



Roj: **STS 381/2018 - ECLI:ES:TS:2018:381**

Id Cendoj: **28079140012018100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **3917/2015**

Nº de Resolución: **64/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 6894/2015,**
STS 381/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3917/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 64/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria), representada y defendida por la Letrada de la Xunta de Galicia Sra. Carballo Neira, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 18 de septiembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 2297/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, en los autos nº 264/2014, seguidos a instancia de D. Carlos María contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda interpuesta por D. Carlos María contra CONSELLERÍA DE ECONOMIA E INDUSTRIA debo absolver y absuelvo a la Consellería demandada de todas las pretensiones de la demanda.»



Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El demandante D. Carlos María , DNI nº NUM000 , venía prestando servicios para la Consellería de Industria de la Xunta de Galicia desde el 1 de abril de 2003, con categoría profesional de Ingeniero Técnico Industrial y salario mensual de 2211,47 euros.

2º.- El demandante inició la relación laboral en virtud de contrato de trabajo de duración determinada suscrito con el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales, siendo el objeto de dicho contrato la obra "objetivo del Convenio-Adenda del Convenio de colaboración entre la Xunta de Galicia y el Consello Galego de Enseñeiros Técnicos Industriais suscrito el 27 de diciembre de 2002".

3º.- En su día el demandante interpuso reclamación previa y posterior demanda por despido que dio lugar al procedimiento nº 104/2008 seguido ante el Juzgado social nº 1 de Pontevedra, en el que se dictó sentencia en fecha 26 de junio de 2008 que declaraba la improcedencia del despido del demandante y reconocía la integración del mismo en la plantilla de la Xunta de Galicia al apreciar la existencia de cesión ilegal y haber optado el actor por ser trabajador indefinido de la Xunta de Galicia.

4º.- En fecha 21 de enero de 2009 el TSJ de Galicia dictó sentencia revocando la dictada en instancia en el procedimiento nº 104/2008, declarando la nulidad del despido de D. Carlos María y condenando a la Xunta de Galicia a su readmisión en las mismas condiciones existentes antes del despido.

5º.- Con anterioridad el demandante había interpuesto reclamación previa y posterior demanda para que se declarase la existencia de cesión ilegal entre el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Vigo y la Xunta de Galicia, demanda que dio lugar al procedimiento nº 269/08 seguido ante este Juzgado, en el que se dictó sentencia en fecha 14 de noviembre de 2008 declarando la existencia de cesión ilegal del trabajador demandante, así como su condición de personal laboral indefinido al servicio de la Xunta de Galicia y con una antigüedad de 2 de abril de 2003.

6º.- Por acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de abril de 2010 se aprobó la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Economía e Industria, y en esta relación de puestos de trabajo figuran determinados puestos como de adscripción exclusiva a funcionarios de la Xunta de Galicia y con la observación de "ocupado por personal laboral indefinido non fixo". Entre esos puestos de trabajo se encuentra el ocupado por el aquí demandante D. Carlos María , cuya denominación es la siguiente: IN.C99.10.000.36001.056. En demandante tomó posesión en este puesto de trabajo el 28 de abril de 2010.

7º.- Por Orden de la Consellería de Facenda de 28 de noviembre de 2012 se convocó concurso de puestos de trabajo vacantes en la Administración especial de la Xunta de Galicia, incluyéndose en el referido concurso el puesto de trabajo IN.C99.10.000.36001.056.

8º.- El 3 de febrero de 2014 se le entregó una nota informativa al aquí demandante en la que se ponía en su conocimiento que el puesto de trabajo que venía ocupando había sido elegido por uno de los aspirantes que había superado el proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo de grado medio de la Xunta de Galicia, subgrupo A2, escala de ingenieros técnicos industriales. En la referida nota se le indicaba al trabajador que en cuanto se produjese la toma de posesión se daría por finalizada su relación laboral.

9º.- El 21 de febrero de 2014 se le entregó a D. Carlos María la diligencia de cese de fecha 21 de febrero de 2014, en la que el trabajador manifestó su no conformidad.

10º.- El 14 de febrero de 2014 el aquí demandante interpuso demanda, que dio lugar al procedimiento nº 101/2014 seguido ante el Juzgado social nº 4 de Pontevedra, en la que solicitaba entre otras cuestiones que se declarase que tenía derecho a ocupar un puesto como personal laboral, siendo contraria a derecho la adscripción a una plaza de funcionario, y que se declarase también que la plaza que ocupaba estaba reservada para el correspondiente proceso extraordinario de consolidación por concurso- oposición. Previamente había presentado en noviembre de 2013 reclamación previa a los mismos efectos.

11º.- Frente a la comunicación de cese interpuso el actor reclamación previa y posterior demanda por despido, que ha dado lugar al procedimiento que ahora nos ocupa.

12º.- El demandante ostenta la condición de Delegado de Personal.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos María contra la Sentencia de 11 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra , dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Xunta de Galicia, la Sala la revoca y, con estimación en su integridad



de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declaramos la nulidad de la extinción del contrato de trabajo del demandante acordado por la demandada, y, en consecuencia, condenamos a la demandada a la readmisión inmediata del demandante en su puesto de trabajo y con abono de salarios dejados de percibir.»

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Sra. Carballo Neira, en representación de la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria), mediante escrito de 11 de noviembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2014 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 23.2 y 103.2 CE , 49.1.b) y DA ET , 9.2 y 70.1 EBEP, 10.1 LFPG , 3.1.c) Ley 12/92 de Galicia y art. 4.2 RD 2720/1998 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 26 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- No habiéndose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión litigiosa gira alrededor del cese de un empleado, indefinida no fija al servicio de la Xunta de Galicia. En concreto, como consecuencia de que la plaza ocupada se adjudica a quien posee la condición de funcionario. El asunto es similar a otros ya conocidos y resueltos por esta misma Sala Cuarta.

1. Hechos relevantes.

A) El accionante viene prestando servicios para la Xunta de Galicia como personal laboral indefinido no fijo desde el 1 de abril de 2003 y categoría de Ingeniero industrial.

B) Como consecuencia de un proceso judicial, en 2008 se declara que el actor ha sido objeto de cesión ilegal (del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales a la Xunta) y que es indefinido no fijo.

C) En 2009 el Tribunal Superior declara nulo el despido del actor, condenando a la Xunta a su readmisión.

D) Por Diligencia de readscripción derivada de la modificación de la RPT, se asigna al actor el puesto de trabajo con código: "INC991000036001056", del que toma posesión el 28 de abril de 2010.

E) Por Orden de la Consejería de Hacienda de 28 de noviembre de 2012 se convoca concurso de puestos de trabajo, incluyéndose el antecitado.

F) En noviembre de 2013 presenta reclamación administrativa solicitando su adscripción a una plaza de personal laboral.

G) Mediante Diligencia de 3 de febrero de 2014 se cesa al actor, invocándose como causa la incorporación del titular, en virtud de la "Orden do 29/1/2014 pola que se adxudica destino definitivo aos funcionarios que superaron o proceso selectivo ao ingreso no corpo facultativo escala de exeñeros industrias Da X.G. (DOG Nº 32 DO 17/2/2014)".

H) El 14 de febrero de 2014 el actor formula demanda solicitando se declare que tiene derecho a ocupar puesto de personal laboral.

2. La sentencia recurrida.

Sobre los expuestos presupuestos de hecho, la STSJ Galicia 4964/2015, de 18 septiembre (rec. 2297/2015), acepta una rectificación fáctica (sobre el alcance de su reclamación previa) y declara que el cese impugnado debe ser calificado como despido, pues el hecho de que se hubiese amortizado la plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrito, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el art. 49.1.b) ET .

La resolución examina el problema desde la perspectiva doble de constitucionalidad o vulneración de derechos fundamentales y desde la propia de la legalidad ordinaria, atenta a la existencia de una causa extintiva, Considera que ni concurre causa de terminación (pues la amortización de una plaza funcional a la que



indebidamente se ha adscrito carece de valor) ni se ha producido el proceso de consolidación de empleo a que tiene derecho.

En sentido contrario, considera concurrente un indicio vulnerador del derecho a la indemnidad, pues ya hubo un juicio entre las partes sobre la condición laboral del demandante y, además, en el momento del cese, tiene pendiente una reclamación previa pendiente de resolución.

Sentado lo anterior, califica el despido como nulo, porque se ha vulnerado la garantía de indemnidad.

3 . El recurso de casación y el Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 11 de noviembre de 2015 la Letrada de la Xunta de Galicia formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, centrado en el tema atinente a la legalidad del cese de un trabajador indefinido no fijo cuando el puesto desempeñado pasa a ser ocupado por funcionario público.

Considera que se vulneran diversos preceptos constitucionales y legales, tanto del Estado cuanto de Galicia e incluso del convenio colectivo aplicable.

Aporta de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2014 (Rec. 2851/13).

B) Con fecha 6 de octubre de 2016 el Ministerio Fiscal emite el Informe previsto en el artículo 226.3 LRJS , considerando que el recurso debe fracasar. Subraya que el asunto es idéntico al afrontado en el recurso 2059/2015.

Considera que el trabajador tiene derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada y a ser adscrito a una plaza de tales características. Por lo tanto, su adscripción a la plaza de funcionario que iba a ser amortizada no puede entenderse sino como incumplimiento del derecho derivado de esta situación, lo que hace que la Sala califique la situación como de despido. Y la existencia de posible represalia (no desvirtuados los indicios) aboca a la nulidad del cese.

4 . Examen de la sentencia referencial.

A) La STSJ Galicia 6 marzo 2014 (rec. 2851/2013), invocada para el contraste, aborda un supuesto muy similar al presente.

La actora (Veterinaria) venía prestando servicios como personal laboral indefinido no fijo para la Xunta de Galicia, ocupando una plaza reservada, según la RPT, a funcionario público.

Una STSJ Galicia (2009) declara que el despido de la actora es nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

La plaza fue cubierta definitivamente por personal funcionario y por tal motivo fue cesada la actora.

La actora había obtenido una sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense en la que se declaró que tenía derecho a ocupar una plaza de personal laboral, reservada para el proceso selectivo correspondiente de consolidación, teniendo por tanto derecho a ser adscrita a una plaza de personal laboral.

B) Tanto el Juzgado de instancia como la Sala de lo Social concluyen que no ha existido despido y si un cese lícito del contrato de trabajo pues es legal y correcto el citado cese derivado de la definitiva cobertura del puesto de trabajo que ocupaba la actora tras el correspondiente proceso de selección.

C) La sentencia desestima que se hubiera producido una vulneración de la garantía de indemnidad por parte de la Xunta con el cese de la actora, pues si bien han quedado acreditados indicios de la posible vulneración, la parte demandada los ha destruido. El cese era legítimo y no existía derecho de la actora a ser asignada a otro puesto de trabajo.

5 . Precedentes relevantes.

Asuntos muy similares al presente y en los que se ha invocado la misma sentencia referencial han finalizado con pronunciamientos de ausencia de contradicción.

A) En el Auto de 11 de noviembre de 2015 (rec. 1089/2015) hemos abordado un supuesto de gran similitud al presente y con la misma sentencia referencial. Pero en él se concluye que " *la contradicción entre las sentencias comparadas es inexistente, a pesar de que en ambos casos se trata de trabajadores indefinidos no fijos cuya relación se extingue al quedar cubierta su plaza por personal funcionario. Ahora bien, en el caso de autos, la adjudicación de la plaza de la actora se produce a través de un concurso de traslado de funcionarios mientras que en la de contraste la cobertura de la plaza se produjo tras proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, Grupo A, escala de Veterinarios, como personal funcionario* ".



Asimismo se añade que "el recurso no puede ser admitido a trámite por falta de contenido casacional pues la sentencia recurrida ha resuelto de conformidad con la doctrina de esta Sala, contenida en la STS, Pleno, 24/6/2014, RC 217/2013 , que con rectificación de la doctrina tradicional, declara que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos y debe acudir al procedimiento de los artículos 51 y 52-c) ET, en aplicación de la Disp. Adicional 20ª ET ".

B) En el Auto de 13 enero 2016 (rec. 1359/2015) también se examina si la extinción de un contrato indefinido no fijo puede llevarse a cabo reglamentariamente mediante un concurso de traslados entre funcionarios o, por el contrario, requiere del correspondiente proceso selectivo de ingreso.

La contradicción entre las sentencias comparadas (siendo la referencial la misma que ahora) se descarta pues si bien en ambos casos se trata de trabajadores indefinidos no fijos cuya relación se extingue al quedar cubierta su plaza por personal funcionario, en el caso de autos la adjudicación de la plaza de la actora se produce a través de un concurso de traslado de funcionarios, mientras que en la de contraste la cobertura de la plaza se produjo tras proceso selectivo para el "ingreso" en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, Grupo A, escala de Veterinarios, como personal funcionario.

C) Respecto de asunto idéntico al presente, la STS 1053/2016, de 13 diciembre (rec. 2059/2015), ha considerado que concurre la igualdad exigida por el art. 219.1 LRJS en lo que allí es uno de los tres motivos de recurso:

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

D) Asimismo, la STS 654/2017 de 20 julio (rec. 2832/2015), en caso muy similar, considera concurrente la contradicción, aunque allí no se ha calificado el cese como nulo sino como improcedente.

6. Concurrencia de la contradicción.

Como queda expuesto, en este caso la plaza desempeñada por el demandante se ha ocupado tras un proceso selectivo, al igual que sucede en el caso de la sentencia referencial. Por lo tanto, la razón acogida por nuestros Autos para descartar la contradicción del art. 219.1 LRJS no concurre ahora.

En el presente caso no concurre el motivo singularizador apreciado por los dos Autos de 2105 y 2016, y sí son del todo válidas las valoraciones realizadas por las SSTS 1053/2016 y 654/2017 que acabamos de recordar. Elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley nos llevan a entender que aquí concurre la contradicción entre sentencias que el recurso de la Xunta preconiza.

Consideramos por tanto que concurre la contradicción entre las sentencias opuestas, coincidiendo en ello con el parecer del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Doctrina de la Sala.

Puesto que la figura del personal indefinido no fijo, fragmentadamente acogida por alguna norma, deriva de una construcción jurisprudencial es lógico que las diversas posiciones sostenidas al hilo de un problema prototípico de ella se basen en lo expuesto por sentencias de esta Sala Cuarta. De cara a resolver el supuesto planteado con arreglo a nuestra doctrina, por tanto, interesa recordar dos criterios que aparecen estrechamente enlazados.

1. Cese de indefinido no fijo en plaza funcional, por amortizarse la misma.

Las SSTS 7 julio 2015 (rec. 2598/2014), 508/2016 de 9 junio (rec. 25/2015) y 1053/2016 de 13 diciembre (rec. 2059/2015) abordan el mismo caso: determinar si el cese del actor fundado en la ocupación de la plaza



de funcionario que venía desempeñando (a pesar de ser laboral, indefinido no fijo) puede calificarse como despido. En ellas se sostiene lo siguiente:

«La Sala considera que el cese de la actora debe ser calificado como despido porque el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita la demandante, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET , para extinguir el vínculo laboral. Así, dice la sentencia que no cabe hablar de cobertura reglamentaria de la plaza ni de amortización, ya que el vínculo laboral continúa subsistente al tratarse de una plaza de funcionario que se amortiza y que la trabajadora ocupaba indebidamente, de forma que el cese de la trabajadora, por amortización, debe ser calificado como despido».

Y ello con independencia de la forma del cese pues en las aludidas sentencias se recuerda que

«Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]».

2 . Cese de indefinido no fijo en plaza laboral.

La STS 257/2017 de 28 marzo aborda el caso de una trabajadora de ente público, indefinida no fija. Convocado concurso oposición para cubrir la plaza que ocupaba, la misma participó sin éxito en ese concurso, en el que la plaza se adjudicó a una tercera persona que la ocupó.

" El debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato " .

La doctrina, sentada por el Pleno de esta Sala, ha sido seguida posteriormente por SSTs 402/2017 de 9 mayo y 421/2017 de 12 mayo , entre otras.

TERCERO.- Aplicación de doctrina y precedente de la Sala.

El caso estudiado es del todo similar a los afrontados por las SSTs 1053/2016 y 654/2017 . Como hemos expuesto más arriba, lo que venimos sosteniendo es que el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita el demandante, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET , para extinguir el vínculo laboral.

Por otro lado, la concurrencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales lleva a que el despido sea calificado como nulo cuando la empleadora no aporta elementos que lo contrarresten. La tesis patrocinada por la entidad recurrente es, justamente, la opuesta.

Por tanto, elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley nos llevan a reiterar sus argumentos.

1 . Existencia de despido.

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

2. El proceso de consolidación en juego.

A) En lo que aquí interesa, el último párrafo de la *Disposición Transitoria 10ª del V Convenio General* único del personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia dispone:

«Para aquel personal que tenga una antigüedad posterior al 30-6-1998 y anterior al 1-1-2005 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, o fuese contratado directamente por la Xunta de Galicia bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural, o aquel integrado por transferencia será objeto de un proceso de consolidación de empleo según lo establecido en la disposición



transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público y la disposición adicional decimoquinta de este convenio».

B) La cuestión controvertida estriba en determinar si la situación del actor encaja o no en las previsiones citadas; y resulta obvio puesto que del transcrito párrafo se infiere que, a diferencia de lo que exige la primera parte de la disposición reseñada, los únicos requisitos que dan lugar a la aplicación del supuesto allí previsto son dos: por un lado que el interesado tenga a su favor una sentencia judicial que le reconozca su condición de indefinido no fijo; y, por otro, que tenga una antigüedad posterior al 30 de junio de 1998 y anterior al 1 de enero de 2005. Ambas condiciones las cumple el actor: la primera por cuanto que su condición de personal laboral indefinido no fijo fue establecida por *sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra de fecha 26 de junio de 2008*. La segunda deriva del hecho -constatado en el relato fáctico de la *sentencia de instancia de que la antigüedad del actor es del 1 de abril de 2003*, fecha comprendida en las condiciones fijadas en la referida Disposición Transitoria 10ª del Convenio.

C) Todo ello se inserta sin dificultad en la previsión contenida en la *Disposición Adicional 14ª Ley de la Función Pública de Galicia*, aprobada por el RDL 1/2008, de 13 de marzo - aplicable al caso por razones cronológicas- según la que:

«Dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad y con el objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público en la Administración general de la Xunta de Galicia, la comunidad autónoma gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario para la sustitución de empleo interino o temporal por empleo fijo. ... El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que continúen, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria. Las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen».

3. La garantía de indemnidad.

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

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

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

-En el ámbito de la tutela derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el artículo 181.2 LRJS al establecer que, en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

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



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

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

4. Los precedentes.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto aquí examinado conduce a la desestimación del recurso. Seguimos así el parecer que hemos asumido en los casos similares; en la citada STS 7 de julio de 2015 (rcud. 2598/2014), en un asunto sustancialmente igual al presente, ya se dice que:

«no hay duda de que la actora fue cesada cuando tenía en trámite su demanda de reconocimiento de derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y a ser adscrita a una plaza de tales características, por lo que es claro que su cese ha podido producirse también como represalia frente a una actuación o actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos, máxime cuando, ya con anterioridad había obtenido otra sentencia declarando la nulidad de un despido precedente. En tales circunstancias, correspondía a la Xunta de Galicia acreditar que el cese fue ajeno a todo propósito de represalia o de lesión de un derecho fundamental, y esa prueba desvirtuadora de tales indicios no se ha producido, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento de la actora a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndola a una plaza de funcionario cuya amortización posterior se utiliza como cobertura para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme».

CUARTO.- Resolución.

Resumiendo cuanto antecede, podemos afirmar lo siguiente respecto del recurso de casación unificadora que vamos a desestimar:

Las peculiaridades de cada caso explican que asuntos análogos al presente hayan finalizado mediante resoluciones que descartan la contradicción, pese a invocarse la misma sentencia referencial.

La Xunta adscribe al trabajador, una vez que se le ha reconocido la condición de indefinido no fijo, a una plaza funcional. Por tanto, la doctrina sobre terminación específica del contrato indefinido no fijo (sin despido, pero con indemnización de 20 días por año) es inaplicable al caso.

La Xunta no ha llevado a cabo la válida amortización del puesto desempeñado. No estamos ante un supuesto de causa para el despido objetivo y deficiente formalización del mismo.

No estamos ante un contrato de trabajo temporal válidamente celebrado. El cese ocurrido no es subsumible en ninguna de las causas específicas del artículo 49.1.b ET).

Nos encontramos, por tanto, ante una terminación contractual, acordada por la empresa y sin encaje específico en las causas legalmente previstas, lo que equivale a un despido improcedente.

Sin embargo, la existencia de indicios de represalia, que no son contrarrestados por la empleadora, lleva a que la calificación del cese deba desplazarse hacia la nulidad.

De conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, hemos de desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia y declarar firme la sentencia de suplicación, aplicando lo previsto por el art. 235.1 LRJS ("la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso).

FALLO

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



- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Industria), representada y defendida por su Letrada.
- 2) Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4964/2015, de 18 septiembre (rec. 2297/2015), dictada resolviendo el recurso de suplicación nº 2297/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra , en los autos nº 264/2014, seguidos a instancia de D. Carlos María contra dicha recurrente, sobre despido.
- 3) Acordar que se dé a las consignaciones y depósitos que hubieran podido efectuarse el destino legalmente previsto.
- 4) Imponer las costas del presente recurso a la recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJDOJ