



Roj: **STSJ GAL 6019/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6019**

Id Cendoj: **15030340012018104324**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **3105/2018**

Nº de Resolución: **4904/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR JUSTICIA DE GALICIA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 27028 44 4 2016 0002488

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003105 /2018 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000812 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA DE INFRAESTRUCTURAS E VIVENDA, INSTITUTO GALEGO DE VIVENDA E SOLO , María Milagros

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD, LETRADO DE LA COMUNIDAD , RUBEN RODRIGUEZ ROMAN

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A:

ILMOS/AS SRES/AS. MAGISTRADOS.AS

D MANUEL DOMINGUEZ LÓPEZ

Dª Mª ANTONIA REY EIBE

Dª ISABEL OLMOS PARÉS.

A CORUÑA, a once de diciembre de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0003105 /2018, formalizado por la letrada de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de CONSELLERIA DE INFRAESTRUCTURAS E VIVENDA, INSTITUTO GALEGO DE VIVENDA E SOLO, contra la sentencia número 542 /2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000812 /2016, seguidos a instancia de María Milagros frente a CONSELLERIA DE INFRAESTRUCTURAS E VIVENDA, INSTITUTO GALEGO DE VIVENDA E SOLO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ISABEL OLMOS PARÉS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a María Milagros presentó demanda contra CONSELLERIA DE INFRAESTRUCTURAS E VIVENDA, INSTITUTO GALEGO DE VIVENDA E SOLO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 542 /2017, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, por la que se estimó parcialmente la demanda.

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

Primeiro.- María Milagros, maior de idade, presta os seus servizos como traballadora por conta allea para o INSTITUTO GALEGO DA VIVENDA E SOLO (adscrita á área provincial de Lugo) dende o 14 de xullo de 2005, coa categoría profesional de auxiliar administrativa (grupo IV, categoría 1) a tempo completo, relación laboral indefinida, salario percibido mensualmente por transferencia bancaria de 1565,99 euros brutos con inclusión da parte proporcional de pagas extraordinarias e non ostenta nin ostentou no último ano cargo de delegada de persoal ou representante dos/as traballadores/as. Segundo.- O 11 de outubro de 2016, foille entregada a María Milagros unha dilixencia de cesamento na que se establecía a extinción da relación laboral con efectos do 7 de outubro de 2016 pola incorporación da titular do posto. Con efectos económicos do 4 de outubro de 2016 Constanza tomou posesión do devandito posto de traballo como consecuencia da adxudicación definitiva realizada por concurso NUM000. Terceiro.- María Milagros formulou unha demanda contra EULEN e o INSTITUTO GALEGO DA VIVENDA E SOLO da que se derivou a sentenza do 3 de novembro de 2008 ditada polo Xulgado do Social núm. 3 de Lugo na que se declaraba a improcedencia do despedimento pola condición de indefinida. A sentenza foi parcialmente revogada pola STSX de Galiza do 12 de maio de 2009 na que se declaraba a nulidade do despedimento. Cuarto.- En execución da resolución xudicial, María Milagros tomou posesión con efectos do 7 de novembro de 2009 dun posto código 0. Posteriormente foi adscrita ao posto NUM001 pola entrada en vigor da RPT publicada no DOG 22/12/2010) tratándose dun posto de funcionario ocupado por persoa con vínculo laboral. Finalmente a traballadora foi readscrita ao posto con código NUM002 tras a aprobación da RPT do INSTITUTO GALEGO DA VIVENDA E SOLO, tratándose tamén dun posto de funcionario ocupado por persoal laboral. Quinto.- Mediante a Resolución da Dirección Xeral da Función Pública do 20 de xullo de 2016 (DOG 26/07/2016) resolveuse o concurso convocado por resolución de 19 de maio de 2015, adxudicándose a Constanza a praza da que tomou posesión con efectos económicos do 4 de outubro de 2016. Sexto.- Entre o 7 de outubro de 2017 e os 90 días anteriores produciuse na Xunta de Galiza un total de 691 ceses/despeditos por fin de interinidad e incorporación do titular no posto segundo o desglose que e efectúa na certificación do folio 176 dos autos que se dá por integramente reproducida. Sétimo.- María Milagros presentou dúas reclamacións previas en setembro de 2016 por reclamación de dereito. Oitavo.- María Milagros formulou un recurso de reposición inadmitido por resolución do 11 de outubro de 2016.

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

DECISION.- Acollo parcialmente a demanda formulada por María Milagros contra a Consellería de Infraestructuras e Vivenda e INSTITUTO GALEGO DA VIVENDA E SOLO de tal xeito que declaro procedente o cese con efectos do 7 de outubro de 2016, se ben as demandadas deberán aboar à traballadora a cantidade como indemnización de 11552,39 euros.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte la demanda de despido interpuesta por la demandante doña María Milagros contra el Instituto Galego de Vivenda e Solo (en adelante IGVS) y la Consellería de Infraestructuras e Vivenda de la Xunta de Galicia, declarando procedente el cese con efectos de 7 de octubre de 2016, pero condenando a las codemandadas a abonar a la trabajadora una indemnización de 11.552,39 euros (20 días de salario por año de servicio).



Frente a este pronunciamiento se alza la Letrada de la Xunta de Galicia interponiendo recurso de suplicación en base a un primer y único motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) de la LRJS. Dicho recurso ha sido impugnado de contrario. Recurre asimismo la representación letrada de la parte actora en base a dos motivos de recurso con amparo en las letras b) y c) de la LRJS.

SEGUNDO.- Comenzaremos por razones lógicas con el recurso de la parte actora al pretender la revisión del relato fáctico al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) de la LRJS. En concreto en su primer motivo se pretende que se añada determinadas precisiones al hecho probado sexto tales como que " *O número de traballadores que prestaban servicios no Instituto Galego da Vivenda e Solo (IGVS) ao tempo da impugnación do cesamento son 229; os cesamentos que se produciron por mor das adxudicacións dos postos a funcionarios no mesmo concurso de traslados que provocou o cesamento da demandante son os seguintes: total 39*".

Se sustenta para ello en los folios 35 y 36, que se corresponde con certificado de 16-1-2017 emitido por el jefe del servicio de gestión de RRHH de la demandada. Se accede a lo que se pide al tratarse de documento hábil de los que se desprenden dichos extremos, por si tuviera trascendencia para resolver la cuestión litigiosa.

TERCERO.- Seguimos con el recurso de la trabajadora quién en su segundo motivo, con amparo en el art. 193 c) de la LRJS, alega la infracción de los arts. 51, 52 y 53 y DA 16ª y concordantes del ET, así como del art. 124 11º de la LRJS.

Se argumenta en dicho motivo que el IGVS cesó a 39 trabajadores con ocasión del concurso de traslado teniendo una plantilla de 229, siendo que, también se ha declarado probado por remisión al folio 176 (certificado de la Dirección Xeral de la Función Pública de la Xunta), en el período entre el 7 de octubre de 2017 y 90 días antes la Xunta cesó por fin de interinidad un total de 691 trabajadores.

En efecto, a la trabajadora demandante le fue reconocida su condición de personal laboral indefinida no fija por sentencia judicial en el año 2008 por causa en la cesión ilegal denunciada entre Eulen y el IGVS, siendo adscrita en ejecución de la sentencia que así lo reconoció a un puesto de funcionario; últimamente se le adscribió al puesto con código NUM002 tras la aprobación de la RPT del IGVS, tratándose también de un puesto de funcionario, si bien manteniendo como es lógico su condición de personal laboral.

El cese ahora impugnado, con efectos de 7 de octubre de 2016, tiene por causa la incorporación de la titular del puesto en virtud de adjudicación definitiva realizada con ocasión del concurso NUM000, esto es, la cobertura reglamentaria de la plaza.

El hecho de que en el mismo concurso se produjera el cese de otros 38 trabajadores, sumando en total 39 de una plantilla, la del IGVS, que cuenta con 229 trabajadores, no obliga a acudir a los trámites de los despidos colectivos.

El concepto de despido colectivo que maneja la Directiva 98/59/CE, más amplio que el que maneja el derecho interno, se contiene en el art. 1.1.a) de la misma, que establece que: a) *se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros...[...] y señala a continuación los umbrales numéricos.*

Más adelante, pero en el mismo precepto se dice que: "A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5".

Por último el art. 1.2 de la Directiva establece que la misma no se aplicará: " a) a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos".

Vemos como el concepto de despido de la Directiva engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y en consecuencia sin su consentimiento. Ahora bien ello no significa que cualquier extinción que reúna esos dos requisitos, a saber, una relación laboral existente y la falta de consentimiento del trabajador, sea un despido, sino que la equiparación es a los solos efectos del cálculo de los umbrales previstos en el art. 1.1.2º de la citada Directiva para determinar la existencia de despido colectivo. Esto implica que las extinciones de contrato asimiladas al despido solo se tienen en cuenta para calcular el umbral que permite aplicar la Directiva, pero los trabajadores afectados por ellas no se benefician de las medidas de protección (Conclusiones del asunto Pujalte Rivera, C- 422/14 del TJUE)

Ese es el caso de la actora cuyo contrato vigente se ha extinguido por cobertura reglamentaria, siendo una trabajadora indefinida no fija, siendo esta extinción asimilable al despido, pero a los solos efectos de determinar



los umbrales a partir de los cuáles existe un despido colectivo, lo que no significa que se pueda beneficiar de la protección establecida para el mismo, pues no es más que una extinción asimilada.

Y ello en tanto en cuanto la actora es una trabajadora cuyo contrato es de duración determinada, en el sentido expresado también por la Jurisprudencia Comunitaria. El TJUE en su sentencia de 21 de noviembre de 2018, la segunda sentencia recaída en el mismo caso De Diego **Porrás**, que ha establecido que el concepto de contrato de duración determinada del Acuerdo Marco no es solo aquél contrato que tiene un día concreto o término de expiración pactado, sino también aquél que depende de un advenimiento, de un suceso que necesariamente tiene que llegar, lo que concurre en el caso de una trabajadora indefinida no fija, pues dicho contrato se extingue por la cobertura reglamentaria.

Con distintas palabras lo ha reconocido el TS, por ejemplo en sentencia de 2 de abril de 2018 (Recurso 27/2017), dónde analiza la evolución jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, y cita entre otras, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013, Universidad Politécnica) según la cual: "De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada, pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P)". Calificación que es acorde con la doctrina Vernaza Ayovi - STJUE 25 de julio 2018- en la que el TJUE (al igual que en el caso Huétor Vega) confirma la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos a los ojos de la Directiva 1999/70.

Ello determina que la actora, en cuanto indefinida no fija, es una trabajadora cuyo contrato está sujeto a una duración concreta, y por tanto su contrato se extinguirá cuando se cubra el puesto que ocupa, lo que le excluye de las garantías de la Directiva que, como hemos visto, no se aplica a los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos, o si estamos ante contratos temporales fraudulentos, lo que no es el caso.

Solo sería aplicable el trámite de los despidos colectivos y sus garantías en los casos de amortización de plazas, como ha señalado la STS de 18 de abril de 2018 (Recurso: 524/2015), por remisión a la sentencia de la misma Sala de 24 de junio de 2014 (Rcud 217/2013), o en la de 30 de marzo de 2017 (Rcud 961/2015). En la STS de 24-6-2014 se cambió la doctrina existente hasta el momento, y se llega a la conclusión de que en caso de amortización, "la Administración debió acudir a la vía prevista en el art. 51 ET y al no hacerlo, la consecuencia no podía ser otra que la declaración de nulidad de los ceses, tal y como establecía el art. 124.9 (hoy 124.11) LRJS", y ello por la asimilación de la amortización a una causa de tipo objetivo. Expresamente se dice que: "*La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil , pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos".*

Y como quiera que estamos ante un supuesto de cobertura reglamentaria y no de amortización de la plaza, único supuesto que obligaría a acudir al art. 51 1º del E.T, no existe la obligación de acudir a los trámites del despido colectivo. El motivo y por ello el recurso de la trabajadora debe decaer.

CUARTO.- En cuanto a la censura jurídica que se le efectúa a la sentencia objeto de impugnación por la letrada de la Xunta de Galicia, al amparo del art. 193 c) de la LRJS, la misma se concreta en la infracción del art. 51 en relación al art. 53 de la LRJS en relación a la indemnización de 20 días por año de servicios aplicada por la sentencia de instancia, negando que sea de aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596-14, por no tratarse de cuestiones comparables.

Recordemos que la STJUE de 14 septiembre de 2016, en el caso Ana de Diego **Porrás**, concluyó que la denegación de indemnización por finalización del contrato de interinidad es contraria a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, "mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables".



Aunque, más recientemente, el mismo TJUE en sentencia de 21 de noviembre de 2018, en el asunto C619/17, (es el mismo caso Ana de Diego **Porrás**) ha señalado que " *La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.*

Dicha doctrina, sin embargo, no resulta aplicable al caso de autos, pues no estamos en presencia de una trabajadora interina, sino ante una trabajadora indefinida no fija, por sentencia judicial, tras haberse apreciado en el año 2008, la existencia de una cesión ilegal.

QUINTO.- Respecto de los trabajadores indefinidos no fijos, el TS ha establecido una indemnización de 20 días de salario en caso de extinción por cobertura reglamentaria de la plaza, pero no por aplicación de la doctrina De Diego **Porrás** (según la primera sentencia, la de septiembre de 2016), sino por entender que la causa extintiva, la cobertura reglamentaria, es asimilable a una causa objetiva. Así el TS en sentencia de 22 de febrero de 2018 (rcud 68/2016), citando la anterior STS de 28 marzo de 2017 (rcud 1664/2015, Pleno).

Recordemos que en una fase anterior la jurisprudencia había entendido que la indemnización que procede en caso de cobertura reglamentaria de la plaza de un indefinido no fijo era la prevista en la DT 13ª ET (hoy DT 8ª). Esta Jurisprudencia, que reconocía los 12 días de indemnización arguyó que la amortización de un indefinido no fijo llevada a cabo por el proceso reglamentario (con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada), no puede calificarse como despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato ex art. 49.1 b ET, reconociéndose el derecho a percibir la indemnización por extinción de un contrato temporal .

En la actualidad, como ya hemos dicho, el TS ha establecido una indemnización de 20 días de salario en caso de extinción por cobertura reglamentaria de la plaza en el caso de los trabajadores indefinidos no fijos, pero, también lo hemos dicho, no por aplicación de la doctrina De Diego **Porrás** (según la primera sentencia, la de septiembre de 2016), sino por entender que la causa extintiva, la cobertura reglamentaria es asimilable a una causa objetiva. El argumento que se utiliza es la asimilación a la causas objetivas del art. 52 del ET, aunque se matiza que la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 del ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción en cuestión podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

En estos casos concretos concurría, a juicio del propio TS, un dato relevante: la persona que posee la condición de indefinida no fija ha podido participar en las pruebas convocadas para acceder a desempeñar, en régimen definitivo, la plaza ocupada por ella.

Entendemos que el dato de que el trabajador o trabajadora haya podido participar o no en las pruebas no es un dato relevante a los efectos de obtener indemnización. El dato relevante a los efectos de establecer una indemnización es si esa condición de trabajo, la indemnización, debe ser la misma en caso de cobertura reglamentaria de la plaza, que la que existe para un trabajador fijo de plantilla cuando su contrato se extingue por causas objetivas, partiendo de la consideración de que un trabajador indefinido no fijo es un trabajador temporal, y no puede haber discriminación entre uno y otros por lo que respecta a las condiciones de trabajo conforme al art. 4 del Acuerdo Marco.

Como se ha razona en el fundamento anterior, la naturaleza temporal del contrato de un indefinido no fijo ha sido admitida por el TS. En la STS de 2 de abril 2018 (Rec. 27/2017), se ha vuelto a incidir sobre la naturaleza jurídica de este colectivo, los indefinidos no fijos, omitiendo el TS por completo su doctrina sentada en STS de 28 de marzo 2017 (Rec. 1664/2015), y vuelve a calificarlos como temporales, calificación que es acorde con la doctrina Vernaza Ayovi - STJUE 25 de julio 2018- en la que el TJUE (al igual que en el caso Huétor Vega) confirma la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos a los ojos de la Directiva 1999/70. La doctrina del TJUE en el caso Huétor Vega (Auto 11 de diciembre 2014, C-86/14) establece, por un lado, 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...". Planteamiento que se alineará con la doctrina que reconocía una indemnización a los indefinidos no fijos en



caso de cobertura reglamentaria de la plaza. También el TS, que a partir de la citada STS 24 de junio 2014, rec. 217/2013, ha sostenido que se trata de contratos sometidos a término

En el marco de la Administración Pública, el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, no es solo el resultado o la consecuencia de un uso abusivo de la contratación temporal, sino también, por ejemplo, el resultado de una contratación interina lícita si se supera un determinado plazo de tiempo, el plazo de tres años previsto en el art. 70 1º del EBEP, lo que entraña fraude de ley, o también, por ejemplo, el caso concreto de autos, la consecuencia de una cesión ilegal entre una empresa privada y la Administración Pública. Solo en casos muy concretos podríamos no encontrar una previa situación de fraude o abuso.

Así pues, en primer lugar, debe decirse que al tratarse de un contrato temporal, pero fruto o consecuencia de un previo abuso o fraude, no puede ser suficiente la indemnización sustentada en el art. 49.1.c) ET, cuantía de la indemnización establecida para la terminación de los contratos temporales, en cualquier caso, con independencia de la existencia de fraude y/o abuso.

Por otro lado, esa indemnización del art. 49 1º c) del ET no cumple una función de prevención, es decir, no es una de las medidas preventivas de las previstas en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Como ha señalado la STJUE de 21 de noviembre de 2018, caso de Diego **Porrás**, C619/17, en su apartado 94, "el abono de una indemnización por extinción de contrato, como la contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada".

Que la indemnización del art. 49 1º c) del ET no sea una medida para prevenir los abusos de los contratos temporales a los que se aplica o refiere no es relevante en el ámbito de esos mismos contratos, en tanto en cuanto el derecho español ha establecido otras medidas de prevención (por ejemplo, la duración máxima de un contrato de obra); también ha arbitrado medidas de sanción como es la posible conversión de los contratos temporales en indefinidos.

Pero en el sector público, a la falta de función de prevención de la indemnización de 12 días, se une la falta de función de sanción de la propia conversión en personal indefinido no fijo, pues al final la conversión no es tal, pues como hemos visto, la declaración de personal indefinido no fijo, en el ámbito del sector público, no implica en realidad la adquisición de la condición de fijo de plantilla; no es más que la conversión de un contrato temporal en otro temporal, y nada impide su extinción, llegado el caso, ante la cobertura reglamentaria, como en el caso concreto, o la amortización de la misma.

La doctrina del TJUE en el caso Huétor Vega (Auto 11 de diciembre 2014, C-86/14) establece, por un lado, 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...". Y, por otro, que "el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos 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".

La actora fue objeto de dos contrataciones, una eventual y otra por obra, sucesivas, para el mismo puesto, sometida a cesión ilegal, y desde la sentencia de 3 de noviembre de 2008, declarada indefinida (se entiende no fija), en proceso de despido que fue declarado nulo. Fue readmitida, y adscrita y readscrita en sucesivos códigos de puesto para, en definitiva, venir realizando desde 14 julio de 2005 hasta la cobertura, en 7 de octubre de 2016, la misma prestación de servicios.

De este modo, la elevación de la indemnización en estos casos a veinte días, sí puede tener un efecto disuasorio en origen, esto es, en el momento de la reiteración del contrato temporal sin causa, o bien en el momento del fraude, o bien en el de la cesión ilegal, o bien en el caso concreto que sea asimilable.

En todo caso, la diferencia de trato no se justifica, las expectativas de una trabajadora indefinida no fija de la Administración deberían ser las mismas que las de una trabajadora fija de plantilla en la misma Administración, o en una empresa privada, esto es, el mantenimiento del vínculo. Una trabajadora indefinida no fija, es una trabajadora temporal en origen, cuya certeza en orden a saber cuando su contrato temporal va a finalizar ha desaparecido desde el momento que ha sido víctima de abuso o fraude. Es cierto que las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término, pero ello se desvirtúa en el caso de un contrato temporal que por fraude o abuso ha devenido indefinido no fijo. Incluso la cobertura reglamentaria de la plaza es un futuro, un hecho tan futuro e incierto como lo es en una empresa privada, o en la propia Administración, la extinción por causas objetivas.



Es verdad que las circunstancias por las cuales un contrato fijo puede extinguirse por una de las causas previstas en el artículo 52 del ET, a iniciativa del empresario, no están previstas en el momento de su celebración y suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral (sentencia de 5 de junio de 2018, **Montero Mateos**, C677/16, apartado 61), pero éstas circunstancias, por la imprevisibilidad de la finalización del contrato, guardan paralelismo y equivalencia con las vicisitudes a las que se enfrentan los trabajadores indefinidos no fijos, en el ámbito del sector público, una vez cometido el fraude o el abuso de su contratación temporal. De este modo, llegado el momento de la extinción del vínculo no se justifica una diferente indemnización, pues también cabe predicar, del mismo modo, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación. Para muestra el caso de autos.

Concluyendo, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el art. 53.1.b) del ET en relación a los apartados c) y e) del art. 52 del ET para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas porque la cobertura reglamentaria de la plaza, lo que conlleva la desestimación del recurso de la Xunta y la confirmación de la sentencia de instancia.

SEXTO.- Conforme al art.235 de la LRJS procede la imposición de las costas del recurso a la empresa vencida en su recurso, IGVS, dependiente de la Xunta de Galicia, las que comprenderán los honorarios del letrado impugnante de su recurso por importe de 300 euros.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Xunta de Galicia y desestimando el recurso interpuesto por la trabajadora doña María Milagros contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Lugo, en proceso por despido promovido por doña María Milagros contra el INSTITUTO GALEGO DE VIVENDA E SOLO debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Procede la imposición de las costas del recurso a la empresa vencida en su recurso, IGVS, dependiente de la Xunta de Galicia, las que comprenderán los honorarios del letrado impugnante de su recurso por importe de 300 euros.

Pero si la indemnización que otorgamos es la misma que existe para el caso de la finalización del contrato temporal conforme al art... 49 1º c) del ET, que está prevista en cualquier caso, con independencia del abuso o fraude en su utilización, esa indemnización no sirve para evitar o sancionar el abuso o el fraude, el que concurre en todo caso, en un trabajador indefinido no fijo.

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

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

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

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

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

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

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