



Roj: **STS 5749/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5749**

Id Cendoj: **28079140012016101017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2016**

Nº de Recurso: **2059/2015**

Nº de Resolución: **1053/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 2707/2015,**
STS 5749/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria), representado y asistido por el letrado de la Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada 14 de abril de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 5100/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de La Coruña, de fecha 23 de septiembre de 2014, recaída en autos núm. 435/2014, seguidos a instancia de D. Bernardino, contra Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria); D. Ramón; y Ministerio Fiscal, sobre Despido. Ha sido parte recurrida D. Bernardino representado el procurador D. Luis Pozas Osset.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero: D. Bernardino viene prestando servicios para la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA de la XUNTA DE GALICIA en el Servicio de Energía y Minas de la Jefatura Territorial de La Coruña, con antigüedad de 24 de marzo de 2003, categoría de INGENIERO INDUSTRIAL, percibiendo un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, de 2.601,19 euros.

Segundo: Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela el 23 de abril de 2008 se declara la existencia de cesión ilegal declarando que los demandantes, entre ellos D. Bernardino, están vinculados a la Xunta de Galicia al Servicio de la Consellería de Innovación e Industria como trabajadores indefinidos desde, en lo que se refiere al actor, el 4 de mayo de 2003.

Tercero: Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña de 19 de mayo de 2008 se declara como consecuencia de la cesión ilegal de la que han sido objeto, entre otros el actor entre el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Galicia y la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, se declara la nulidad del despido del que fueron objeto, entre otros, el actor. Interpuesto recurso frente a la misma por STS de Galicia de 17 de octubre de 2008 se estima parcialmente el recurso confirmando el pronunciamiento de instancia declarando la responsabilidad solidaria del colegio demandado.

Cuarto: Por Diligencia de 19 de junio de 2008 el actor toma posesión como personal laboral indefinido no fijo en la Delegación de Innovación e Industria de La Coruña.



Quinto: Por Diligencia de readscripción derivada de la modificación de puesto de trabajo en virtud de la RPT de fecha 16 de abril de 2010 (DOGA 27 de abril de 2010) se asigna al actor el puesto de trabajo con código: " NUM000 " con vinculo jurídico según la RPT de "funcionario" figurando como observación: "OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

Sexto: Interpuesta, entre otros por el actor, demanda solicitando no ser conforme a derecho el Acuerdo de 15 de abril de 2010 del Consello de la Xunta de Galicia publicado en el DOGA de 27 de abril de 2010 por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Galicia de 19 de junio de 2013, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, se desestima el recurso interpuesto.

Séptimo: Por Orden de la Consellería de Facenca de 10 de diciembre de 2013 (DOGA 11 de diciembre de 2013) se convoca para la elección de destino definitivo a los aspirante que superaron el proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, escala de ingenieros industriales, convocado por Orden de 26 de diciembre de 2005.

Octavo: Por Diligencia de 20 de febrero de 2014 se procede a cesar al actor en el puesto de trabajo con código "IN. NUM000 " figurando como axusa de cese: "INCOPORACIÓN DO TITULAR AO POSTO", en virtud de la "ORDEN DO 29/1/2014 POLA QUE SE ADXUDICA DESTINO DEFINITIVO AOS FUNCIONARIOS QUE SUPERARON O PROCESO SELECTIVO AO INGRESO NO CORPO FACULTATIVO ESCALA DE EXEÑEIROS INDUSTRIAS DA X.G. (DOG N° 32 DO 17/2/2014..." Dicha diligencia es firmada por el actor como no conforme.

Noveno: El puesto de trabajo con código NUM000 es adjudicado a D. Ramón .

Décimo: El 24 de abril de 2013 el actor formula demanda en reclamación de cantidad frente a la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

Undécimo: El 14 de febrero de 2014 el actor formula demanda ante los Juzgado de La Coruña solicitando se declare que Ostenta la condición de personal laboral indefinido, que tiene derecho a ocupar puesto de personal laboral, que la plaza que ocupa se encuentra reservada al correspondiente proceso de consolidación, con condena a la demandada a convocar el correspondiente proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal.

Duodécimo: No consta que el actor sea o haya sido representante de los trabajadores en la empresa.

Decimotercero: Se ha agotado la vía administrativa previa».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima la demanda formulada por D. Bernardino frente a CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA de la XUNTA DE GALICIA, D. Ramón con intervención del Ministerio Fiscal por inexistencia de despido, absolviendo a la primera de las pretensiones de condena frente a ella ejercitadas».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Bernardino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 14 de abril de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Estimamos el recurso de suplicación formulado por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en nombre y representación de D. Bernardino , contra la sentencia de fecha veintitrés de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social Cuatro de A Coruña, en el procedimiento 435/14, sobre despido, contra la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA - XUNTA DE GALICIA; declaramos la nulidad del despido condenando a la citada demandada a la inmediata readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir».

TERCERO.- Por la representación de la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 2 de junio de 2015. Se aporta como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 6 de marzo de 2014 (R. 2851/2013) y 21 de marzo de 2014 (R. 4475/2013).

CUARTO.- Con fecha 12 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La Xunta de Galicia ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de abril de 2014, recaída en el recurso nº 5100/2014. Dicha sentencia, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandante declara la nulidad de la decisión extintiva llevada a cabo por la Xunta. Los hechos básicos que a los presentes efectos casacionales que evidencien la contradicción resultan relevantes son los siguientes: 1) El actor, Sr. Bernardino, ingeniero industrial comenzó a prestar servicios para la Xunta de Galicia el 24 de marzo de 2003, de manera indirecta. 2) En 2008 tras la correspondiente demanda, el Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del TSJ de Galicia declararon que el actor había sido objeto de cesión entre el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Galicia y la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, declarándose la nulidad de su despido. 3) Ello provocó que el actor tomase posesión como personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia. 4) En 2010, el actor fue readscrito a un puesto de trabajo que según la correspondiente RTP era un puesto de funcionario. 5) El 24 de abril de 2013 el actor formula demanda en reclamación de cantidad frente a la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia. 6) El 14 de febrero de 2014 el actor formuló demanda ante el Juzgado de La Coruña solicitando se declarase que ostenta la condición de personal laboral indefinido y que tiene derecho a ocupar plaza de personal laboral ya que la que ocupa es de funcionario y se encuentra adscrita a proceso de consolidación. También solicitó se condenase a la Xunta a convocar proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal. 7) Por Diligencia de 20 de febrero de 2014 se procede a cesar al actor en el puesto de trabajo figurando como causa del cese "Incorporación del titular al puesto".

Sobre estos presupuestos de hecho, revocando la sentencia de instancia, la Sala gallega declaró que el cese debía calificarse como despido, pues el hecho de que se hubiese amortizado la plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrito el actor, no permitía apreciar la existencia de una causa ilícita subsumible en el artículo 49.1.b) ET. Calificando el despido como nulo, no sólo porque la empleadora debió acudir a los trámites del despido colectivo, sino también porque se había vulnerado la garantía de indemnidad.

2.- La Administración demandada, disconforme con la sentencia relatada, formula el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina que articula en tres motivos o puntos de contradicción. El primero en relación a la posibilidad y regularidad de la posibilidad de adscribir a un trabajador indefinido no fijo, sujeto al régimen laboral, a una plaza de funcionario público y, consecuentemente, la licitud del cese del trabajador laboral por adjudicación de la plaza funcionarial. El segundo en relación a la inaplicabilidad al actor de las disposiciones relativas a los procesos de consolidación del empleo previstas en la Disposición Transitoria Décima del V Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta, en relación con la Disposición Transitoria 14ª del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia. Por último, el tercero de los motivos se refiere a la inexistencia de represalia y, consecuentemente, la inexistencia de vulneración de la garantía de indemnidad.

3.- Para los motivos primero y tercero propone la recurrente la misma sentencia de contraste: la dictada por la misma Sala de lo Social de Galicia de 6 de marzo de 2014 (rec. 2851/2013). En esta sentencia resultan relevantes las siguientes circunstancias: 1) La actora venía prestando servicios como veterinaria como personal laboral indefinido no fijo para la Xunta de Galicia. 2) Venía ocupando una plaza reservada, según la RPT, a funcionario público. 3) En 2009, la Sala de lo Social de Galicia había dictado una sentencia en la que declaró que el despido de la actora era nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. 4) Dicha plaza fue cubierta definitivamente por personal funcionario a quien se le adjudicó la plaza tras superar el correspondiente proceso selectivo para ingresar en el cuerpo facultativo superior -escala de veterinarios- de la Xunta de Galicia. 5) La actora fue cesada cuando el nuevo titular de la plaza tomó posesión, siendo la causa del cese la incorporación del titular de la plaza. 6) Con fecha 13 de marzo de 2013, la actora había obtenido una sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense en la que se declaró que tenía derecho a ocupar una plaza de personal laboral, reservada para el proceso selectivo correspondiente de consolidación, teniendo por tanto derecho a ser adscrita a una plaza de personal laboral.

Tanto el Juzgado de instancia como la Sala de lo Social concluyen que no ha existido despido y si un cese lícito del contrato de trabajo pues es legal y correcto el citado cese derivado de la definitiva cobertura del puesto de trabajo que ocupaba la actora tras el correspondiente proceso de selección. Igualmente la sentencia desestima que se hubiera producido una vulneración de la garantía de indemnidad por parte de la Xunta con el cese de la actora, pues si bien han quedado acreditados indicios de la posible vulneración, la parte demandada ha destruido los mismos puesto que ha acreditado que el cese era legítimo y no existía derecho de la actora a ser asignada a otro puesto de trabajo.

Concorre, para ambos motivos, la contradicción exigida en el artículo 219 LRJS puesto que, en ambos casos, nos encontramos con trabajadores de la Junta de Galicia que fueron declarados indefinidos no fijos de la



Administración en virtud de resolución judicial. Los respectivos actores fueron adscritos, con posterioridad a la declaración de laboralidad a una plaza que según la RTP estaba reservada a funcionarios públicos, siendo cesados por la provisión de la plaza que ocupaban por funcionarios públicos de nuevo ingreso que la obtuvieron tras el correspondiente proceso selectivo. A pesar de ello, ante la reclamación contra la decisión extintiva de los actores, las respuestas judiciales han sido absolutamente dispares. Así, la sentencia recurrida entiende que el cese constituye despido porque no puede calificarse de ajustado a derecho la extinción del contrato de la actora por ocupación reglamentaria de la plaza funcional a la que estaba indebidamente adscrita. Por el contrario, la sentencia referencial alcanza una solución diametralmente opuesta al considerar que, ocupando la actora un puesto de trabajo reservado a funcionario público, es legal que el mismo sea cubierto definitivamente por personal funcionario y, habiendo ocurrido tal circunstancia, se está en presencia de un cese derivado de la definitiva cobertura del puesto de trabajo que ocupaba la actora, cese que se considera lícito y que no constituye despido.

Por otro lado, por lo que se refiere al tercer motivo del recurso, la contradicción entre ambas sentencias también es patente habida cuenta de que en ambas se contempla la situación de un trabajador indefinido no fijo que, tras obtener por sentencia judicial, el reconocimiento de tal situación es asignado por la misma administración demandada para ocupar un puesto reservado a funcionarios, circunstancia que es combatida por los respectivos actores judicialmente. Posteriormente la Xunta les cesa, amparándose en la cobertura de la plaza por un funcionario. Ante tales identidades fácticas, ambas sentencias consideran que existe un panorama indiciario de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad y que, por ello, corresponde a la administración demandada probar suficientemente que la decisión extintiva era objetiva y razonable; pero la sentencia recurrida considera que al ser el cese ilícito no existe proporcionalidad en la actuación de la administración no siendo el cese objetivo y razonable, mientras que la de contraste entiende que la acreditación de que el cese obedece a la cobertura de la plaza por personal funcionario, tal circunstancia enerva y excluye, dejando sin efecto, el panorama indiciario. Por ello, la sentencia recurrida califica con la nulidad el despido, lo que niega expresamente la sentencia referencial.

4.- Respecto al segundo de los motivos del recurso, relacionado con la aplicabilidad o no a la actora de las disposiciones relativas a la consolidación de empleo previstas en la Disposición Transitoria 10ª del V Convenio Colectivo general único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, se propone como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de marzo de 2014 (rec. 4475/13, en la que se contempla un supuesto de amortización de la plaza de una titulada superior que prestaba servicios desde 2002 para la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Xunta de Galicia y que, últimamente, venía ocupando una plaza reservada para funcionarios públicos, siendo la actora personal laboral indefinido no fijo, situación que le fue reconocida por sentencia del Juzgado de lo Social que, a su vez, declaró que la demandante tenía derecho a la ocupación de una plaza de personal laboral, reservada para el proceso selectivo correspondiente de consolidación, teniendo derecho, por tanto a ser adscrita a una plaza de personal laboral.

La contradicción entre ambas sentencias también resulta evidente pues la situación fáctica de ambas demandantes resulta prácticamente idénticas al tratarse de dos demandantes que tienen reconocido por sentencia la condición de personal laboral indefinido no fijo y que también tenían reconocido el derecho a ocupar una plaza de personal laboral, ocupando, en cambio, una plaza reservada a personal funcionario. A ambas se les extingue su relación por ocupación reglamentaria de la plaza que ocupaban indebidamente. Y en ambas sentencias se discute la regularidad del cese en relación al derecho de los actores a participar en un proceso de consolidación de empleo previsto en la DT 10ª del V Convenio General único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia.

Y así, mientras la sentencia recurrida establece que en tal caso, no cabe hablar ni de cobertura reglamentaria de la plaza ni de amortización de la misma, ya que el vínculo laboral continua subsistente al tratarse una plaza de funcionario que se amortiza y que la trabajadora ocupaba indebidamente, máxime cuando la demandante reaccionó frente a dicha adscripción y obtuvo sentencia que declaró el derecho de la actora a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y su derecho a ser adscrita a una plaza de tales características. Además resulta de aplicación la DT 10ª del V Convenio General único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia que establece que aquel personal que tenga una antigüedad posterior al 30-6-1998 y anterior al 1-1-2005 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, o fuese contratado directamente por la Xunta de Galicia bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural, o aquel integrado por transferencia será objeto de un proceso de consolidación de empleo.

Por el contrario, la sentencia referencial entiende que la adscripción de la actora a una plaza de funcionaria no altera su condición de personal indefinido no fijo pues la actora sólo tiene derecho a que se cree la



plaza que ocupa pero no puede interferir en el modo en que esa plaza se configura, esto es, si debe ser cubierta por personal laboral o funcionario pues la RPT forma parte de las facultades organizativas de la Administración. Añade que Desde el momento en que es posterior a 17/9/2007, la sentencia que ha reconocido a la demandante la condición de personal laboral indefinido, la actora no cumple los requisitos previstos en la transitoria 10ª del V Convenio Colectivo único y, en consecuencia, la Administración no tiene la obligación de incluir en la relación de puestos de trabajo los puestos ocupados por aquélla de cara a un proceso de consolidación en el que ella no tiene derecho a intervenir.

SEGUNDO.- 1.- Respecto del primer motivo del recurso, la recurrente entiende que la sentencia que combate infringe los artículos 23,2 y 103.3 CE ; 49.1.b) ET, 9.2 y 70.1 EBPP , 27.2 y 10.1 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia , aprobada por el RDL 1/2008, de 13 de marzo, el artículo 3.1.c) de la Ley del Parlamento de Galicia 12/1992 y el artículo 4.2 RD 2720/1998 ; todo ello para sostener que el cese del actor fue válido en aplicación del artículo 49.1 b) y c) ET habida cuenta de que se produjo como consecuencia de la toma de posesión del aspirante que había obtenido la plaza. Igualmente entiende, tras justificar la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba el actor, que la sentencia recurrida limitó el poder de auto organización de la Administración recurrente y que la plaza, aunque funcional, podía ser cubierta por el actor; tal como estableció la sentencia de contraste.

2.- La cuestión controvertida, esto es, determinar si el cese del actor fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía ocupando a pesar de ser trabajador laboral de carácter fijo discontinuo puede o no calificarse como despido ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 7 de julio de 2015, rcud. 2598/2014 y de 9 de junio de 2016, rcud. 25/2015 , a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica. En la última de las sentencias citadas dijimos que «La Sala considera que el cese de la actora debe ser calificado como despido porque el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita la demandante, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET , para extinguir el vínculo laboral. Así, dice la sentencia que no cabe hablar de cobertura reglamentaria de la plaza ni de amortización, ya que el vínculo laboral continúa subsistente al tratarse de una plaza de funcionario que se amortiza y que la trabajadora ocupaba indebidamente, de forma que el cese de la trabajadora, por amortización, debe ser calificado como despido». Y ello con independencia de la forma del cese que no ha sido cuestionada en el presente procedimiento, pero que en las aludidas sentencias se recuerda que «Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]».

Según los hechos declarados probados, el trabajador tenía derecho a ocupar una plaza de personal laboral que, como se argumentará, estaba reservada para el proceso extraordinario de consolidación y tenía derecho a ser adscrito a una plaza en tales circunstancias; lo que implica que su extinción no puede entenderse sino como un incumplimiento del derecho derivado de aquella situación, lo que determina que la calificación adecuada para el cese producido sea la que la sentencia recurrida establece: la de despido. Lo que comporta, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del motivo.

TERCERO.- 1.- En el segundo de los motivos del recurso la representación legal de la Administración recurrente, en relación a la aplicabilidad o no a la actora de las disposiciones relativas a la consolidación de empleo previstas en la Disposición Transitoria 10ª del V Convenio Colectivo general único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, denuncia -aunque no de manera expresa- la aplicación que de tal Disposición Transitoria Convencional ha hecho la sentencia recurrida en relación a la Disposición Transitoria 14ª Ley de la Función Pública de Galicia , aprobada por el RDL 1/2008, de 13 de marzo, en relación a la doctrina contenida en la STS de 25 de marzo de 2015, rcud 2156/2014 . La única argumentación que, al respecto efectúa el recurso, es la transcripción de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Convencional y el fundamento jurídico segundo de la aludida sentencia.

2.- El motivo no puede prosperar puesto que ni la interpretación que sostiene la recurrente es la correcta ni la sentencia alegada contempla un supuesto que pudiera ser asimilable al que ahora nos ocupa y, lo que es más importante, no contiene interpretación diferente a la sostenida por la sentencia recurrida que esta Sala confirma.

En lo que aquí interesa, el último párrafo de la Disposición Transitoria 10ª del V Convenio General único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia dispone: «Para aquel personal que tenga una antigüedad posterior al 30-6-1998 y anterior al 1-1-2005 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, o fuese contratado directamente por la Xunta de Galicia bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural, o aquel integrado por transferencia será objeto de un proceso de consolidación de empleo según lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12



de abril, del Estatuto básico del empleado público y la disposición adicional decimoquinta de este convenio». La cuestión controvertida estriba en determinar si la situación del actor encaja o no en las previsiones citadas; y resulta obvio puesto que del transcrito párrafo se infiere que, a diferencia de lo que exige la primera parte de la disposición reseñada, los únicos requisitos que dan lugar a la aplicación del supuesto allí previsto son dos: por un lado que el interesado tenga a su favor una sentencia judicial que le reconozca su condición de indefinido no fijo; y, por otro, que tenga una antigüedad posterior al 30 de junio de 1998 y anterior al 1 de enero de 2005. Ambas condiciones las cumple el actor: la primera por cuanto que su condición de personal laboral indefinido no fijo fue establecida por sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña de fecha 19 de mayo de 2008, ratificada por la de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008, sentencia que es firme. La segunda deriva del hecho -constatado en el relato fáctico de la sentencia de instancia- de que la antigüedad del actor es del 4 de mayo de 2003, fecha comprendida en las condiciones fijadas en la referida Disposición Transitoria 10ª del Convenio.

Todo ello se inserta sin dificultad en la previsión contenida en la Disposición Adicional 14ª Ley de la Función Pública de Galicia, aprobada por el RDL 1/2008, de 13 de marzo -aplicable al caso por razones cronológicas- según la que: «Dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad y con el objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público en la Administración general de la Xunta de Galicia, la comunidad autónoma gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario para la sustitución de empleo interino o temporal por empleo fijo. ... El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que continúen, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria. Las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen».

Lo que comporta, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal la desestimación del motivo.

CUARTO.- 1.- Se formula con carácter subsidiario el último motivo del recurso de suerte que la recurrente plantea que para el caso de que la Sala inadmitiese los motivos anteriores -como así ha sido- el despido del actor debería declararse improcedente y no nulo. Fundamenta la afirmación en la ausencia de móvil vulnerador del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad pues en el cese del actor no ha habido represalia de clase alguna. De esta forma achaca a la sentencia recurrida aplicación errónea de la citada garantía y del artículo 24.1 CE. Señala la recurrente que difícilmente puede hablarse de represalia cuando la plaza que ocupaba el actor fue configurada en la RPT como funcionarial con antelación a las reclamaciones sobre salarios que interpuso el trabajador y cuando la convocatoria para su cobertura se produjo cuando el trabajador ya estaba prestando servicios para la demandada, siendo su reclamación posterior a la convocatoria de la plaza en cuestión.

2.- La Sala ha reiterado en diversas ocasiones su doctrina sobre la garantía de indemnidad [SSTS/IV 18-febrero-2008 (rcud. 1232/2007), 26-febrero-2008 (rcud 723/2007), 29-mayo-2009 (rcud 152/2008), 13-noviembre-2012 (rcud 3781/2011), 29-enero-2013 (rcud 349/12), 4-marzo-2013 (rcud 928/2012), 5-julio-2013 (rcud 1374/2012), 5-julio-2013 (rcud 1683/2012), 11-noviembre-2013 (rcud 3285/2012) y 14-mayo-2014 (rcud 1330/2013)] señalando que:

-El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (con apoyo en las SSTC 14/1993, de 18 de Enero; 125/2008, de 20 de Octubre y 92/2009, de 20 de Abril).

-De ello se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo según el art. 4.2 apartado g ET (SSTC 76/2010, de 19 de Octubre; 6/2011, de 14 de Febrero y 10/2011, de 28/Febrero, entre otras). Y asimismo se impone aclarar que tampoco es preciso que la medida de represalia tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

-En el ámbito de la tutela derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el artículo 181.2 LRJS al establecer que, en



el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

-A tales efectos se recuerda por Tribunal Constitucional que precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre ; 138/2006, de 8 de Mayo ; y 342/2006, de 11 de Diciembre entre otras).

-Para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que debe permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación o vulneración del derecho en cuestión (SSTC 92/2008, de 21 de Julio ; 125/2008, de 20 de Octubre y 2/2009, de 12 de enero).

-Presente la prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales en lo que constituye una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (SSTC 183/2007, de 10 de Septiembre ; 257/2007, de 17 de Diciembre ; 74/2008, de 23 de Junio ; 125/2008, de 20 de Octubre ; y 92/2009, de 20 de Abril .

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto aquí examinado conduce a la desestimación del recurso, tal como esta Sala en STS de 7 de julio de 2015, rcud. 2598/2014 , en un asunto sustancialmente igual al presente al que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho primero de esta resolución, ha tenido ocasión de pronunciarse, reseñando que: «no hay duda de que la actora fue cesada cuando tenía en trámite su demanda de reconocimiento de derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y a ser adscrita a una plaza de tales características, por lo que es claro que su cese ha podido producirse también como represalia frente a una actuación o actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos, máxime cuando, ya con anterioridad había obtenido otra sentencia declarando la nulidad de un despido precedente. En tales circunstancias, correspondía a la Xunta de Galicia acreditar que el cese fue ajeno a todo propósito de represalia o de lesión de un derecho fundamental, y esa prueba desvirtuadora de tales indicios no se ha producido, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento de la actora a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndola a una plaza de funcionario cuya amortización posterior se utiliza como cobertura para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme».

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida, acorde con la doctrina de esta Sala a la que se ha hecho referencia, lo que conduce a la desestimación del motivo y del recurso.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria), representado y asistido por el letrado de la Xunta de Galicia. 2) Confirmar la sentencia dictada 14 de abril de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 5100/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de La Coruña, de fecha 23 de septiembre de 2014 , recaída en autos núm. 435/2014, seguidos a instancia de D. Bernardino , contra Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria); D. Ramón ; y Ministerio Fiscal, sobre Despido. 3) Decretar la pérdida de consignaciones y depósitos efectuados para recurrir e imponer las costas a la recurrente

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 el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ