



Roj: **STSJ GAL 569/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:569**

Id Cendoj: **15030340012017100388**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2017**

Nº de Recurso: **4245/2016**

Nº de Resolución: **592/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA. BARRIO CALLE-BPB

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2015 0002908

RSU RECURSO SUPLICACION 0004245 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000955 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S: Visitacion Jesús María

RECURRIDO/S: CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA

FOGASA

FISCALIA COMUNIDAD AUTONOMA GALICIA

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A Coruña, a treinta de Enero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 4245/2016 interpuesto por DÑA. Visitacion contra la **sentencia** del JDO. DE LO SOCIAL nº 3 DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, siendo Ponente ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Dña. Visitacion en reclamación de Despido, siendo demandados la Consellería de Economía e Industria, el Fondo de Garantía Salarial y la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Galicia. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 955/15 sentencia con fecha 18 de julio de 2016 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda formulada.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que la actora ha venido prestando servicios para la demandada, como personal laboral y con la titulación de ingeniera industrial, percibiendo, en contraprestación, un salario mensual de 1.610,32 €, con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que, por sentencia de 13 de junio de 2.008, del Juzgado de lo Social número 2 de esta misma capital, se declaró nulo el despido de la demandante verificado con fecha de 31 de diciembre de 2.007, condenando a la Consellería de Innovación e Industria de la XUNTA DE GALICIA a readmitirla en el mismo puesto de trabajo y en idénticas condiciones a las que regían antes de su despido.

TERCERO. - Que, a virtud de la indicada sentencia, se le reconoció, a la demandante, la condición de personal laboral indefinido no fijo con antigüedad desde el 27 de junio de 2.006.

CUARTO.- Que, con fecha de 30 de junio de 2.008, la actora compareció en las dependencias de la demandada para prestar servicios en tal condición.

QUINTO.- Que la actora fue readscrita, por la demandada, a un puesto funcional de ingeniero de funciones facultativas -con el código de identificación NUM000 - si bien manteniendo la condición de personal laboral indefinido no fijo.

SEXTO.- Que, con fecha de 10 de febrero de 2.014, la actora presentó demanda en reclamación de derechos a un puesto de naturaleza laboral y consolidación de empleo que fue desestimada por sentencia de este mismo órgano jurisdiccional de 24 de septiembre de 2.015, frente a la que se interpuso recurso de suplicación con fecha de 23 de octubre del mismo año.

SÉPTIMO.- Que se comunicó, a la demandante, una diligencia fechada el 14 de octubre de 2.015 de cese en su puesto de trabajo como consecuencia de la toma de posesión del titular del puesto -que lo había obtenido tras la finalización de un proceso selectivo convocado por orden de 20 de junio de 2.013- sin que se le abonase, por tal circunstancia, indemnización de ninguna clase.

OCTAVO.- Que no existe constancia de que la actora ostente o haya ostentado la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical.

NOVENO.- Que se agotó convenientemente la vía administrativa previa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1º.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la actora frente a la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de su derecho al percibo de una indemnización de ocho días de salario por año de servicio, calculada sobre la base del salario y antigüedad que constan en el relato de hechos probados de esta misma resolución. 2º.- Que debo absolver y absuelvo al FOGASA de todos los pedimentos de la demanda."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la trabajadora el rechazo de su demanda en reclamación de despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo artículos 5.C) del CC, 138 OIT , 4.2.g), 55.5 y 56 ET y 24 CE ; y DT 4ª EBEP , DA 14ª LFPG y DA 10ª V CCÚPLXG; junto con diversa jurisprudencia que cita.

SEGUNDO.- Ninguna de las adiciones pretendidas se acoge, puesto que ambas resultan intrascendentes en relación al razonamiento que expresaremos en relación a la existencia de una causa espuria y al propio sobre la improcedencia del despido. Tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas, SSTS 12/12/06 -rco 21/06 -; 13/02/07 -rco 168/05 -; 11/10/07 -rco 22/07 -; 15/10/07 -rco 26/07 -; 20/07/07 -rco 76/06 -; 24/06/08 -rco 128/07 -; 30/06/08 -rco 138/07 -; y 08/07/08 -rco 126/07 -; y SSTSJ Galicia 07/12/16 R. 3795/16 , 09/12/16 R. 3861/16 , 31/19 / 16 R. 2542/16 , 20/10/16 R. 2280/16 , 13/10/16 R. 1539/16 , etc.), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos -controvertidos- que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y



resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22/01/98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose -incluso- la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11/12/97 Ar. 9313, 01/07/97 Ar. 6568, etc.).

TERCERO.- 1.- En cuanto al primero de los motivos (nulidad del despido), no compartimos los argumentos de la recurrente, puesto que no está de más recordar lo que hemos afirmado en ocasiones anteriores -sólo entre las más recientes, SSTSJ Galicia 03/07/15 R. 1410/15 , 21/04/15 R. 161/15 , 04/02/15 R. 4437/14 , 15/01/15 R. 3433/14 , 03/12/14 R. 3529/14 , etc.-, entre otras cosas, que «el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza» (SSTC 54/1995, de 24/Febrero, F. 3 ; 55/2004, de 19/Abril, F. 2 ; 87/2004, de 10/Mayo, F. 2 ; y 138/2006, de 08/Mayo , F. 5; y STS 06/10/05 -rcud 2736/04 -); así como que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 5.c) dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente (SSTC 14/1993, de 18/Enero, F. 2 ; y 54/1995, de 24/Febrero , F. 3; y STS 06/10/05 -rcud 2736/04 -).

En particular, nos hemos centrado en que *la prevalencia de los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de toda vulneración en el marco de amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba* (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre ; 47/1985 ; 38/1986 ; 114/1989 ; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3 ; 266/1993 ; 180/1994 ; 136/1996, de 23/Julio ; 20/1997, de 06/Mayo ; 29/2002, de 11/Febrero ; 30/2002 ; 66/2002, de 21/Marzo, F. 3, 4 y 5; 87/2004, de 10/Mayo, F. 2 ; 144/2005, de 06/Junio, F. 3 ; 171/2005, de 20/Junio, F. 3 ; 326/2005, de 12/Diciembre, F. 6 ; y 138/2006, de 8/Mayo , F. 5); y también, en la misma línea, que «[...] la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. [...] 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 arts. 96 y 179.2 LPL (SSTC 29/2002, de 11/Febrero, F. 3 ; y 168/2006, de 05/Junio , F. 5). «Necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador» (SSTC 29/2002, de 11/Febrero, F. 3 ; y 168/2006, de 05/Junio , F. 4).

De ahí que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 4 ; 21/1992, de 14/Febrero, F. 3 ; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2 ; 90/1997, de 06/Mayo, F. 5 ; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3 ; 84/2002, de 22/Abril, F. 3, 4 y 5; 114/2002, de 20/Mayo ; 05/2003, de 20/Enero, F. 6 ; 38/2005, de 28/Febrero, F. 3 ; 342/2006, de 11/Diciembre, F. 4 ; y 74/2008, de 23/Junio F. 2).

3.- Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20/Septiembre , F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» (SSTC 114/1989, de 22/Junio, F. 5 ; 85/1995, de 06/Junio, F. 4 ; 144/2005, de 06/Junio, F. 3 ; y 171/2005, de 20/Junio , F. 3), 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» (STC 207/2001, de 22/Octubre , F. 5) 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 por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3 ; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3 ; 17/2003, de 30/Enero, F. 3 ; 98/2003, de 02/Junio, F. 2 ; 188/2004, de 02/Noviembre, F. 4 ; 38/2005, de 28/Febrero, F. 3 ; 175/2005, de 04/Julio, F. 4 ; 326/2005, de 12/Diciembre, F. 6 ; 138/2006, de 08/Mayo, F. 5 ; 168/2006, de 05/Junio, F. 4 ; 342/2006, de 11/Diciembre, F. 4 ; y 74/2008, de 23/Junio F. 2).

Además, ese indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 21/1992, de 14/Febrero, F. 3 ; 266/1993, de 20/Septiembre, F. 2 ;



87/1998, de 21/Abril ; 293/1993, de 18/Octubre ; 140/1999, de 22/Julio ; 29/2000, de 31/Enero ; 308/2000, de 18/Diciembre, F. 3 ; 136/2001, de 18/Junio ; 142/2001, de 18/Junio, F. 5 ; 207/2001, de 22/Octubre ; 214/2001, de 29/Octubre ; 14/2002, de 28/Enero, F. 4 ; 29/2002, de 11/Febrero, F. 5 ; 30/2002, de 11/Febrero, F. 5 ; 41/2002, de 25/Febrero, F. 3 ; 48/2002, de 25/Febrero F. 5 ; 84/2002, de 22/Abril F. 3, 4 y 5 ; 5/2003, de 20/Enero ; 617/2003, de 30/Enero ; 151/2004, de 20/Septiembre ; y 326/2005, de 12/Diciembre , F. 6). Y «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, dicho en otras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado» (ATC 89/2000, de 21/Marzo ; y SSTC 17/2003, de 30/Enero ; y 151/2004, de 20/Septiembre). No obstante, el indicio ha de ser acreditado por hechos indicativos de la probabilidad de la lesión o la razonable hipótesis de ella, pero no simples alegaciones retóricas (SSTC 111/2003, de 16/Junio, F. 4 ; 79/2004, de 5/Mayo, F. 3 ; y 168/2006, de 05/Junio , F. 6).

4.- Pues bien, en este asunto, no apreciamos que concurra ese indicio o prueba verosímil de la que habla la jurisprudencia (STC 74/2008, de 23/Junio F. 2), habida cuenta que, por una parte, la actora no impugnó la asignación de puesto que se le hizo por la XG en ejecución de la Sentencia que le reconocía su condición de trabajadora indefinida no fija, pese a que la plaza a la que se ha readmitido es de funcionario y en proceso de concurso, aunque -con posterioridad- presentó una demanda -desestimada judicialmente- pretendiéndolo; y, por otra parte, es perfectamente válido dicha asignación, puesto que ello se engloba en las capacidades autoorganizativas de la Administración. Recordábamos en alguna ocasión (SSTSJ Galicia 03/07/15 R. 1410/15 y 14/05/15 R. 2402/13) que la STS 04/12/14 -rcud 144/14 -, que casa otra dictada por esta misma Sala -y Sección-, ha proclamado -la cursiva es nuestra-: « *no es lógico que la empleadora no pueda modificar las condiciones del contrato por los procedimientos legales y reglamentarios de los trabajadores readmitidos y especialmente de los que adquieren la condición de indefinidos no fijos* , cuando por esos procedimientos se pueden modificar las condiciones de trabajo de cualquier trabajador fijo de la empresa, por cuanto, ejecutada la sentencia en sus propios términos, el trabajador readmitido queda equiparado a los demás y no puede pretender en el futuro una mejor condición que los demás, cual sería quedar excluido de una modificación colectiva de las condiciones del contrato (vía art. 41 del E.T .) o de un despido colectivo o individual (vía artículos 51 , 52 y 54 del E.T .) so pretexto de la sentencia firme que ganó tiempo atrás, máxime cuando ha transcurrido el plazo de veinte días que la norma (artículos 278 , 279 , 283 , 287, números 2 y 3 y demás concordantes de la L.J .S.) establece para pedir la correcta readmisión, lo que hace que por ley prescriba el derecho a pedir la correcta readmisión. *Estas disposiciones muestran que, producida la readmisión en sus justos términos los efectos de la cosa juzgada no se perpetúan, ni son oponibles frente a hechos y actos posteriores, lo que no deja indefenso al trabajador que puede accionar contra esas decisiones por el procedimiento ordinario [...]* Conforme a lo expuesto, *la R.P.T., aprobada por el Consello de la Xunta de Galicia, que, tras la ejecución de la sentencia y en uso de las facultades organizativas que tiene en virtud del E.T. (artículos 1 , 20 y demás concordantes) y del E.B.E.P. (artículos 74 y siguientes), debe producir sus efectos como hecho posterior y nuevo, mientras no sea anulada en el proceso oportuno, máxime cuando no modificó las condiciones laborales de la actora, sino el nomen de su puesto de trabajo y su adscripción al colectivo funcional .* Con ello, quedan fuera del debate las cuestiones relativas a la normativa legal o convencional aplicable, así como, también, las referentes a la conservación por la actora de los derechos a la promoción interna y a la consolidación de empleo, derechos que podrá ejercitar en el procedimiento ordinario adecuado cuando sean violados, sin que pueda pretender su protección "ad cautelam" por vía de un incidente de ejecución que no es el procedimiento adecuado para dejar sin efecto una R.P.T., ni para que, cautelarmente, se declaren derechos que no se han puesto en duda». Estas afirmaciones comportan que la actora no tiene derecho a que se le asigne un puesto de trabajo en la RPT determinado, ni que no sea funcional, ya que ello deriva de las capacidades de autoorganización de la XG, sin que pueda esgrimirse como protección «ad cautelam» -de futuro- por si dicho puesto se ve cubierto por un funcionario tras la correspondiente oposición, sino que -en su caso- habría que ejercitar las acciones que se derivasen de esa situación una vez producida. Que es la situación presente, pero que no implica una intención represaliante. Por ello mismo, tampoco puede entenderse la existencia de un despido nulo, dado que dicha asignación fue válida; sin que se pueda compartir la argumentación planteada de que la asignación en el año 2008 se hizo para -siete años después- sacar a concurso dicha plaza y cubrirla, cuando consta en la fundamentación jurídica y con pleno valor de hecho probado (SSTS -entre tantas precedentes- 15/11/06 -rcud 2764/05 -; 27/02/08 -rcud 2716/06 -; 26/06/08 -rco 18/07 -; 18/07/08 -rcud 437/07 - 12/05/09 -rcud 2153/07 -; y 21/10/10 -rco 208/09 -; y, entre muchas, SSTSJ Galicia 31/05/16



3950/15, 15/11/15 R. 3616/15, 16/10/15 R. 1753/14, 15/10/15 R. 3165/15, 14/10/15 R. 2188/14, etc.) que se sacaron a concurso la totalidad de las plazas. Se rechaza este argumento.

CUARTO.- 1.- La segunda cuestión es si dicho cese es un despido improcedente y nuestra respuesta es negativa, ya que no nos encontramos ante un despido, sino ante un simple cese, a la vista de la actual línea jurisprudencial (SSTS 07/11/16 -rcud 755/15 -; 04/02/16 -rcud 2638/14 -; 06/10/15 -rcud 2592/14 -; 15/06/15 -rcud 2924/14 -;...), que nos obliga a enmendar nuestra inicial doctrina (para todas, SSTSJ Galicia 03/07/15 R. 1410/15 y 04/02/15 R. 4437/14) en la que equiparábamos la cobertura de una plaza de funcionario ocupada por un trabajador indefinido no fijo con la amortización de esa misma plaza, en el sentido de que la amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo, o por un trabajador con contrato de interinidad por vacante, no acarrea la extinción de los contratos, sino que es preciso seguir los cauces establecidos en los artículos 51 o 52 c) ET , según las circunstancias concurrentes. En este aspecto, hemos de partir de que -es evidente y lo que acabamos de indicar- cabe la posibilidad de que personal, con la condición de laboral, ocupe plaza de funcionario, como ocurre con aquel personal laboral que, como personal laboral fijo o indefinido, no fijo, ocupa puesto de trabajo reservado a funcionario público, cuestión que aparece resuelta por el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1/2008 , que establece: «1. Es personal laboral aquel que, en virtud de contrato de naturaleza laboral, que se deberá formalizar, en todo caso, por escrito, ocupe puestos de trabajo destinados a personal de esta naturaleza o bien, con carácter excepcional, puestos reservados a personal funcionario». Es decir, en supuestos de transformación de los puestos de trabajo antes reservados a personal laboral, a puestos de trabajo a cubrir por personal funcionario, los mismos pueden continuar cubiertos por personal laboral. En consecuencia, como ya señalábamos en diversas ocasiones (para todas, SSTSJ Galicia 03/07/15 R. 1410/15 y 24/02/15 R. 2659/14), es legalmente posible que el puesto de trabajo que la actora ocupaba de laboral, pase a ser funcional, *sin que ello suponga, la transformación de la relación que la ejecutante tenía con la XG de laboral indefinida, no fija, en funcional interina* , pues la actora ha conservado en todo momento su condición de personal laboral, sin que ello signifique vulneración alguna de lo establecido en el V CCÚPLXG, ya que, en su DA Décimo octava establece que «[e]l personal laboral con independencia de que ocupe un puesto de funcionario tendrá todos los derechos que recoge este convenio», con lo que las partes negociadoras ya tuvieron en cuenta que se podían dar situaciones como la aquí discutida.

Sin embargo, en palabras del TS «[e]n la STS/4ª/Pleno de 24 junio 2014 (rcud. 217/2013) nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4ª de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET , de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa.

[...] En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET , y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos.

El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato". Y añade que "A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación". La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación.

[...] La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de



28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público» (SSTS 07/11/16 -rcud 755/15-).

En definitiva, «los contratos del personal indefinido no fijo, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá. Por ello, si esa terminación se produce por una circunstancia distinta a la cobertura de la vacante como es la amortización de la plaza, estaremos en presencia de una terminación irregular, salvo que se lleve a cabo por los cauces de extinción de la relación de trabajo de conformidad con la referida Disposición Adicional vigésima ET y por las causas previstas en el párrafo segundo, cuando se trata de Administraciones Públicas en sentido estricto, como era allí el caso [...] en el supuesto de autos, se ha llevado a cabo un proceso reglamentario con respeto de los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que ha conducido al nombramiento para la plaza ocupada por el actor de la persona que ha superado esas pruebas y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, precisamente por una causa, que era la que válidamente podía producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET» (STS 04/02/16 -rcud 2638/14).

2.- Sin que pueda oponerse frente a esta conclusión que la plaza hubiese sido creada antes de 2005, porque lo determinante a los fines de la DT Décima del V CCÚPLXG es la antigüedad de la trabajadora (2006) y no de la plaza ocupada, tal y como resulta directamente de la lectura de dicha DT. En todo caso y aunque no se ha solicitado, se ha producido -como ya advertíamos en nuestra STSJG 30/11/16 R. 3277/16, durante la tramitación del recurso, «una circunstancia relevante, en cuanto a la indemnización por fin de contrato temporal establecida en el artículo 49.c) ET, cual es la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/09/16, asunto C-596/14, De **Diego Porras**, y ante la posible alegación de incongruencia, al no estar nada solicitado al respecto ni en demanda ni en el recurso formulado, consideramos que dicha incongruencia no existe, siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2013, luego seguida por otras, en la que, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: "...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización... es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia..."; ya que: "...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual..."; en consecuencia: "...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET ..."».

2.- La STJUE de 14/09/16, C-596/14, asunto De **Diego Porras**, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada [artículos 49.1c), 53.1.b) y 15.1 ET] es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año. Este criterio se ha seguido por los distintos TSJ; y así: (a) STSJ Madrid 05/10/16 R. 246/14, que señala que «[a]sí pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto



de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Y (b) SSTSJ País Vasco 18/10/16 R. 1690/16 y 15/11/16 R. 1990/16, que concluyen: «Conocida la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14.9.2016 (C-596/14) en la que, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada (arts.49.1c , 53.1b) y 15.1 ET) es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año, debemos completar la válida extinción del contrato del actor recogida en los fundamentos anteriores con el abono de dicha indemnización. Por ello, sin que la extinción del contrato de interinidad conlleve el percibo de indemnización alguna (art. 49.1.c del ET), procede reconocer al demandante en virtud de lo dispuesto por el TJUE una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b del ET), que habrá de ser calculada, por tratarse de una indemnización derivada de la extinción de un contrato y no de un despido, atendiendo al tiempo de su duración».

La cuestión es si esa doctrina puede extenderse, por la eficacia vertical de la Directiva 1999/70/CE, a un supuesto como el presente, manifestándose como primera dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que *quien pide lo más, pide lo menos*; y ello, es aplicable sin duda en el campo laboral (para todas, STS 31/10/03 -rcud 17/02 -). Es decir, quien reivindica una indemnización de 45 ó 33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica (20 días). De ahí la jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente (SSTS 14/10/13 -rcud 68/13 -; 24/06/14 -rcud 217/13 -; y 06/10/15 -rcud 2592/14 -). La segunda dificultad, también cómodamente superable, es la relativa a que la STSJU citada se refiere a personal interino y aquí a un indefinido no fijo de la Administración pública (la Xunta de Galicia), pero que se ha equiparado por el TS en cuanto a las consecuencias derivadas de la cobertura de su plaza, porque ocupa una de funcionario, con lo que las diferencias entre una y otra figura se diluyen y nos inclinan a adoptar la misma solución en uno y otro caso, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, dado que los supuestos de hecho en una y otro caso son equiparables.

3.- Siendo de aplicación directa la Directiva, no existiendo incongruencia y concurriendo una igualdad de causa entre un interino que ocupa una plaza cubierta reglamentariamente y un indefinido no fijo judicialmente declarado, cuya plaza también se ve cubierta, la solución adoptada por el Tribunal europeo también ha de serlo; y es -por ello- que a la Sra. Visitacion le ha de corresponder la misma indemnización por finalización de su contrato indefinido como si de un despido objetivo se tratase, que sería la aplicable para el caso de amortización de la plaza que ocupa.

QUINTO.- Como corolario a la anterior estimación, se acoge en parte la censura jurídica y se condena a la XG a que le abone una indemnización de 9.882,13€; obtenida con unos parámetros de antigüedad 27/06/06, fecha de extinción 14/10/15 y módulo salarial diario de 52,94€, sin perjuicio de deducir las cantidades que haya percibido por dicho cese. En cuanto a dicho aspecto, es una consolidada jurisprudencia del TS (SSTS 27/10/05 -rcud 2513/04 -; y 30/06/08 -rcud 2639/07 -) el considerar que el salario regulador de la indemnización por despido improcedente ha de calcularse dividiendo el salario anual entre 365 días, y luego multiplicarlo por 45 [ó 33 ó 20, según el caso] días por año trabajado (computando los restos inferiores al mes como si de un mes completo se tratase [SSTS 31/10/07 -rcud 4181/06 - y 12/11/07 -rcud 3906/06 -]). En consecuencia

FALLAMOS

Que con estimación en parte del recurso que ha sido interpuesto por doña Visitacion, revocamos la sentencia que con fecha 28/07/16 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Santiago de Compostela, y acogiendo la demanda declaramos el derecho de la actora a percibir por su cese



una indemnización -s. e. u o.- de NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS Y TRECE CÉNTIMOS (9.882,13€).

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.