



Roj: **STSJ GAL 3559/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:3559**

Id Cendoj: **15030340012017102563**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **5320/2016**

Nº de Resolución: **2823/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

-

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15078 44 4 2015 0001807

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0005320 /2016 MRA**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000593 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Jose Ramón

**ABOGADO/A:** PAULA QUINTELA PAIS

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE

**ABOGADO/A:** LETRADO COMUNIDAD

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMA SRª D. ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

**ILMO SRº D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

**ILMA SRª Dª YEBRA PIMENTEL VILAR**

En A CORUÑA, a dieciséis 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

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0005320/2016, formalizado por el/la D/D<sup>a</sup> QUINTELA PAIS PAULA, en nombre y representación de Jose Ramón , contra la sentencia número 307/2016 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000593/2015, seguidos a instancia de Jose Ramón frente a CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Jose Ramón presentó demanda contra CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 307/2016, de fecha trece de septiembre de dos mil dieciséis

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- Por sentencia dictada en fecha 07/10/2009, en autos de despido 766/2009, seguidos en el Juzgado de lo Social n° 1 de esta localidad, se acordó: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D. Jose Ramón y D. Clemente frente a la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. y la Consellería de Medio Ambiente, declarando nulo el despido de los actores y condenando a las empresas codemandadas, a elección de los trabajadores, a su inmediata readmisión como trabajadores indefinidos no fijos y a pasar por esta declaración con cuantas consecuencias haya lugar, con una antigüedad reconocida de 7 de agosto de 2006, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación en la cantidad de 8.622,14 a cada uno de los actores, así como los que se devenguen hasta la notificación de la sentencia en la cantidad de 71,60 € día. (Doc. n° 1 del ramo de prueba del actor, cuyo contenido se por reproducido)/Segundo.- Por Diligencia de TOMA DE POSESION de fecha 04/01/2010 con efectos económicos y administrativos del día 04/01/2010, se adscribe a D Jose Ramón al puesto de trabajo código: NUM000 , de la Conselleria del Medio Rural, forma de provisión según RPT: Concurso, vínculo jurídico según RPT: laboral, grupo 1 titulado superior, categoría 10, VINCULO JURIDICO: PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA, grupo 1 titulado superior biólogo, categoría 10, FORMA DE PROVISION DEL PUESTO DE TRABAJO: Ejecución provisional de sentencia (doc. n° 2 del ramo de prueba de la parte actora)/Tercero.- Contra la sentencia dictada en autos de despido n° 766/2009, se interpuso recurso de suplicación, dictándose STSJG de fecha 23/04/2012 por la que se declaraba la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se dictó la sentencia recurrida, incluida ésta, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al acto de juicio a fin de dictar nueva sentencia (doc. n° 3 del ramo de prueba del actor)./Cuarto.- En fecha 01/09/2010 se dictó nueva sentencia en autos de despido n° 766/2010, cuyo tenor literal del fallo es el que sigue: Se estima la demanda formulada por D. Jose Ramón y D. Clemente , frente a TEC NO LOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, 5. A. y la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUTURA y, en consecuencia, se declara la existencia de despido nulo y se declara el derecho de los actores D. Jose Ramón y D. Clemente , en virtud de la opción ejercitada, a ser considerados personal laboral indefinido de la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUTURA, con la categoría profesional de Titulado Grado Superior, Grupo 1, con antigüedad desde el 0710812006, con el derecho a ser retribuidos de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia para tal categoría, condenando solidariamente a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la CONSELLERIA DO MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUTURAS a readmitir inmediatamente a los actores en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad a la extinción de la relación laboral, con abono de los salarios de tramitación a cada uno de ellos en la cuantía de 32.738,09 euros, así como los que se devenguen hasta la notificación de la sentencia a razón de 72,59 euros diarios. (Doc. n° 4 del ramo de prueba del actor y doc. n° 2 del ramo de prueba de la demandada, cuyo contenido se por reproducido)/Quinto. - Recurrida la anterior sentencia, por el TSJG se dictó sentencia de fecha 11/03/2011 desestimando el recurso de suplicación y confirmando la sentencia./Sexto.- En el DOG de fecha 04/04/2011 se publica el Decreto 55/2011, de 31 de marzo por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondientes a plazas de personal funcionario de la Administración de la CCA de Galicia para el año 2011 (Doc. n° 3 del ramo de prueba de la demandada)./Séptimo.- Por Resolución de fecha 08/08/2011 del Secretario Xeral Técnico de la Consellería se acordó ejecutar en sus propios términos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 1 de Santiago de Compostela en los autos n°766/2009, reconociendo a D Jose Ramón la condición de personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia, con la categoría de titulado superior biólogo, grupo 1, categoría 10, en la Xefatura Territorial da Conselleria do Medio Rural de A Coruña, con una antigüedad desde el 7 de



agosto de 2006 (doc. nº 5 del ramo de prueba del actor, cuyo contenido se por reproducido)./Octavo.- En el DOG de fecha 28/06/2013 se publica la orden de 20 de junio de 2013 por la que se convoca proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, subgrupo A 1, escalas de arquitectos/as, ingenieros/as industriales y biólogos/as (Doc. nº 3 del ramo de prueba de la demandada y doc. nº 10 del ramo de prueba del actor)./Noveno.- D Jose Ramón interpuso en fecha 27/01/2014 demanda frente a la XUNTA DE GALICIA - CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS, de reconocimiento de derechos en la que se solicita se dite sentencia por la que se declare (doc. nº 6 del ramo de prueba del actor) -que los demandantes ostentan la condición de personal laboral indefinido no fijo comprendido dentro del ámbito del y Convenio del Personal Laboral de la Xunta de Galicia y - que los demandantes tienen derecho a la ocupación de una plaza de naturaleza laboral, respetando lo establecido en la Sentencia de 1 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela dictada en los autos nº76612009 y en el y Convenio del Personal Laboral de la Xunta de Galicia./Décimo.- La anterior demanda por turno de reparto correspondió al Juzgado de lo Social nº 3 de esta localidad, dio lugar a los autos nº 87/2014 en los que en fecha 14/12/2015 se dictó auto teniendo a los demandantes por desistidos de las pretensiones ejercitadas contra la Xunta de Galicia (costa en autos)./Undécimo.- En el DOG de fecha 09/04/2014 se publica la Resolución de 4 de abril de 2014 por la que se ordena la publicación del acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 3 de abril de 2014 por el que se aprueba la modificación de la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructura, por medio del cual se

crea, entre otros, el puesto con código NUM001 , puesto base subgrupo AI, de naturaleza funcionarial, con la observación de ocupado por personal laboral indefinido no fijo (Doc. nº 7 del ramo de prueba del actor)./Duodécimo.- En fecha 09/04/2014 el actor cesa en el puesto NUM000 , y en fecha 10/04/2010, toma posesión en el puesto de trabajo: NUM001 , puesto base subgrupo AI, de la Consellería de MEDIO AMBIENTE TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS, SERVICIOS PERIFERIDOS, JEFATURA TERRITORIAL A CORUÑA, forma de provisión: concurso de méritos, vínculo jurídico según RPT: funcionario, grupo AI, Observaciones: ocupado por personal laboral indefinido no fijo, indicándose en el vínculo jurídico del actor: personal laboral. Forma de provisión del puesto de trabajo: adscripción por sentencia firme a puesto de nueva creación (Doc. nº 8 del ramo de prueba del actor)./Décimo tercero.- En fecha 09/06/2014 el actor y otros compañeros interpusieron ante la sala de lo contencioso del TJSJ demanda recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 4 de abril de 2014 dando lugar al procedimiento ordinario 179/2014 (Doc. nº 9 del ramo de prueba del actor)./Décimo cuarto.- En fecha 25/05/2016 por el TSJG se dictó sentencia en el PO 179/2014 desestimando el mismo (Doc. nº 1 del ramo de prueba de la demandada)./Décimo quinto.- En el DOG de 08/05/2015 , se publica la Orden de 28 de abril de 2015 por la que se convoca para la elección de destino definitivo a las aspirantes que superaron el proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, subgrupo A 1, escala de biólogos/as, convocado por la Orden de 20 de junio de 2013.En la relación de puestos de trabajo se encuentra el puesto NUM001 ocupado por el actor. Los puestos que se relacionan en el Anexo de la Orden fueron publicados en la página web de la Xunta de Galicia.(Doc. nº 3 del ramo de prueba de la demandada y doc. nº 12 del ramo de prueba del actor)./Décimo Sexto.- En fecha registro de entrada de 29/04/2015 el actor , a la vista de la información obtenida en la página web de la Xunta de Galicia presentó escrito en la DIRECCION XERAL DA FUNCION PUBLICA en el que exponía que en relación al proceso selectivo ordinario y extraordinario de consolidación para el ingreso en el cuerpo facultativo superior da Xunta de Galicia, subgrupo AI, escala de biólogos/as, convocados por las órdenes de 20 de junio de 2013, se ofertan los puestos de trabajo de varias personas, entre las que se encuentra la suya, cuando dichos puesto no pueden ser objeto de oferta por las razones que expone en el escrito y cuyo contenido se da por reproducido, solicitando la no inclusión de dichos puestos en el listado oficial de plazas ofertadas al proceso selectivo anteriormente mencionado, subsidiariamente, la adscripción de sus actuales ocupantes a los puestos de procedan de personal laboral, reservados para los procesos de consolidación o estabilización según proceda (doc. nº 11 del ramo de prueba del actor)./Décimo séptimo.- En el DOG de 25/05/2015, se publica la Orden de 13 de mayo 2015 por la que se procede al nombramiento como funcionarias del cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, Subgrupo AI, escala de biólogos/as, de las aspirantes que superaron el proceso selectivo convocado por la Orden de 20 de junio de 2013. En el anexo nº 1 figura el puesto NUM001 adjudicado a D Juliana (doc. nº 3 del ramo de prueba de la demandada y doc. nº 14 del ramo de prueba del actor)./Décimo octavo.- En fecha 13/05/2015 el actor solicita permiso de guarda legal: reducción de jornada por cuidado de hijos de 2 horas y 30 minutos (doc. nº 13 del ramo de prueba del actor y doc. nº 4 del ramo de prueba de la demandada)./Décimo noveno.- Por resolución de fecha 21 de mayo de 2015 se acordó autorizar la solicitud de reducción de jornada en los términos solicitados (doc. nº 4 del ramo de prueba de la demandada)./Vigésimo.- El 26/05/2015 se produce el cese del actor en el puesto de trabajo que venía ocupando, indicándose como causa en la correspondiente Diligencia de Cese: "INCORPORACIÓN DO TITULAR AO POSTO" (doc. nº 15 del ramo de prueba del actor)./Vigésimo primero.- El actor al tiempo del cese en la relación laboral percibía un salario de 2.382,06 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo la categoría profesional



titulado superior -biólogo- Grupo 1 Categoría 10, del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia), con una antigüedad de 07/08/2006 como personal laboral indefinido no fijo (hecho no controvertido)./Vigésimo segundo.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical../Vigésimo tercero.- El actor presento reclamación previa en fecha 12/06/2015 en siendo la misma desestimada por resolución de fecha 09/07/2015.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda presentada a instancia de D. Jose Ramón , asistido por la Letrada Sra. Quintela País, contra la CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS representada y asistida por la Letrada de la Xunta de Galicia Sra. González de Vicente, con intervención del Ministerio Fiscal, sobre DESPIDO, en su petición principal y subsidiaria ESTIMANDO la petición alternativa en el sentido de reconocer el derecho del demandante a una indemnización de 8 días por año de servicio.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Jose Ramón formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 19-12-2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16-5-2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda por Despido interpuesta por D Jose Ramón contra la Conselleria de medio ambiente territorio e infraestructuras en su petición principal y subsidiaria y estimando la petición alternativa en el sentido de reconocer el derecho del demandante a una indemnización de 8 días por año de servicios.

Se alza en suplicación la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso en base a dos motivos, amparados ambos en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denunciando en ambos infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- La representación letrada de la parte recurrente en el primer motivo del recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 56 del ET y 6.4 del código civil así como de la disposición transitoria décimo primera apartado 5 del V convenio colectivo para el personal laboral de la xunta de Galicia . Alegando en primer lugar que el cese del actor efectuado por la conselleria el 26 de mayo de 2015 debe ser calificado como despido, en primer lugar porque se cesa al actor por cobertura de una plaza a la que estaba indebidamente adscrito ,por ello no puede hablarse de cobertura reglamentaria de la plaza ya que el vínculo laboral continua subsistente al tratarse de una plaza funcionarial la que se cubre y en la que el actor estaba adscrito indebidamente; además el actor viene prestando servicios desde el 7 de agosto de 2006 para la xunta de Galicia , vinculado a la misma por medio de una relación laboral indefinida declarada por sentencia de 1 de septiembre de 2010 confirmada por sentencia del TSJ de Galicia de 2011 y así le resulta de aplicación la disposición transitoria décimo primera apartado 5 del CVV convenio colectivo para el personal laboral de la xunta de Galicia y el decreto 88/2008 de 30 de abril que aprobó la oferta de empleo público de 2008 ; y esta normativa implica que la xunta de Galicia no puede pasar a considerar la plaza que venía ocupando el actor como una plaza de funcionario , privándole con ello de su derecho a poder participar en el procedimiento extraordinario de estabilización que debe ser convocado y que de superarlo acceder a esa plaza de forma definitiva .

Pues bien respecto de ello cabe decir que esta Sala ya se ha pronunciado sobre cuestión similar a la presente en sentencia de 24 de marzo de 2014 (Recurso nº 4475/2013 ) señalando que la adscripción de la actora a una plaza de funcionaria no altera su condición de personal indefinido no fijo, pues la actora no tiene derecho a que se cree la plaza que ocupa como personal laboral indefinido no fijo, ni puede interferir en el modo en que esa plaza se configura, esto es, si debe ser creada como plaza laboral o funcionarial, pues la RPT forma parte de las facultades organizativas de la Administración. Es la Administración la competente para configurar la RPT, y su impugnación es competencia del orden contencioso-administrativo para el caso de que en su confección se hayan infringido preceptos legales, entre ellos, el art. 27 2º de la Ley de la Función Pública de Galicia .

Es preciso partir de la naturaleza jurídica de la relación laboral de la recurrente con la Administración, que es la de la atípica relación laboral indefinida pero no fija, reconocida por sentencia del orden social. La atípica relación "indefinido no fijo" trae arranque en la Sentencia de la Sala General de lo Social del Tribunal



Supremo de 20 de Enero de 1998 y ha sido seguida por numerosa jurisprudencia hasta que el propio Tribunal Constitucional disipó las dudas de su constitucionalidad con su Auto 124/2009, de 28 de Abril de 2009 . Tal relación únicamente asegura la estabilidad en el trabajo en tanto no se proceda a la cobertura de la plaza por los procedimientos de concurrencia competitiva y mérito o capacidad, o incluso pudiendo amortizarse, pero en modo alguno comporta "per se" la reserva ni del puesto ni de un turno específico y privativo para su acceso, ni tampoco el derecho subjetivo a que se dote en la RPT de puestos singularizados cara a un específico y excepcional procedimiento de consolidación. Sentado esto, queda claro que la voluntad del legislador es la única que formalmente puede establecer de forma excepcional reservas, dispensas, turnos o valoración preferencial de experiencia a favor de tal personal no fijo, y debiendo, por añadidura, materialmente inspirarse en finalidades constitucionalmente legítimas, como pudiera ser la reducción de la temporalidad en el empleo.

De ahí, que será la Disposición Transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 4/2007, de 12 de Abril , la que contemple la posibilidad de consolidación de empleo temporal referida a "puestos de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de Enero de 2005". Dicho precepto básico, de acuerdo con la propia Disposición Final Segunda del EBEP , deja abierta a la legislación autonómica el desarrollo y concreción de requisitos, calendario y procedimiento a seguir en su respectivo ámbito. Así, en el ámbito gallego, será la Ley 13/2007, de 27 de Julio, de modificación de la Ley 4/1998, de 26 de Mayo, de la función pública de Galicia (vigente hasta el 14 de Junio de 2008) la que incorpore una Disposición Transitoria Decimosexta que dispone literalmente: "dentro del marco de las medidas de reducción de temporalidad y al 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 sigan, temporal o interinamente cubiertas al tiempo 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". La "entrada en vigor" de tal disposición se produjo a los veinte días naturales de su publicación en el Boletín de Galicia (27/8/07), esto es, el 17 de Septiembre de 2007.

La Disposición Transitoria Tercera de dicha Ley 13/2007 introduce una exigencia adicional cuando afirma que "Lo dispuesto en el art. 9.4 será de aplicación para las declaraciones judiciales de indefinición que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente Ley de reforma. No obstante, en el período máximo de un año a partir de la entrada en vigor la Ley, deberán realizarse, en su caso, los procesos de creación de plazas derivadas de declaraciones judiciales anteriores a dichas fecha". Aquí está el mandato claro referido exclusivamente a las plazas con sentencia anterior a esa fecha (17/09/2007), sin prejuzgar calendario ni contenido de las plazas que puedan ser declaradas por sentencias posteriores.

Posteriormente esta DT 16ª de la Ley 13/2007, de 27 de julio , ha sido recogida en la Disposición Transitoria 14ª del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia , Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo y la DT 3ª de la Ley 13/2997 recogida también por la Disposición Transitoria tercera del DL 1/2008 .

Pero es más, el desarrollo de dicha previsión legal, en la vertiente del personal laboral no fijo, se encuentra en el IV Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia que a su vez es desarrollado por los Acuerdos de 21 de Abril de 2008 suscritos entre Administración y organizaciones sindicales (CUG, CCOO y UGT). Y así resulta que el umbral del 17 de Septiembre de 2007 resulta próximo a la vigencia del IV Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, acordado el 3 de Julio de 2007 y publicado por Resolución de 19 de Julio de 2007 (DOG 30/7/07). Por otra parte, el V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, publicado por Resolución de 20 de Octubre de 2008, de la Dirección Xeral de Relaciones Laborais (DOG de 3 de Noviembre de 2008) reproduce literalmente lo dispuesto en el anterior IV Convenio en esta materia. Y si bien dicho Convenio Colectivo incluye una Disposición Transitoria novena (bis), cuyo punto segundo fija un plazo de doce meses para crear, en su caso, los puestos de las distintas Relaciones de Puestos de Trabajo, lo cierto es que tal previsión (al margen de que el incumplimiento del plazo encajaría en la irregularidad no invalidante - art.63.3 Ley 30/1992 -) pone de relieve que es la respuesta a las situaciones de "fijeza no indefinida" reconocidas por sentencias dictadas con anterioridad, pero en modo alguno puede acoger a las situaciones que en el futuro pudieren darse.

Desde el momento en que es posterior a 17/9/2007, la sentencia que ha reconocido al demandante la condición de personal laboral indefinido, el actor 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 aquella de cara a un proceso de consolidación en el que ella no tiene derecho a intervenir. Y del mismo modo, en nada le afecta la Ley 1/2012 de 29 de febrero de medidas



temporales en determinadas materias del empleo público de la CA, pues su art. 7 está previsto para el personal afectado por la DT 14ª de la Ley 1/2008 y de la DT 10ª del V Convenio y ya hemos dicho que el actor no está afectado por ellas.

Pero, de incluir en la RPT el puesto por el ocupado, tampoco está obligada la Administración autonómica a configurar en la RPT, el puesto ocupado por el actor como puesto de personal laboral. Ya se ha dicho que las relaciones de puestos de trabajo, tanto de personal funcionario como laboral, son instrumentos técnicos de ordenación de puestos de trabajo, al margen de las condiciones subjetivas de los empleados públicos que los ocupan, conquistadas por decisión del empresario o por sentencia judicial. Tales Relaciones responden al criterio organizativo discrecional de la Administración, sin que un derecho consolidado del/a trabajador/a que lo ocupa (si ese derecho existiera), pueda congelar la potestad de organización para el futuro, especialmente cuando los puestos son unidades funcionales abstractas que pueden ser servidas por uno/a u otro/a trabajador/a, según las normas de movilidad contempladas en el Estatuto de los Trabajadores o el Convenio Colectivo aplicable.

Como ha declarado la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010 : "Como reiteradamente tiene declarado este Tribunal Supremo, la Relación de Puestos de Trabajo es el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, precisando los requisitos para el desempeño de cada puesto y comprendiendo la denominación y características esenciales de los mismos, requisitos exigidos para su desempeño y determinación de sus retribuciones complementarias".

En primer lugar, porque la RPT convierte una situación de hecho en su expresión jurídica, al encontrarse con relaciones laborales indefinidas que necesariamente, por razones organizativas, han de tener reflejo en el instrumento de ordenación. En segundo lugar, porque el proceso de consolidación es una posibilidad a la que pueden acogerse o no los recurrentes, pero no es una obligación ni acto administrativo que sacrifique la situación laboral anterior. En definitiva, podrán hacer uso o no de su derecho a participar en la consolidación que se le oferte, pero si no lo hacen mantendrán su condición de laboral indefinido no fijo hasta que se produzca la extinción de la misma por las causas legales (esto es, si queda desierta su provisión permanente con trabajador fijo o funcionario de carrera, mantendrá indemne su derecho a ocupación indefinida).

Pero la RPT se limita a crear puestos que, en su caso, por las funciones previstas para los mismos, tienen carácter funcional, en congruencia con la regla general que rige en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas. Ello es así porque rige la regla general, contenida en el artículo 27.2, párrafo primero, del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, de que los puestos de trabajo de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos de carácter administrativo serán desempeñados por personal funcionario público, de lo que se deriva la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones de personal laboral que permite (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012, recurso de casación nº 6605/2009). Ya las sentencias del Tribunal Constitucional 99/1987, 235/2000 y 37/2002 reconocieron una reserva de ley para la determinación de las funciones que dentro de las Administraciones Públicas deben ser realizadas por funcionarios o por personal laboral. Y en correspondencia con ello, el segundo párrafo del artículo 27.2 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, dispone:

"Los puestos de trabajo de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos de carácter administrativo serán desempeñados por personal funcionario público. Se exceptúan de la regla anterior y podrán ser desempeñados por personal laboral:

- a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos en los que sus actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- b) Los puestos en los que sus actividades sean propias de oficios.
- c) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los que las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
- d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística.
- e) Los puestos de trabajo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, excepto aquellos que impliquen ejercicio de la autoridad, inspección o control correspondiente a la Consellería a la que estén adscritos, que se reservan al personal funcionario.



f) Los de prestación directa de servicios sociales y protección de la infancia".

En definitiva, su condición de personal laboral indefinido no fijo no le vincula a ningún puesto de trabajo concreto, siendo que forma parte de la facultad organizativa de la administración la creación de plazas y la adscripción de las mismas mientras éstas estén vacantes. En definitiva, la situación subjetiva de quien ocupa el puesto no puede condicionar la potestad de autoorganización de la Administración a la hora de confeccionar la relación de puestos de trabajo, y además, en las convocatorias de consolidación de empleo lo que se oferta y consolida son plazas y no puestos de trabajo y la identificación de las plazas es facultad organizativa de la Administración.

Por consiguiente y dado que convocado el proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia subgrupo A1 escalas de arquitectos/as, ingenieros/as industriales y biólogos/as, y tras la publicación de la orden de abril de 2015 por la que se convoca para la elección de destino definitivo a las aspirantes que superaron el proceso selectivo y encontrándose en la relación de puestos se encuentra el puesto ocupado por el actor y tras el nombramiento como como funcionarias de cuerpo facultativo superior de la Xunta, subgrupo A1 escala de biólogos/as de las aspirantes que superaron el proceso selectivo, se produce el cese del actor tras la toma de posesión del titular del puesto, por lo que el cese es ajustado a derecho; Razones que conducen a la desestimación del primer motivo del recurso .

TERCERO.- La recurrente en el segundo motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 55.5 y 6 del ET , art 24 CE , y 7.1 y 6.4 del código civil , y ello porque el despido del actor debe ser calificado de nulo, alegando que el actor fue cesado después de haber formulado demanda de reconocimiento de derecho a ocupar un puesto de personal laboral y a una plaza reservada en el correspondiente proceso de estabilización de empleo y a ser adscrito a una plaza de tales características, así como tras la impugnación en vía contencioso-administrativo de la RPT de medio ambiente, por lo que es claro que su cese se produce como represalia frente a una actuación o actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos, máxime cuando ya con anterioridad había obtenido una sentencia declarando la nulidad de un despido precedente; además el demandante tras ser readmitido tras su primer despido efectuado por la empleadora sufre una serie de represalias laborales; y además debe manifestarse que el despido ha de ser calificado de nulo, pues acontece tras haber solicitado el trabajador en fecha reciente al cese una reducción de jornada por cuidado de hijo, indicio también suficiente para intentar extinguir la relación laboral del actor lo antes posible vulnerando así sus derechos, y estima que el ceses del actor efectuado por la conselleria debe ser calificado como despido nulo o subsidiariamente improcedente .que es lo solicitado .

En cuanto al segundo motivo de recurso, nulidad del cese por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho a la indemnidad, es doctrina reiterada, recogida entre otras en la STCo 3/2006, de 16 enero , en su dimensión de garantía de indemnidad, la que señala que la misma no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino también cuando la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos, necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface no solo con la actuación de 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 ( STC 171/2005, de 20 de junio ). En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos ( SSTC 55/2004, de 19 de abril , 87/2004, de 10 de mayo y 38/2005, de 28 de febrero ), de donde 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, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo. También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que una determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi, no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presentada esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se manifiestan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un



hecho negativo sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales ( SSTC 66/2002, de 21 de marzo , 171/2003, de 29 de septiembre , 188/2004, de 2 de noviembre , 38/2005, de 28 de febrero y 171/2005, de 20 de junio ),

La aplicación de dicha doctrina al presente motivo implica su rechazo por cuanto, de una parte, el cese por cobertura reglamentaria de la plaza por quien superó el proceso de selección es una causa justa de extinción de su contrato de trabajo, Y además en el presente caso, la Consellería demandada ha probado que el cese del actor es completamente ajeno a toda idea de represalia, acreditándose que la decisión extintiva empresarial del trabajador, no estuvo motivada por una represalia por parte de la Entidad demandada por haber efectuado el demandante las reclamaciones a que se refieren los hechos probados , y ello es así por cuanto la extinción se produjo por una causa objetiva y razonable, y de entidad suficiente para que se desvanezca cualquier indicio discriminatorio, toda vez que el ceses en su relación laboral se produce como consecuencia de un proceso selectivo donde aspirantes al mismo tras haberlo superado eligen puestos de trabajo donde se incluye el que últimamente venía desempeñando el actor, y así la convocatoria de procesos selectivos ordinarios y extraordinario de consolidación para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la xunta de Galicia subgrupo A1, escala arquitectos/as, ingenieros/as industriales y biólogos/as se efectúa por orden de 20 de junio de 2013 , y es a raíz de tener conocimiento de la modificación de la RPT, en cuanto se presenta reclamación y se interpone demanda en reclamación de derechos y se solicita la reducción de jornada tras tener conocimiento de que su puesto de trabajo es uno de los ofertados para la elección del destino definitivo de los aspirantes el proceso selectivo siendo la orden de 28/04/2015 y la petición de reducción de jornada de 13/05/2015 , cuando se procede al nombramiento como funcionarios del cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia subgrupo A1 escala, biólogos/as de los aspirantes que superaron el proceso selectivo convocado por Orden de 20 de junio de 2013 adjudicando a D<sup>a</sup> Juliana , como destino definitivo el puesto con código NUM001 , que venía ocupando el actor, siendo cesado este al ser cubierta la plaza en el correspondiente procedo selectivo, por tanto la reclamación del actor es posterior a la convocatoria del concurso, por el que una vez resuelto da lugar al cese del actor; No existiendo a juicio de la sala indicios de represalia con fuerza de convicción para invertir la carga de la prueba, y la actuación de la empleadora desde la perspectiva de la legalidad constitucional se considera lícita, y además se debe vincular a la existencia de causa desde la perspectiva de la legalidad ordinaria para la extinción del contrato del actor . Consecuentemente, al no constar en el relato de hechos, ni en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, dato alguno que permita llegar a la conclusión de que el despido del actor se produjo con infracción de un derecho fundamental, ha de concluirse que el despido del trabajador no puede calificarse de nulo, existiendo un motivo cierto, real y objetivo para acreditar la extinción de la relación laboral, lo que desvirtúa el indicio de toda represalia basado en la existencia de reclamación anterior. Por tal motivo, el recurso del actor debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

descartando la sala cualquier móvil de represalia en la conducta de la conselleria, la cual hace uso de la facultad resolutoria que le habilita a extinguir el contrato por la cobertura reglamentaria de plaza; por tanto y como correctamente señala el juez de instancia , que contando la demandada con el aval de la reestructuración organizativa recibido de la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo de este TSJ de Galicia ( que desestima la demanda de impugnación de la RPT) y con precedentes judiciales de esta sala de lo social que mantenían la regularidad de este proceso de adscripción de puesto no cabe concebir que la voluntad de la conselleria haya sido para reprimir al actor por sus anteriores acciones judiciales ni frustrar su aspiración a ocupar un puesto fijo en la conselleria, siendo el cese del actor consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza, y al haberlo estimado así la juzgadora de instancia, en modo alguno ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo, lo que conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia .

... la solución indemnizatoria prevista en la letra c) del artículo 49 ET para determinados contratos temporales resulta de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas. Como es sabido, ese precepto establece que el contrato de trabajo se extinguirá por "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato". Y se 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". Norma que se completa con la Disposición Transitoria 13<sup>a</sup> ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación y que cabe también aplicarla a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante. Además de la legislación interna, esa solución cabe extraerla de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se puede ver con claridad en el Auto de dicho Tribunal de 11 de diciembre de 2.014, dictado en el asunto C-86/14 , Ayuntamiento de Huétor Vega, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance 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, y en relación con el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento.

La doctrina del TJUE en el caso es la siguiente: En primer lugar se afirma que los trabajadores indefinidos no fijos "se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada..."

Después se dice en la parte dispositiva de dicho Auto que "El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye 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 en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos".

Y por último, desde esa evidencia de que la legislación interna no contiene ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes de esa utilización de los contratos de trabajo, se afirma que corresponde al Tribunal nacional "... apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante ... para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada..."

Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2.015 (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2.015, de conceder al demandante -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET ".

En el caso de autos, y teniendo en cuenta la SENTENCIA TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14 , De **Diego Porras**), desde el momento en que el cese se ajustó a derecho y esa decisión no constituyó despido, procede establecer como consecuencia de ese cese la indemnización de 20 días por cada año de servicio prestado por el demandante (partiendo de el salario mensual de 2.382,06/79,40€ día y la antigüedad de 7-8-2006, y siendo la fecha del cese 26/05/2015) que asciende a la cantidad de 13983,45€.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por DON Jose Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña con fecha 14-1-2016 , debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación parcial de la demanda formulada por DON Jose Ramón , debemos declarar el derecho del actor a la indemnización de 13.983,45€ y, confirmando la sentencia recurrida en el resto de los pronunciamientos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**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 37 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 37 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 37 \*\*\*\* ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ