajo, convirtiendo el mismo ex artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores en un contrato concertado por tiempo indefinido, en la definición dada para las Administraciones Públicas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre de 1996 . CUARTO: Las subvenciones a las que se sujetaba presupuestariamente en su inicio el contrato de trabajo suscrito, eran dotadas por la Comunidad de Madrid y por los fondos estructurales del Fondo Social Europeo. Por ello, este organismo europeo, a través del Reglamento de la Unión Europea 1260/1999, de 21 de junio, ejerce poderes de control y fiscalización sobre estas subvenciones de carácter estructural. Asimismo, estas acciones no suponen un fin en sí mismo, sino que se conciben como un complemento de las acciones nacionales correspondientes o como contribución a éstas ( artículo 8 del Reglamento 1260/1999 antes mencionado). Señalar, por último, que los fondos estructurales a los que se hace mención en este hecho son la traducción de un ánimo por la Unión Europea, de promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y duradero de las actividades económicas, un elevado nivel de empleo, la igualdad entre hombres y mujeres y un alto grado de protección y mejora del medio ambiente", según reza su quinto considerando. Por ello, el objetivo de las subvenciones del Fondo Social Europeo, como fondos estructurales que son, constituyen un impulso a las políticas sociales de los países miembros más desfavorecidos, creando una estructura sólida para luchar contra las desigualdades. QUINTO: El Estatuto de la Agencia para el Empleo de Madrid prevé en su artículo 2º cuales son sus fines: "*La Agencia para el Empleo de Madrid tiene como finalidad la gestión de las políticas municipales de empleo, mediante la intermediación laboral, la orientación y formación de los desempleados y trabajadores, y el fomento del empleo estable y de calidad*". Asimismo, el artículo 3º recoge sus competencias: 1. La Agencia para el Empleo de Madrid ejercerá para el cumplimiento de los fines previstos en el artículo anterior, entre otras, las siguientes competencias: a) Desarrollar las políticas de prevención del desempleo, realizando actuaciones tendentes a facilitar a los trabajadores desempleados la obtención de un puesto de trabajo digno y adecuado. b) Promover y desarrollar una formación y orientación, tanto ocupacional como profesional y continua, tendente a cualificar a los trabajadores en las necesidades reales de trabajo existentes en el Municipio. c) Colaborar con el Servicio Público de Empleo de la Comunidad de Madrid en la gestión de la intermediación en el mercado de trabajo, con especial atención en la integración de colectivos con dificultades de acceso al mercado laboral. d) Fomentar la creación de empleo en las empresas. e) Promover líneas de financiación para la creación de empleo. f) Fomentar e informar sobre los cauces para el autoempleo o trabajo por cuenta propia, creando infraestructuras de apoyo para ello. g) Colaborar en la formación continua del personal no funcionario de los organismos y empresas dependientes del Ayuntamiento de Madrid. h) Colaborar con los distintos departamentos municipales en la realización de campañas específicas, contribuyendo desde la Agencia a la formación de los agentes informadores. i) Mejorar la cualificación de los trabajadores ocupados en áreas estratégicas para la economía del Municipio. j) Informar sobre las ofertas de empleo y la formación para el empleo del Municipio. k) Colaborar con otras instituciones públicas y privadas en las materias objeto de la Agencia. l) En General, todas aquellas competencias no especificadas anteriormente y que estén relacionadas con la gestión de los recursos asignados a la Agencia. 2. Para su logro, la Agencia para el Empleo de Madrid podrá ejercer, entre otras, las siguientes facultades: a) Establecer convenios con otros organismos o entidades para potenciar el desarrollo del empleo. b) Participar en planes nacionales y programas de la Comunidad de Madrid, establecidos en el marco de la Estrategia Europea de Empleo, así como en proyectos europeos o internacionales que puedan potenciar el desarrollo del empleo en la ciudad. c) Obtener y gestionar subvenciones y otras ayudas del Estado, de la Comunidad de Madrid, de Instituciones públicas o privadas y de particulares. d) Proponer el establecimiento de precios públicos y la concertación de operaciones de créditos en sus distintas formas". Precisamente, las tareas que



se describen en este hecho constituyen la labor que la actora ha venido desarrollando de manera habitual y continua para la Agencia para el Empleo de Madrid. SEXTO: Además, el objeto de los sucesivos contratos de trabajo que he suscrito con la Agencia para el Empleo de Madrid no se establece de forma clara y precisa, haciendo únicamente alusión al programa subvencionado que daba origen al contrato, siendo esto último contrario a lo definido en la Ley y en la Jurisprudencia que ha venido a desarrollar los conceptos de claridad y precisión en el marco de los contratos por obra o servicio determinado, como veremos en los fundamentos de derecho del presente escrito. Pone esto de manifiesto que los contratos, en los que sólo se menciona e programa subvencionado, adolecen de oscuridad e imprecisión, dejando en manos de una de las partes (en este caso la Agencia para el Empleo de Madrid) la interpretación y propia ejecución del contrato, en contra de lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil. SÉPTIMO: En conclusión, entiendo que los contratos suscritos lo fueron en fraude de ley por los siguientes motivos: 1º. No gozan de autonomía y sustantividad propia, ya que la actividad contratada coincide con los fines y competencias de la Agencia para el Empleo de Madrid. 2º. Al haber estado subvencionada la actividad por los fondos estructurales del Fondo Social Europeo, ésta no constituye un fin en sí misma, sino que debe significar, a la luz de la legislación comunitaria, un impulso para crear las estructuras necesarias para acometer políticas adecuadas de empleo. 3º. La Agencia para el Empleo de Madrid se acoge a estas subvenciones, por lo tanto, con el objetivo marcado por el Fondo Social Europeo: Crear estructuras, que se debe traducir necesariamente en el desarrollo de herramientas, técnicas y humanas. La finalización de la subvención, por tanto, no debe implicar la desaparición de la actividad ( y por ende de sus herramientas) sino, más al contrario, aprovechar la experiencia obtenida en el marco de estos programas para continuar con la actividad que, además, como hemos visto, coincide con la propia esencia y razón de ser de la Agencia para el Empleo de Madrid. 4º. El contrato de trabajo suscrito, con sus prórrogas sucesivas, no detalla con claridad y precisión su objeto, haciendo únicamente alusión al programa o proyecto del que dependen. OCTAVO: La demandante, por las causas que se han manifestado en el ordinal precedente, tenía derecho a ostentar una relación laboral por tiempo indefinido con la Agencia para el Empleo de Madrid, con fecha 14 de octubre de 2009 interpuse reclamación previa contra este Organismo reclamando tal derecho, seguida de ulterior demanda interpuesta el día 19 de noviembre de 2009. El conocimiento de la anterior demanda recayó en el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, el cual dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2010, del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Hortensia, frente a la AGENCIA PARA EL EMPLEO DE MADRID (AEM), y declaro el derecho de la actora a ostentar una relación laboral por tiempo indefinido, con efectos de 1-10-08, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración". Esta sentencia no es firme, al haberse recurrido en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia por parte de la Agencia para el Empleo de Madrid. NOVENO: La demandante en fecha 15 de julio de 2010 solicitó por escrito a la Agencia para el Empleo de Madrid una reducción de jornada diaria de una hora, al tener a mi cargo a un hijo menor de doce años. A dicha solicitud, con fecha 22 de julio de 2010, se respondió por parte de la Agencia, concediendo dicha reducción, con la consiguiente reducción proporcional de los abonos en nómina, con efectos desde el 16 de agosto de 2010. DÉCIMO: La demandante no ostento ni ha ostentado cargo alguno de representación unitaria o sindical de los trabajadores. UNDÉCIMO: La actora fecha 25 de octubre de 2010 formuló la preceptiva Reclamación Previa a la vía laboral ante el organismo demandado, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta".

**TERCERO.-** La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la Letrada del Ayuntamiento de Madrid en nombre y representación de la Agencia para el Empleo de Madrid, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 30 de enero de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la AGENCIA PARA EL EMPLEO DE MADRID -AYUNTAMIENTO DE MADRID, contra la sentencia nº 53/11, dictada en los autos número 1582/2010, por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, promovidos contra la recurrente por DOÑA Hortensia, revocamos dicha resolución por lo que a la declaración de nulidad del despido respecta, calificándolo como improcedente, pudiendo la Agencia Estatal para el Empleo de Madrid, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, optar entre la readmisión de la trabajadora, o el abono de una indemnización de 8.325,72 euros, con condena en ambos casos, al abono de los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 92,51 euros/día, excluyéndose el periodo coincidente abonado por la empresa. Sin costas"

**CUARTO.-** El letrado D. Gonzalo Velasco Recio, en nombre y representación de Dña. Hortensia, mediante escrito presentado el 28 de marzo de 2012, 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 Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de abril de 2011 (recurso nº 5197/10). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 14 CE. 40.2 CE así como a los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

**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 estimar la



procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de enero de 2012, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El tema objeto de debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el despido de una trabajadora de la Agencia de Empleo del Ayuntamiento de Madrid ha de ser considerado nulo o improcedente en aplicación del artículo 55.5.b) del ET en relación con los apartados 4,4 bis y 5 del artículo 37 del referido cuerpo legal, debido a que la trabajadora solicitó una reducción de jornada laboral para el cuidado de un menor, permiso que estaba disfrutando. Razona la sentencia recurrida que no se ha despedido a la trabajadora por haber demandado la indefinición de su contrato ni por solicitar una reducción de jornada que por otra parte le fue concedida, sino que la medida se ha encuadrado en ese marco general de extinciones al que se aludía y que desvirtúa que pueda configurarse como una represalia adoptada con la concreta persona de la demandante.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda declarando nulo el despido, decisión que fue revocada por la Sala de lo Social que determinó la improcedencia del despido. Contra esta última resolución se formaliza el presente recurso al amparo de un único motivo por infracción del artículo 55.5 b) del ET en relación con el artículo 14 CE y presenta como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2011. Se trata de un supuesto en el que la actora venía prestando servicios para el INIA desde el 17/07/07, en virtud de diversos contratos, realizando las mismas funciones. El 01/10/09 le fue notificado "Preaviso de finalización de contrato" para el 31/10/09. A dicha fecha tenía reconocida una reducción de jornada por cuidado de su hija, previa petición cursada el 23/10/09 al amparo del artículo 37.5 del ET. Antes de ser despedida había presentado reclamación solicitando el reconocimiento del derecho a ostentar la relación laboral que venía manteniendo como de duración indefinida. La Sala declara que es nulo el despido de la trabajadora, pues se ha practicado al estar disfrutando del permiso previsto en el art. 37.5 del ET para el cuidado de un menor, y, además, se ha vulnerado el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad.

Debe entenderse contradictorias ambas sentencias, conforme a lo exigido en el art. 219 LRJS, pues la tesis de la sentencia recurrida es, en definitiva, que para poder declarar la nulidad del despido tiene que existir discriminación, que en el caso examinado no aprecia la sentencia; mientras que la sentencia de contraste estima que, una vez concedido el permiso solicitado por razones de guarda legal, el despido debe ser calificado como nulo por disposición legal (art. 55.5 del ET, redacción dada por Ley 39/99, de 5 de noviembre), exista o no discriminación, concluyendo que el referido precepto impone la calificación de nulidad de manera automática.

**SEGUNDO.-** En cuanto al fondo del asunto se denuncia la infracción del art. 55.5, b) del ET, en relación con el art. 14 de la Constitución Española.

La Sala estima que la doctrina correcta es la plasmada en la sentencia de contraste, por aplicación incondicionada del precepto citado, pues en él se recoge el supuesto contemplado, en el mismo plano previsto para el caso de la trabajadora embarazada, siéndolo por tanto aplicable la misma interpretación fijada para estos casos por nuestra doctrina unificada, establecida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 30 de abril y 6 de mayo de 2009 (Rcud. 2428/08 y 2063/08), doctrina constitucional que esta última sentencia resume así:

"a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito



temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha -a la que se retrotrae la protección- ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre».

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada, con aplicación de las consecuencias previstas en los arts. 55.6 ET y 113 LPL ."

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Gonzalo Velasco Recio en nombre y representación de D<sup>a</sup> Hortensia , y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de enero de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 3626/11 , que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 8/2/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid . Y resolviendo el debate de suplicación acogemos el de tal clase formulado por la trabajadora, declaramos que el cese de la trabajadora integra despido nulo y condenamos a la empresa a que la readmita inmediatamente en su puesto de trabajo y la satisfaga todos los salarios dejados de percibir desde aquella fecha.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.