



Roj: **STSJ GAL 8240/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:8240**

Id Cendoj: **15030340012016105752**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2016**

Nº de Recurso: **2059/2016**

Nº de Resolución: **6231/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

PLAZA DE GALICIA

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

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2015 0002783

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002059 /2016 MCR**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000558 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Humberto

**ABOGADO/A:** FRANCISCO JAVIER PAYA GONZALEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** CONCELLO DE CULLEREDO

**ABOGADO/A:** LETRADO AYUNTAMIENTO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a veintiséis de octubre de dos mil dieciséis.

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

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002059 /2016, formalizado por el/la letrado D/Dª FRANCISCO JAVIER PAYA GONZALEZ, en nombre y representación de Humberto , contra la sentencia número 13 /16 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000558 /2015, seguidos a instancia de Humberto frente a CONCELLO DE CULLEREDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª Humberto presentó demanda contra CONCELLO DE CULLEREDO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 13 /16, de fecha catorce de enero de dos mil dieciséis

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- El demandante, D. Humberto , ha venido prestando servicios laborales por cuenta ajena, como personal laboral, para el Concello de Culleredo, con antigüedad de 19/03/2001, categoría profesional de administrativo y un salario mensual bruto, con prorrata de pagas extras, de 1.605,43 €; ello en virtud de contrato de duración determinada a tiempo completo, por obra o servicio determinado, con vigencia desde el 19/03/2001 y hasta la finalización del servicio. Se produjeron sucesivas modificaciones, en los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, para la prórroga de dicho contrato.

Por Resolución del Concello de Culleredo, de fecha 18/03/2015, se acordó la extinción del contrato de trabajo que vinculaba a ambas partes, con fecha de efecto de 05/04/2015, por la ocupación definitiva de la plaza que ocupaba temporalmente el demandante por el procedimiento legalmente establecido.

3º.- El Pleno de la Corporación del Concello de Culleredo, en la sesión de 27/11/2014, acordó la aprobación del cuadro de personal, en el que constan como vacantes dos plazas en la subescala de administrativos dentro de la escala de "funcionarios-escala Administración Xeral".

En el proceso de cobertura por el procedimiento de concurso- oposición, convocado en Junta del Gobierno Local de 17/03/2010, quedaron desiertas dos plazas de administrativo.

El demandante tomó parte en dicho procedimiento, si bien no llegó a superar el mismo.

4º.- Frente al Acuerdo del Concello de Culleredo de 18/03/2015 se formuló reclamación administrativa previa por parte de D. Humberto .

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la demanda interpuesta por D. Humberto , en su propio nombre y representación, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al Concello de Culleredo de los pedimentos frente a este deducidos.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Humberto 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 este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 3/5/16.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26/10/16 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**

1-La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que no ha habido despido sino extinción de la relación laboral que vinculaba a las partes.

Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 193 b) de la Ley de la Jurisdicción Social pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto: A) del hecho primero para el que propone la redacción siguiente:"El demandante Don Humberto - minusválido con grado de discapacidad igual o superior al 33%- ha venido prestando servicios laborales de forma ininterrumpida por



cuenta ajena, como personal laboral, para el Concello de Culleredo, con antigüedad de 3-7-2000, categoría profesional de administrativo y salario mensual bruto, con prorrateo de pagas extras, de 1854,33 euros; todo ello en virtud de contrato de duración determinada por obra o servicio determinado de fecha 3-7-2000 y contrato de duración determinada, a tiempo completo, por obra o servicio determinado, vigencia desde el 19-3-2001 y hasta la fecha de su despido. Se produjeron sucesivas modificaciones, en los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, para la prórroga de dicho contrato. El propio Ayuntamiento demandado reconoce en la misma Resolución que acuerda la extinción de la relación laboral con don Humberto , que éste es un trabajador indefinido no fijo de plantilla del Concello de Culleredo".

Admitimos parcialmente la revisión, y respecto del inicio de su relación laboral y el salario, porque la demandada en la impugnación del recurso lo reconoce; al igual que su minusvalía porque también está reconocida por el ayuntamiento demandado, pero no que la relación laboral es de indefinido no fijo, ya que sería predeterminante del fallo y es cuestión jurídica discutida.

Y B) del hecho declarado probado 2º que propone de la siguiente manera:

"2º Por Resolución del Concello de Culleredo, de fecha 18-3-2015, se acordó la extinción del contrato de trabajo que vinculaba a ambas partes, con fecha de efectos 5-4-2015, por la ocupación definitiva de la plaza que ocupaba temporalmente el demandante por el procedimiento legalmente establecido.

El trabajador el día 23-3-2015 (esto es, un día antes de que se le notificara la anterior Resolución extintiva de su Relación Laboral) presentó ante el ayuntamiento de Culleredo la reclamación obrante a los folios 27 a 40 de las actuaciones a través de la cual - entre otros extremos:-

1º revelaba al Concello que se había asesorado con la Asesoría Jurídica de la UGT;

2º reclamaba al Ayuntamiento que respetara sus derechos como trabajador indefinido con categoría de Oficial Administrativo;

3º denunciaba públicamente que, al parecer, el Alcalde y el Departamento de Personal, le habían comunicado que dos personas (que tampoco habían superado los exámenes del proceso de consolidación y que, además, eran auxiliares administrativos) misteriosamente continuarían prestando servicios para el Ayuntamiento sin resultar afectada su relación laboral por el hecho de no haber superado las referidas pruebas".

La revisión se admite porque así consta tal reclamación.

2- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que tiene por objeto el examen de la normativa aplicada en la Sentencia recurrida, se denuncia: A) Infracción de los artículos 2 , 8.2 y 9.3 del Real Decreto 2720/1998 y artículo 15.3 y 5 del Estatuto de los Trabajadores .

A los efectos de reconocerle el carácter indefinido de la relación laboral que mantenía el recurrente con la Administración demandada.

B) Infracción de la doctrina jurisprudencial reiterada y vigente del Tribunal Supremo en materia de extinción de contratos indefinidos no fijos, todo ello en relación a los siguientes preceptos: 51; 52 letra c; 53.1; 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores; Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores ; artículos 35.2 y 37 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre .

C) Infracción de los artículos 53.4 ; 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 183 y 184 de la Ley de la Jurisdicción Social, todo ello en relación a los artículos 14 y 24 de la Constitución Española . Y demanda despido nulo por vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de la indemnidad y por la vulneración de sus derechos fundamentales al ser discriminado por su condición de minusválido, interesa la indemnización de 30.000€ por los daños morales y psíquicos.

Comenzando por la ultima de las pretensiones de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, la denuncia no se admite porque se basa en que el despido impugnado se produjo con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que comprende la garantía de indemnidad, por las denunciadas faltas de convocatoria, participación, notificación y demás irregularidades del citado Plan de Empleo, que le crean una situación de indefensión ( artículo 24.1 de la CE ); y porque incurre, además, el Ayuntamiento -al dictar la Resolución de cese- en una evidente discriminación por razón de su condición de minusválido

En primer lugar la no negociación del plan de empleo o la no notificación al actor no convierten el despido nulo, cuando el tomó parte en el proceso de concurso oposición y no denunció las bases del mismo que debía conocer por ser publicas y participar en el mismo.



No puede tampoco basar la nulidad en el garantía de la indemnidad porque la notificación de la extinción del contrato se hace por la ocupación de la plaza que ocupaba tras el concurso oposición y no como represalia por la reclamación que el presenta el día antes (23-3-20145) según manifiesta, a la notificación y la resolución del Concello es de 18-3-2015. Es doctrina del Tribunal Supremo que reproduce la sentencia de 11-11-2013 que ...Centrada la cuestión en debatir sobre la «garantía de indemnidad», ello impone recordar antes de nada que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» ( SSTC 14/1993, de 18/Enero , FJ 2 ; ... 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3 ; y 92/2009, de 20/Abril , FJ 3. SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07 - 24/10/08 -rcud 2463/07 -) y de 5/7/13 (rcud 1683/2012 ). Y en el caso de autos no es represalia sino resolución del concurso en el que participa el propio recurrente.

Y la discriminación que alega por ser minusválido no es mas que una alegación de parte que en todo caso necesita un mínimo de prueba para que se justifique la inversión de la carga de la prueba que con reiteración impone la doctrina del ts al señalar que.... Que se debe con un cierto rigor acreditar la existencia de indicios que generen una "razonable" sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación ( STC 266/1993, de 20/Septiembre F. 2; STS 24/Septiembre/1986 ); que se aporte una "prueba verosímil" ( STC 207/2001, de 22/Octubre , F. 5 ) o un principio de prueba de hechos de los que surja la "sospecha vehemente", ( STC 308/2000, de 18/Diciembre , F. 3 y STC 41/2002, de 25 /Febrero , F. 3 ). LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas.]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS ( SSTC 38/1981, de 23/noviembre ; ... 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5 ; y 342/2006, de 11/Diciembre , FJ 4. .Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/07 -; 29/05/09 -rcud 152/08 -; y 13/11/12 -rcud 3781/11 -).

La inexistencia de tales indicios y de un mínimo de prueba impiden asumir la demanda de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales y por lo mismo procede también desestimar la pretensión de la indemnización por los daños morales y psíquicos.

3.- Antes de seguir es necesario calificar la relación laboral del demandante que, desde el año 3-7-2000 presta servicios como administrativo con sucesivos contrato de obra o servicio, la sola referencia a estos hechos determina la nulidad del contrato de obra y la calificación de la relación laboral como indefinido no fijo porque en su desarrollo, el Real Decreto 2720/1998 establece que: a) de conformidad con lo establecido en el art. 15.1 ET «se podrán celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Para realizar una obra o servicio determinados" (art. 1 ) ; b) en cuanto a su concepto, que "El contrato para obra o servicio determinados es el que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta..." (art. 2.1.1 ) ; c) por lo que respecta su régimen jurídico que "El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto", que "La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio" y que "Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior" (art. 2.2); d) en cuanto a su formalización, que "Los contratos para obra o servicio determinados... deberán formalizarse siempre por escrito" y que y, e) por último, en lo afectante a su extinción que " 1. Los contratos de duración determinada se extinguirán, previa denuncia de cualquiera de las partes, por las siguientes causas: a) El contrato para obra o servicio determinados se extinguirá por la realización de la obra o servicio objeto del contrato " (art. 8.1 .a).»

En interpretación de la normativa expuesta la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado el carácter causal de la contratación temporal, por lo que los contratos temporales, en concreto los de obra o servicio determinado, sin causa o con causa ilícita ( artículos 1261 , 1274 a 1277 Código Civil ) los ha considerado celebrados en fraude de ley, con la consecuencia de presumirlos celebrados por tiempo indefinido ( artículo 15.3 ET ), y para la determinación de la legalidad de la causa contractual ha tenido esencialmente en cuenta los términos en que aparece redactada la cláusula de temporalidad, para ponerla en contraste con la actividad realmente desempeñada en la empresa por el trabajador y con el cumplimiento de la finalidad a la que responde esta concreta modalidad de contratación temporal, debiendo quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad.



La doctrina jurisprudencial aparece, ente otras, en las siguientes sentencias: Las STS/IV 7-noviembre-2005 (rcud 5175/2004 ) y 5-diciembre-2005 (rcud 5176/2004 ) señalan que «constituye doctrina de esta Sala la posibilidad de que el contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio determinados, previsto en el art. 15.1-a) ET , sea válidamente concertado por la empresa contratista de una concreta actividad productiva encomendada por otra, ya que, en palabras de la sentencia de 20-noviembre-2000 (recurso 3134/99 ), explícitamente obtenidas de otras muchas que cita, concurre en esos casos "una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa, objetivamente definida, y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga, añadiendo más adelante que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato"; pero añadiendo que "... lo que importa subrayar... es que la duración del contrato de trabajo viene determinada por la del servicio concertado entre la empresa comitente y la empleadora, aunque tal duración no pueda ser precisada inicialmente, debiendo ser identificada la relación interempresarial en el contrato de trabajo, puesto que constituye la causa legitimadora de su temporalidad.»

En la STS/IV 21-abril-2010 (rcud 2526/2009 ), se subraya que la interpretación del art. 15.a) ET ha sido unánime en la doctrina de esta Sala y «Así la sentencia de 15-septiembre-2009 señalaba que, la cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la citada STS/IV 21-enero-2009 (recurso 1627/2008 ), con doctrina seguida por la STS/IV 14-julio-2009 (recurso 2811/2008 ), recordando que los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados han sido examinados por esta Sala, entre otras, en la STS/IV 10-octubre-2005 (recurso 2775/2004 ), en la que con cita de la STS/IV 11-mayo-2005 (recurso 4162/2003 ), se razona señalando que es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, lo siguiente: son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre que lo desarrolla (BOE 8-1-1999) ... los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.- Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho ... Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21- 2- 97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2104/1984, 2546/1994 y 2720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto ...que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad.»

Tal y como resulta del artículo 15 a) del ET , este contrato podrá realizarse cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

En el supuesto de autos, la obra o servicio para la que ha sido contratado el actor no solo no tenía autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del ayuntamiento, ni su ejecución era limitada en el tiempo, se trata de una actividad habitual de la empresa, que se desarrolla permanentemente y cuya ejecución, por tanto, no es limitada en el tiempo, por lo que no estando acreditada la causa de la temporalidad, y superados los límites temporales, su relación laboral era la de indefinido no fijo y el cese del actor habría de ser calificado como despido improcedente.

4.-Y por ultimo que ( STS 6-10-2015 ) ...el Tribunal Supremo estableció en su sentencia de Pleno de 24 de junio de 2.014 (recurso 217/2013 ) su doctrina en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes, no de cobertura reglamentaria después de sacar a concurso la o las vacantes ocupadas por ese personal laboral. En ella, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS 22 de julio de 2.013 -recurso 1380/2012 - y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores , había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto, según los casos, en los artículos 51 y 52 ET , en relación con la propia Disposición Adicional y en función del número de trabajadores afectados, 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.

Pero en el supuesto de autos, como se afirma en la sentencia recurrida, no se trata de la amortización de la plaza que ocupaba el demandante en el ayuntamiento demandado como indefinido no fijo, sino que se ha llevado a cabo un proceso reglamentario, con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han 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 esa causa, que era la que válidamente podría 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 , a la que, no obstante, la doctrina de la Sala ha 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 ya explicadas en relación con los principios de acceso a puestos públicos.

... 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 13ª 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 reciente 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 (desde el salario de 1854,33 y la antigüedad acreditada de 3 de julio de



2000) y que asciende a 18.288 €.; al tener en cuenta los siguientes elementos del texto de la Directiva que en detalle comenta Juan Ramón (TSJ Cataluña):

Concepto de trabajador temporal.- El concepto de "trabajador con contrato de duración determinada", se concreta en los siguientes términos (cláusula 3.1): "trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado".

Exclusiones.- En relación al ámbito de aplicación, la cláusula 2.2 permite la exclusión por la legislación nacional de "las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje", así como de "los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos"

Principio de no discriminación.- Dentro del régimen regulador de la contratación temporal se contempla el denominado principio de "no discriminación", conforme al cual en materia de "condiciones de trabajo" se interdice el trato menos favorable de un trabajador temporal respecto a "los trabajadores fijos comparables" (cláusula 4.1). Y por este último concepto debe entenderse (cláusula 3.2): "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña". Y si no existe otra persona asalariada comparable en el mismo centro de trabajo el juicio de similitud debe efectuarse "haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

Medidas contra el uso abusivo de la temporalidad.- La cláusula 5 del Acuerdo marco permite que los diferentes Estados miembros incluyan en su legislación mecanismos punitivos por la "utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada", contemplándose una serie de medidas aplicables.

En esa tesitura el criterio fijado en la sentencia se centra en las siguientes consideraciones: El objetivo del Acuerdo Marco es la mejora de las situaciones laborales de los contratados temporales. De esta forma, se establecen derechos equiparables con el objeto "de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida", por lo que no resulta posible efectuar interpretaciones restrictivas (apartados 24 a 27).

La indemnización por fin de contrato se integra dentro de las "condiciones de trabajo", objeto del juicio de comparación entre trabajadores indefinidos y temporales, al estar vinculada con el "empleo", "es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario", en tanto que aquélla "se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario" (apartados 28 a 32).

En consecuencia, la legislación española incurre en un trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos "en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados" (apartados 33 a 39). Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto al resto de modalidades contractuales temporales que se apuntan en la cuestión prejudicial (obra o servicio, eventual e indefinidos no fijos), en tanto que el Acuerdo Marco no prevé cláusula antidiscriminatoria entre los diferentes contratos temporales (apartados 36 a 38).

Por otra parte, el supuesto de hecho no está incluido dentro del régimen de posibles excepciones, en tanto que los hechos concurrentes ponen en evidencia - interinidad por sustitución- que la señora de Dionisio estaba realizando idénticas funciones que el trabajador indefinido que sustituía y ostentaba la formación suficiente para ocupar el correspondiente puesto de trabajo.

El TJUE analiza finalmente en los apartados 44 a 52 si concurre o no una causa justificada para el trato desigual. La conclusión es negativa, por las siguientes razones:

El concepto "razones objetivas" que da lugar a la concurrencia de causa justificativa requiere "que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Para proseguir: "tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro".



Sin embargo, la existencia de una norma nacional que establezca el trato diferenciado no es causa justificadora, como tampoco lo son las peculiaridades del empleo en las Administraciones públicas.

Es por ello que "la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada".

Se ha apuntado por algún autor que la sentencia sólo tiene efecto directo sobre el caso enjuiciado, por lo que los jueces españoles deberán continuar aplicando el derecho vigente hasta un posible cambio normativo. Es ésa una hermenéutica que no comparto: el juez nacional no puede desconocer el contenido de dicha sentencia (aplicación conforme) cuando interprete la legislación española. Y ello porque, normas comunitarias al margen, está así obligado por el art. 4 bis 1 LOPJ.

Sin embargo, es cierto que los órganos judiciales de un país miembro no pueden aplicar en forma directa una Directiva contraviniendo la legislación de cada Estado en pleitos entre particulares, debiendo en todo caso hacer una interpretación de las normas que rijan en el mismo de conformidad con la Directiva o, en su caso, acudir a formular una cuestión prejudicial. Pero, pese a ello, como señalan acertadamente CARLOS PRECIADO y RAFA LÓPEZ PARADA, el principio de indisponibilidad sobre la normativa nacional no se aplica en aquellos casos en los que esté en juego la aplicación de un principio general del Derecho de la Unión, al regir aquí el efecto directo horizontal. En este supuesto el órgano judicial está obligado a "garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio"[1], siempre que la norma comunitaria sea clara. Y en este caso cabe observar que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales interdice cualquier discriminación, lo que constituye además un principio del Derecho comunitario desde antiguo. Es cierto que en el referido artículo, tras esa declaración genérica se contemplan una serie de situaciones y colectivos entre las que no se encuentra la temporalidad. Sin embargo, los preceptos de las normas comunitarias fundamentales se interpretan en relación a las Directivas. Y en el presente caso parece evidente que la prohibición de discriminación entre las condiciones contractuales de los trabajadores temporales y los indefinidos que regula el Acuerdo Marco es suficientemente clara y evidente para que opere la prevalencia aplicativa por el juez nacional de la normativa comunitaria al no estar su contenido condicionado, máxime cuando existen pronunciamientos del TJUE previos que la interpretan.

También en un sentido similar se ha expresado el Tribunal Constitucional. Se desprende de la doctrina del mismo que un juez no puede dejar de aplicar una norma española y optar por la otra comunitaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial. Ahora bien, sí puede inaplicar el derecho nacional si existe ya en un supuesto similar un pronunciamiento del TJUE el órgano judicial. Se afirma así en la STC 232/2015, de 5 de noviembre: "este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para asuntos semejantes (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver, como era el asunto Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto "aclarado" por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial "materialmente idéntica" planteada en un "asunto análogo" ( Sentencia asunto Cilfit de 6 de octubre de 1982 , apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso"; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ( art. 24.1 CE ) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio , y 290/2006, de 9 de octubre)".

Y puesto que, los jueces de lo social españoles estamos obligados a aplicar el contenido de dicha sentencia, con prioridad sobre el art. 49.1 c) ET .

Y tratándose en el caso de la demandante de una relación laboral indefinida no fija, la indemnización de 20 días por año que fija la STJ es procedente.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,





## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Humberto 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 declarando el derecho del actor a la indemnización de 18.288 €, condenando al Concello de Culleredo demandado a su abono; confirmando la sentencia recurrida en el resto de los pronunciamientos

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este 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.