



Roj: **STSJ GAL 3375/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:3375**

Id Cendoj: **15030340012017102379**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2017**

Nº de Recurso: **717/2017**

Nº de Resolución: **2648/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 **Fax:** 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0005625 Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000717 /2017 PM

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001106 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Camilo

ABOGADO/A: JESUS MANUEL PASANDIN GARCIA

RECURRIDO/S D/ña: CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, Edmundo

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a diez de mayo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 717/2017, formalizado por Camilo , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 1106/2015, seguidos a instancia de Camilo frente a CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, Edmundo , siendo Magistrado-Ponente el/ la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.



De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Camilo presentó demanda contra CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, Edmundo , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha trece de julio de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Camilo viene prestando sus servicios para la XUNTA DE GALICIA desde el 15-9-02 con la categoría profesional de ingeniero industrial como personal laboral indefinido no fijo y percibiendo un salario mensual de 2.062,61 euros sin inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La antigüedad del actor fue declarada por sentencia del JS nº 2 de Santiago de Compostela de fecha 2-5-08, confirmada por STSJG de fecha 30-3-09 . TERCERO.- Por diligencia de 10-6-08 el actor toma posesión como personal laboral indefinido no fijo en la Conselleria de Innovación. Por diligencia de readscripción derivada de la modificación de la RPT de abril de 2010 se asigna al actor el puesto de trabajo código: ... NUM000 , puesto para funcionario, figurando "ocupado por personal laboral indefinido no fijo.". CUARTO.- Por Órdenes de 20-6-13 se convoca concurso sobre proceso selectivo de consolidación de empleo. Por Orden de 17-9-15 se convoca para elección de destino definitivo a los aspirantes que superaron los procesos selectivos ordinario y extraordinario de consolidación, siendo elegida la plaza del actor, que finalmente resultó adjudicada a Edmundo . El actor participó en dicho proceso selectivo de consolidación, no resultando aprobado. QUINTO.- Por diligencia de 14-10-15 se procede a cesar al actor por incorporación del titular del puesto. SEXTO.- El actor interpuso demanda el 9-10-13 sobre reconocimiento de derecho, dictándose sentencia por el JS nº 3 de Santiago de Compostela de fecha 19-2-15, la cual consta en autos (Anexo VI documentos de demanda) y se tiene aquí por reproducida, desestimándose la demanda del actor. Dicha sentencia fue confirmada por la STSJ Galicia de fecha 29-2-16 . SEPTIMO.- El actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra la RTP de abril 2010, dictándose sentencia por el JCA nº 2 de Santiago de Compostela de fecha 26-6-13, desestimando su petición. OCTAVO.- El actor es miembro del comité de empresa. NOVENO.- Se interpuso reclamación previa el día 2010-15, siendo desestimada por resolución de 9-11-15. Se presentó demanda el día 25-11-15.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Camilo contra la XUNTA DE GALICIA y Edmundo , absolviendo a los demandados de los pedimentos de la misma.

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 el actor la Sentencia desestimatoria de su demanda, solicitando -vía artículo 193.a) LJS- la reposición de las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión (artículo 218 LEC en relación con el artículo 24 CE), la alteración -a través del artículo 193.b) LJS- del relato histórico y denunciando -por el cauce del artículo 193.c) LJS- la infracción de las Directivas 98/59CE y cláusulas 4.1 y 5.1 1999/70/CE, y diversa jurisprudencia; Directiva 98/59/CE y artículo 51 ET ; Disposición Transitoria Décima del V CCÚPLXG , DT Décimo cuarta y artículo 7 Ley autonómica 1/2012 ; artículos 24 y 28 CE .

SEGUNDO.- 1.- Comenzando por el motivo de nulidad, que entraña -en su argumentación- una incongruencia omisiva por no haberse pronunciado la Sentencia de Instancia sobre dos pretensiones deducidas válidamente por el actor; a saber, liquidación de cantidades y abono de una hipotética indemnización; no compartimos dicha argumentación en ninguna de sus facetas.

2.- En todo caso, como hemos recordado anteriormente (para todas, SSTSJ Galicia 27/09/2016 R. 1918/16 , 31/05/16 R. 3950/15 , 19/02/16 R. 5019/15 , 12/06/15 R. 138/14 , 07/05/15 R. 446/15 , 05/02/15 R. 365/13 , etc.) la congruencia ha de darse entre la sentencia y las pretensiones de las partes, sin que sea preciso que se dé contestación a las argumentaciones con que la partes tratan de fundamentar sus pretensiones (STS 12/11/02 -rcud 1293/01 -). Y, además, la exigencia del artículo 218 LEC de que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate y de que sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, no implica un ajuste literal a las pretensiones, dada la potestad judicial para aplicar la norma correcta, lo que supone el deber judicial de dar respuesta adecuada y congruente con respecto a los hechos que determinen la «causa petendi», de tal modo que sólo ellos, junto con



la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo (STC 142/1987 ; y STS 25/04/06 -rcud 147/05 -). La doctrina constitucional relativa a la incongruencia por omisión admite una respuesta genérica a las pretensiones de las partes, aunque no se pronuncie sobre «todas las alegaciones concretas», o no se pronuncie «sobre las alegaciones concretas no sustanciales» realizadas, e incluso admite una falta de respuesta, siempre que el silencio judicial pueda razonablemente ser entendido como una «desestimación tácita» (SSTC 04/1994 ; 91/1995 ; 56/1996 ; 58/1996 ; 85/1996 ; 26/1997 ; y 39/2003, de 27/Febrero), porque «cabe una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (SSTC 124/2000, 16/Mayo ; 186/2002, 14/Octubre ; 6/2003, 20/Enero ; y 218/2003, 15/Diciembre), para lo que «es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 5/2001, de 15/Enero ; 237/2001, de 18/Diciembre ; 27/2002, de 11/Febrero ; y 218/2003, de 15/Diciembre), pues la exigencia de congruencia «no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo» (SSTC 182/2000, de 10/Julio ; y 218/2003, de 15/Diciembre). De hecho -y ya concretamente para el Recurso de Suplicación-, en la STC 68/1999 se da entrada al llamado «efecto útil del amparo», al vincularse la relevancia constitucional de tal omisión con su relevancia sobre el resultado final del proceso, es decir, se vincula a la exigencia de que la respuesta omitida, de haberse producido, podría haber alterado el fallo.

Aparte de que «las sentencias absolutorias o desestimatorias son congruentes por definición, ya que dan respuesta global a todas las cuestiones planteadas en el pleito respectivo [...] sin embargo no resulta aplicable cuando el examen de la resolución judicial muestra inequívocamente que ésta ha omitido determinados pronunciamientos con relevancia suficiente» (SSTC 169/1988 ; y 67/1993 ; y STS 15/12/04 Ar. 2005/2302).

En realidad, «hay que destacar dos notas esenciales para identificar esta infracción: por una parte que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma. Puede añadirse, por extensión, una tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales: la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada». Y añade que «en estas circunstancias la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE » (SSTC 53/1991, de 11/Marzo ; y 85/1996, de 21/Mayo ; y SSTS 13/05/98 -rcud 1439/97 - ; 08/11/06 -rco 135/05 - ; y 27/09/07 -rco 37/06 -).

3.- Y en el supuesto presente, si bien es cierto que no se da una respuesta expresa, sí se da tácita, porque se desestima la demanda y, con ella, todas las pretensiones, pero es más, por una parte, la parte parece olvidar algo obvio: la acción de despido no es acumulable con ningún otra y menos con reclamaciones salariales, con la única excepción de la liquidación de salarios del artículo 49.2 ET (artículo 26.3 LJS), que se refiere a la propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas; algo que aquí está ausente y que -desde luego- no es la vía para solicitarlo. Por ello, si lo que la parte pretendía fuese bien que el empresario emitiese dicho documento de liquidación, bien que abonase las cantidades que debería haber emitido, se estaría produciendo -lo que parece desconocer el recurrente con su planteamiento- una acumulación indebida de acciones, que habría de comportar la elección por una de ellas -artículo 27.1 LJS-, lo que ha solucionado el Magistrado de Instancia con buen criterio -y acudiendo a un principio de celeridad- estimando que sólo se ejercitaba la de despido (artículo 27.2 LJS). Por otra parte y sorprendentemente, la parte pretende -al menos en la forma en que se expresa- que el Magistrado en una Sentencia dictada en julio de 2016 aplicase una novísima doctrina de septiembre de 2016, como si pudiese adivinar cuál era la solución que la jurisprudencia comunitaria iba a adoptar, en contra de la tradicional del TS; y que, debido a ello, no se produce una revocación parcial de la demanda, sino una nulidad por vulnerar una DT inexistente en nuestro texto estatutario. Por la misma razón expresada en cuanto a la liquidación de haberes, el hecho de que se considerase ajustado a derecho la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, cuando es lícito atribuirlo a los indefinidos, determinaba su cese sin indemnización y, con ello, la desestimación de la demanda; sin perjuicio de lo que indicaremos en el Fundamento Jurídico Cuarto -abono de 20 días de salario por año trabajado al cesado-, pero que hasta marzo de 2017 no era cuestión pacífica entre los TSJ, porque se mantenían diversas líneas interpretativas (resueltas por la STS 28/03/17 -rcud 1664/15 -).

TERCERO.- Ninguna de las modificaciones fácticas se acogen:



(a) La primera (ordinales primero y cuarto), porque carecen de trascendencia a los fines del recurso, porque, 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 17/03/17 R. 4940/16 , 16/02/17 R. 4531/16 , 09/03/17 R. 4109/16 , 30/01/17 R. 4245/16 , 30/01/17 R. 4025/16 , 19/01/17 R. 3900/16 , 17/01/17 R. 1944/16 , 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.).

(b) La segunda (ordinal quinto), porque ha de calificarse como una mera cuestión de redacción o estilo, ajena a la finalidad de la Suplicación (valgan por todas, SSTSJ Galicia 19/04/17 R. 468/17 , 07/04/17 R. 13/17 , 23/03/17 R. 4724/16 , 16/03/17 R. 3932/16 , 09/03/17 R. 4058/16 , 21/02/16 R. 2695/16 , 03/02/17 R. 4640/16 , etc.), que carece de trascendencia, ya que en los propios ordinales de la Sentencia se describe sucintamente lo que intenta desgranarse por el recurrente. Y,

(c) La tercera y la cuarta (ordinales sexto y séptimo), puesto que las pruebas de confesión judicial y testifical carecen de toda virtualidad revisoria (STS 24/06/08 -rco 128/07 -; y 18/06/13 Ar. 6102; y, entre las últimas, SSTSJ Galicia 15/09/16 R. 1877/16 , 30/03/16 R. 2000/15 , 28/01/16 R. 4577/15 , 13/11/15 R. 4323/14 , 12/11/15 R. 3459/15 , 14/07/15 R. 337/14 ,...).

CUARTO.- 1.- Entrando en el fondo de la cuestión y fracasadas las revisiones, carece de apoyatura fáctica tanto la alegación sobre el despido colectivo, como la relativa a una discriminación por su condición de representante, porque, por una parte, no se sabe cuántos trabajadores fueron afectados y, además, el cese se produce como consecuencia de un procedimiento de cobertura de plazas debidamente convocada, por lo que mal puede hablarse de un despido, sino de ceses por causa legal; y, por otra parte, la mera condición de miembro del comité de empresa no supone un indicio o prueba verosímil de una vulneración de derechos fundamental, tal y como hemos expresado en otras ocasiones y a las que, en aras a la brevedad, nos remitimos -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.-, sobre todo -se repite- cuando el proceso es general y responde a una convocatoria de junio de 2013 en la que el actor ha participado -luego, no ha existido obstaculización de ningún tipo.

2.- Con respecto al resto, las rechazamos, salvo por un aspecto que indicaremos en el número siguiente (y al que ya nos hemos referido en el Fundamento Jurídico Segundo, adelantando la solución al recurso), puesto que la facultad de atribuir a indefinido declarado judicialmente así una plaza de funcionario y, después, su cese por cobertura reglamentaria es legítima, sobre todo en un asunto en el que ya nos hemos pronunciado con respecto a su concreta impugnación de la decisión de hacerlo, indicando que las capacidad de auto-organización de la XG le permiten actuar así (STSJG 29/02/16 R. 2054/15). Esto se desprende de lo que ya se ha mantenido por esta Sala de lo Social, reunida en Sala General, en la Sentencia de fecha 02/06/09 R. 1128/09 (reiterada, entre otras, por SSTSJ Galicia 04/12/09 R. 4100/00 , 13/10/09 R. 2946/09 , 29/09/09 R. 1881/09 , 17/07/09 R. 1885/09 , 10/07/09 R. 2434/09 , etc.), donde se rechaza el juego pretendido por el recurrente y mantenemos la regularidad del cese por cobertura de la plaza ocupada por un indefinido -en puesto de funcionario-, lo que es coherente con lo que expresábamos en la STSJG 24/06/09 R. 1014/09 , donde manifestábamos que, de acoger la tesis del recurrente, «se otorgaría mejor derecho a ocupar la plaza a la interina demandante, frente a la persona que ha superado una oposición y que ha demostrado tener más méritos para acceder a la plaza, lo que supondría una clara y flagrante vulneración de los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, consagrados en los artículos 103 y 14 del texto constitucional».

Recordábamos, en lo que se refiere a asuntos similares, 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 obligó 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).

3.- Sin embargo, sí hay un plano en el que se estimará la censura del actor -tal y como adelantábamos- y es en la indemnización correspondiente a un despido objetivo -él la solicita derivada de la STJUE 14/09/16-. En todo caso y aunque no se ha solicitado, se ha producido -como ya advertíamos en nuestras SSTSJ Galicia 17/02/17 R. 4819/16 , 30/01/17 R. 4245/16 y 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 ..."».

4.- 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 única 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 -). No hay dificultad alguna en cuanto a la naturaleza del vínculo -a diferencia de otras resoluciones anteriores (STSJ Galicia 30/01/17 R. 4245/16); por lo que es evidente que -producida la identidad de supuestos- la solución ha de ser idéntica.

5.- Siendo de aplicación directa la Directiva, no existiendo incongruencia y concurriendo una igualdad, al Sr. Camilo le ha de corresponder la misma indemnización por finalización de su contrato indefinido como si de un despido objetivo se tratase.

QUINTO.- Como corolario a la anterior estimación, se acoge en parte la censura jurídica y se condena a la Xunta de Galicia a que le abone una indemnización de 17.744,10€; obtenida con unos parámetros de antigüedad 15/09/02, fecha de extinción 14/10/15 y módulo salarial mensual de 2.062,61€, 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 don Camilo , revocamos la sentencia que con fecha 13/07/16 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de La Coruña , y acogiendo la demanda declaramos el derecho de la actora a percibir por su cese una indemnización - s. e. u o.- de DIECISIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS Y DIEZ CÉNTIMOS (17.744,10€).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ