



Roj: **STSJ GAL 6362/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:6362**

Id Cendoj: **15030340012018104667**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2018**

Nº de Recurso: **3024/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15078 44 4 2016 0002645 **SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO**

Equipo/usuario: MP

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003024 /2018IP

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000898 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, Heraclio

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD, JESUS ANGEL VAZQUEZ FORNO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO/A SR/SRA MAGISTRADOS

D/Dª ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a catorce 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003024 /2018, formalizado por el/la D/D^a LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA,, en nombre y representación de CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000898 /2016, seguidos a instancia de Heraclio frente a CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a EMILIO FERNANDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Heraclio presentó demanda contra CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha dos de marzo de dos mil dieciocho

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

PRIMERO.- Se declara probado que D. Heraclio ha venido prestando servicios para la demandada, como personal laboral y con la titulación de ingeniero superior de minas, percibiendo un salario bruto anual de 29.680.77 euros. SEGUNDO.- Que, por sentencia dictada por este Juzgado de 18 de septiembre de 2.008 se le reconoció al demandante, la condición de personal laboral indefinido no fijo con antigüedad desde el 2 de marzo de 2004. TERCERO.- Se declara probado que el actor fue adscrito, por la demandada, a un puesto funcional de ingeniero de funciones facultativas -con el código de identificación NUM000 - si bien manteniendo la condición de personal laboral indefinido no fijo. CUARTO.- El actor presentó reclamación previa a la vía judicial en fecha 21 de noviembre de 2013, así como demandada ante este órgano judicial de reconocimiento de derecho con nº de autos 147/2014, los cuales se encuentran suspendidos por litispendencia. QUINTO.- El 12 de enero de 2015 se publicó en el DOG Resolución de fecha 29 de diciembre de 2014 de la Dirección Xeral de la Función Pública mediante la cual se procede a modificar la RPT de la Consellería amortizando determinados puestos, sin que entre ellos estuviera el puesto del actor. SEXTO.- Por Orden de 9 de mayo de 2014 se convocó proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de facultativo superior de la Administración, subgrupo A1, escala de ingenieros de minas. Se declara probado que el actor no superó el proceso selectivo. SEPTIMO.- Por Orden de 4 de noviembre de 2016 se determinó el nombramiento, como funcionarios, de los aspirantes que superaron el proceso selectivo, siendo elegido el puesto ocupado por el actor, por uno de ellos (doc. 21 y 24 del expediente administrativo). OCTAVO.- En fecha 15 de noviembre de 2016 la demandada le comunicó el cese de sus servicios como personal laboral, por cobertura reglamentaria de la plaza, en virtud de la Orden de 4 de noviembre de 2016.

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

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Heraclio contra la Consellería de Economía e Industria, y en consecuencia, declaro el derecho de D. Heraclio a percibir una cuantía resarcitoria por vínculo temporal equivalente a 20 días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, cuya importe asciende a 20.679,23 euros

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 3 de septiembre de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 13 de diciembre de 2018 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, y declara el derecho del actor a percibir una cuantía resarcitoria por vínculo temporal equivalente a 20 días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, cuyo importe asciende a 20.679,23 euros.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación, interesando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se estime la demanda con declaración de nulidad del cese del recurrente y demás declaraciones por ser de justicia.

Igualmente se alza la Letrada de la Xunta de Galicia, en la representación que ostenta de la Consellería de Economía e Industria, interponiendo recurso de suplicación e interesando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda.

SEGUNDO.- Para ello, en el primero de los motivos del recurso y sin instar la modificación del relato fáctico de la sentencia denuncia la parte, con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se ha producido la infracción de la Jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2016, con cita de las dictadas en fechas 7 de julio de 2015 y 9 de junio de 2016, argumentando, en síntesis, que un trabajador como el actor que presta servicios como Ingeniero Superior de Minas, como personal laboral indefinido no fijo, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y con antigüedad desde el 2 de marzo de 2004, no puede ser adscrito a un puesto de naturaleza funcional y la cobertura del citado puesto funcional no es causa lícita del cese.

En primer lugar, y en lo que afecta a una supuesta indebida adscripción a un puesto de trabajo con vínculo funcional esta Sala de suplicación ha señalado de forma reiterada- entre otras 24 de marzo de 2014, 18 de diciembre de 2014, 24 de febrero de 2015, 11 de marzo de 2015, 13 de julio de 2015, 15 de julio de 2015, 30 de octubre de 2015, 10 de mayo de 2018, 11 de junio de 2018, y 6 de julio de 2018- que la misma no puede considerarse contraria a derecho habida cuenta que tal adscripción a una plaza funcional no altera su condición de personal indefinido no fijo, pues el trabajador no tiene derecho a que se cree la plaza que ocupa como personal laboral indefinido no fijo, ni puede interferir en el modo en que esa plaza se configura, esto es, si debe ser creada como plaza laboral o funcional, pues la RPT forma parte de las facultades organizativas de la Administración. Es la Administración la que le corresponde configurar la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) y su impugnación es competencia del orden contencioso-administrativo para el caso de que, en su confección, se hayan infringido preceptos legales, entre ellos, el artículo 27.2 de la Ley de la Función Pública de Galicia.

Así, señalamos que la naturaleza jurídica de la atípica relación de " indefinido no fijo" - con origen en STS de 20 de Enero de 1998 y avalada, en cuanto a su constitucionalidad por el TC en auto 124/2009, de 28 de Abril de 2009 - únicamente asegura la estabilidad en el trabajo en tanto no se proceda a la cobertura de la plaza por los procedimientos de concurrencia competitiva y mérito o capacidad, o incluso pudiendo amortizarse, pero en modo alguno comporta "per se" la reserva ni del puesto ni de un turno específico y privativo para su acceso, ni tampoco el derecho subjetivo a que se dote en la RPT de puestos singularizados cara a un específico y excepcional procedimiento de consolidación. Sentado esto, queda claro que la voluntad del legislador es la única que formalmente puede establecer de forma excepcional reservas, dispensas, turnos o valoración preferencial de experiencia a favor de tal personal no fijo, y debiendo, por añadidura, materialmente inspirarse en finalidades constitucionalmente legítimas, como pudiera ser la reducción de la temporalidad en el empleo.

Y en dichas sentencias, tras hacer referencia a la normativa que contempla la posibilidad de consolidación de empleo temporal (la misma que referencia la sentencia de instancia) señalábamos en lo que afecta a la cuestión de la adscripción " Además, en cualquier caso, tampoco está obligada la Administración autonómica a configurar en la RPT, los puestos ocupados por los actores como puestos de personal laboral.

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

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



y características esenciales de los mismos, requisitos exigidos para su desempeño y determinación de sus retribuciones complementarias".

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

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

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

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

La posibilidad de que personal laboral fijo o indefinido no fijo, ocupe puesto de trabajo reservado a funcionario público, está establecida en el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1/2008, que señala: "1. Es personal laboral aquel que, en virtud de contrato de naturaleza laboral, que se deberá formalizar, en todo caso, por escrito, ocupe puestos de trabajo destinados a personal de esta naturaleza o bien, con carácter excepcional, puestos reservados a personal funcionario". Es decir, en supuestos de transformación de los puestos de trabajo antes reservados a personal laboral, a puestos de trabajo a cubrir por personal funcionario, los mismos pueden continuar cubiertos por personal laboral, sin que ello suponga la transformación de la relación que el actor tiene con la Xunta de Galicia, de laboral indefinido no fijo en funcionarial interina, pues el actor, según la diligencia de readscripción, han conservado en todo momento su condición de personal laboral indefinido no fijo (hecho probado tercero)

Esto no significa vulneración alguna de lo establecido en el V Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, ya que, en su Disposición Adicional Décimo Octava establece que "El personal laboral con independencia de que ocupe un puesto de funcionario tendrá todos los derechos que recoge este convenio", con lo que las partes negociadoras ya tuvieron en cuenta que se daban situaciones como la aquí discutida.



En definitiva, su condición de personal laboral indefinido no fijo no le vincula a ningún puesto de trabajo concreto, formando parte de la facultad organizativa de la administración la creación de plazas y la adscripción de las mismas mientras éstas estén vacantes. Además, la Ley 14/2010 de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2011 (DF 4ª), en su artículo 22 que lleva por rúbrica "Relaciones de puestos de trabajo", dispone: "Las relaciones de puestos de trabajo vigentes el 1 de enero del año 2011 podrán ser objeto de las modificaciones necesarias para ajustarlas a las previsiones presupuestarias que se deducen del anexo de personal de la presente ley, así como para ajustarlas a la creación de plazas derivadas de sentencias judiciales firmes que reconozcan una situación laboral de carácter indefinido, cuando no pudiesen adscribirse a un puesto de trabajo vacante.

Si la persona declarada laboral indefinida no pudiera adscribirse a un puesto de trabajo vacante, se procederá a incluirlo en la relación de puestos de trabajo de la consejería u organismo afectado como puesto de personal funcionario, o excepcionalmente de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera, de tal forma que, una vez modificada la relación de puestos de trabajo, la persona afectada será adscrita al puesto de nueva creación....".

Por tanto debe rechazarse el motivo del recurso.

TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso y con el mismo amparo procesal, denuncia la parte, en el segundo de los motivos del recurso, la infracción, por aplicación indebida de la disposición transitoria 4ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril; de la disposición adicional 14ª de la Ley de Función Pública de Galicia y de la disposición adicional 10ª de V Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, argumentando, en síntesis, que teniendo el actor reconocida la condición de personal laboral indefinido no fijo, con una antigüedad posterior al 30 de junio de 1998 y anterior al 1 de enero de 2005, por sentencia judicial, tiene derecho a que la plaza que ocupa sea reservada para la celebración de una única y extraordinaria convocatoria de empleo público para consolidación de empleo y no habiéndolo hecho así la Xunta de Galicia, que ha cubierto la plaza mediante un proceso de cobertura ordinario, convocado por Orden de 9 de mayo de 2014, ha incumplido con dicha previsión legal, por lo que el cese del actor es constitutivo de una despedido.

La doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2016, establece al respecto: "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". 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 4 de A Coruña de fecha 19 de mayo de 2008, ratificada por la de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008, sentencia que es firme. La segunda deriva del hecho -constatado en el relato fáctico de la sentencia de instancia- de que la antigüedad del actor es del 4 de mayo de 2003, fecha comprendida en las condiciones fijadas en la referida Disposición Transitoria 10ª del Convenio.

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".

Ello implica que la parte tiene derecho a que se reserve la plaza que ocupa para el proceso extraordinario de consolidación de empleo, al haber obtenido sentencia firme que declara al actor personal laboral indefinido no



fijo, con antigüedad desde el 2 de marzo de 2004 y con independencia de la fecha en la que se haya dictado la sentencia -18 de septiembre de 2008, toda vez que dicha limitación no aparece en la normativa legal y su introducción, a través de un Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, violenta la letra de la norma que se supone es desarrollada a través del mismo.

En consecuencia, habiendo incumplido la demandada la obligación que tiene de reservar la plaza que el actor ocupaba, con independencia de que la misma esté reservada para personal funcionario y provisionalmente ocupada por personal laboral indefinido de fijo, para el previsto normativamente proceso extraordinario de consolidación de empleo, el cese del recurrente en la prestación de servicios, notificado en fecha 15 de noviembre de 2016 y bajo el amparo de una cobertura reglamentaria de la plaza, no es lícito, siendo constitutivo de un real y auténtico despido.

Así pues, procede estimar el motivo del recurso.

CUARTO.- Seguidamente, en el tercero de los motivos del recurso y con el mismo amparo procesal, denuncia la parte la infracción de los artículos 51 y 52.c) y la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia y la jurisprudencia que cita, argumentando, en síntesis, que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos, debiendo acudir al procedimiento de despido objetivo, y como no se ha hecho, el cese del trabajador es constitutivo de un despido.

(Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones nuevas no tiene cabida en los recursos de suplicación y/o casación, y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dichos recursos y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo "ex officio" el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, y tal conducta procesal está proscrita.

Por lo tanto, como señala la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2017, "ha de estarse al criterio unificador que concluye la imposibilidad de examinar planteamientos de esa naturaleza. Así, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha veintidós de septiembre de 2014 (rec. 4417/2014) se expresa: "...una cuestión nueva de inaceptable propuesta, tanto por aplicación del principio de justicia rogada -epígrafe VI de la EM de la LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; art. 216 del mismo cuerpo legal-, cuanto por el carácter extraordinario del recurso de casación, como por la garantía de defensa de las partes (recientes, SSTS 19/02/09 (RJ 2009, 1594) -rcud 2748/07 -; 18/06/12 (RJ 2012, 8731) -rco 221/10 -; y 06/02/14 (RJ 2014, 944) -rco 261/11 -)".

Ahora bien, no toda alegación novedosa constituye una cuestión nueva. El concepto de "cuestión nueva" de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, como ya indicaba nuestra sentencia de 17.12.1991 (RJ 1991, 9077) rec. 456/1991, toda "falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal". En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 26 de septiembre de 2001 pero por el contrario, sí pueden ser alegadas aquellas cuestiones que por ser de orden público, pueden ser apreciadas de oficio por el Tribunal sin necesidad de alegación por ninguna de las partes..."

La cuestión ahora planteada no lo ha sido en la demanda, invocándose por primera vez en vía de recurso, pues lo que se solicita en el escrito de demanda es la nulidad o improcedencia del despido del actor sobre la base de que está ocupando inadecuadamente una plaza de funcionario de forma temporal, cuando tiene la condición de personal laboral indefinido no fijo y que, tener dicha condición con anterioridad al 1 de enero de 2005 y posterioridad a 30 de junio de 1998, en virtud de sentencia judicial firme, produce el efecto legal de que la plaza que ocupa deba de ser reservada para su cobertura en proceso extraordinario de consolidación de empleo



y que al no haberlo hecho así la demandada, su cese es constitutivo de un despido, que debe ser calificado como nulo, al tratarse de una respuesta a las reclamaciones efectuadas por el actor, o, subsidiariamente, como improcedencia, por no responder a causa legal. Tampoco en algún momento anterior al juicio y posterior a la presentación de la demanda, se hace referencia a la cuestión ahora introducida.

Por ello estamos en presencia de una cuestión nueva que debe ser rechazada, ya que los hechos, que fundan las pretensiones del actor recurrente, se encuentran claramente expuestos en la demanda, y la denuncia que ahora se realiza en el recurso, que, caso de ser admitida, produciría indefensión a la demandada, por lo que dicho motivo de recurso ha de ser desestimado).

En cualquier caso, la denuncia no puede prosperar, por cuanto, como se señala en el inmodificado hecho probado quinto de la sentencia, si bien se publicó en el DOG de 12 de enero de 2015, Resolución de fecha 29 de diciembre de 2014, de la Dirección Xeral de la Función Pública, mediante la que se procedía a modificar la RPT de la Consellería demandada, amortizando determinadas plazas -aún cuando el hecho probado señale erróneamente que son puestos-, entre ellas no se encontraba la que ocupaba el actor.

En consecuencia, si la plaza que ocupaba no ha sido amortizada, no pueden aplicarse al actor las normas correspondientes al despido objetivo, ni la jurisprudencia y la doctrina que invoca en amparo de su pretensión.

QUINTO.- Finalmente, el cuarto motivo del recurso de la parte actora y con apoyo en la antes citada norma adjetiva, denuncia la parte la infracción de los artículos 4.2.g), 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores ; del artículo 5.c) del Convenio 158 OIT y del artículo 24 de la Constitución Española , con vulneración de la garantía de indemnidad, así como de la jurisprudencia al respecto, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2016 , argumentando, en síntesis, que el actor había formulado demanda de reconocimiento de derecho a ocupar puesto de personal laboral y a una plaza reservada al correspondiente proceso extraordinario de consolidación, y estando pendiente de señalamiento de juicio, se ha producido su cese, por lo que es claro que el mismo ha podido producirse también como represalia frente a las actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos, correspondiendo a la parte demandada acreditar que su cese fue ajeno a todo propósito discriminatorio, prueba que no se ha producido, por lo que el despido efectuado debe ser calificado como nulo y, si no fuera así, el citado despido debería ser calificado como improcedencia, por inexistencia de causa legal para el cese.

Debemos recordar que, en el fundamento de derecho tercero se ha estimado el segundo de los motivos de recurso formulado por la parte actora, señalando que, habiendo incumplido la demandada la obligación que tiene de reservar la plaza que el actor ocupaba, para el previsto normativamente proceso extraordinario de consolidación de empleo, el cese del recurrente en la prestación de servicios, notificado en fecha 15 de noviembre de 2016 y bajo el amparo de una cobertura reglamentaria de la plaza, no es lícito, siendo constitutivo de un real y auténtico despido.

Partiendo de lo anterior, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 7/1993, de 18 de enero ; 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas), tiene declarado que, cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981 , 55/1983 , 104/1987 , 114/1989 , 135/1990 , 21/1992 , 136/1996, de 23 de julio , y 48/2002, de 25 de junio).

No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como, en su caso, su entidad,, es decir, que el cese obedezca a una base real y ofrezca suficiente consistencia, o, dicho en otras palabras, que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental" (Sentencias del Tribunal Constitucional 136/1996, de 23 de julio ; 87/1998, de 21 de abril ; 29/2000, de 31 de enero y 114/2002, de 20 de mayo , entre otras muchas).

Por otro lado, es también reiterada doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del artículo 24 de la Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1993, de 18 de enero ; 197/1998, de 13 de octubre ; 140/1999, de 22 de julio ; 168/1999, de 27 de septiembre ; 198/2001, de 4 de octubre y 55/2004 de 19 de abril), la que viene señalando que "en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasione privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, 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".

Así las cosas, debe analizarse si, en el presente caso, el trabajador demandante recurrente ha aportado al proceso judicial un principio de prueba suficiente de la existencia de indicios, de los que, de un modo razonable, surge la fundada sospecha de que la decisión empresarial, de cesarle o despedirle, obedece a una represalia.

En el presente caso, no aparece en el relato fáctico de la sentencia, a criterio de la Sala y en coincidencia con lo apreciado por la jueza a quo, un indicio de de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues si bien es cierto que, tal y como consta en el hecho probado cuarto, el actor ha presentado reclamación previa, en fecha 21 de noviembre de 2013, en materia de reconocimiento de derecho y concretamente del derecho a ocupar plaza destinada a personal laboral y que la misma se reservara para su cobertura mediante el proceso extraordinario de consolidación de empleo, y la misma se ha visto seguida de la presentación de la correspondiente demanda al respecto, cuyo conocimiento ha correspondido por reparto al Juzgado de lo Social número Uno de los de Santiago de Compostela, con el número 147/2014, encontrándose suspendida su tramitación por litispendencia, no existe proximidad temporal entre la reclamación efectuada y el posterior cese del trabajador, es decir, la proximidad entre la iniciativa o acción del trabajador y la reacción patronal juega a favor de considerar a ésta como una represalia, lo que no ocurre en el presente caso, en el que han transcurrido casi tres años desde que el trabajador presenta la reclamación previa, en reconocimiento de derecho, y el momento en el que se produce el cese del mismo.

Por otro lado y aún cuando así no fuera y se debiera apreciar la existencia del indicio de la vulneración del derecho fundamental alegada, existe una causa real y proporcionada para proceder al cese del actor, como es la cobertura de la plaza que ocupaba el trabajador, por candidato que ha superado un proceso selectivo al efecto, realizado con respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito, en el que el actor recurrente ha participado, sin aprobar las pruebas establecidas, por más que, en función de que dicho proceso no sirva para justificar legalmente el cese del recurrente, ya que, por los motivos más arriba expuestos, la plaza que ocupaba debía haber sido reservada para su cobertura por el proceso extraordinario de consolidación de empleo.

Por tanto, no debe tener lugar el desplazamiento del "onus probandi" a la demandada, ni debe ser calificado el despido efectuado como nulo, sino que, careciendo de justificación legal la decisión empresarial de cesar al actor recurrente, es evidente que el despido efectuado debe ser calificado como improcedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Ello implica que no deba entrarse a conocer sobre el recurso interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia, en la representación que ostenta, pues en el mismo tan sólo se denuncia la infracción de norma sustantiva y/o de la jurisprudencia, con la pretensión de que el cese del actor, considerado por la sentencia de instancia, como lícito y ajustado a derecho, no llevara aparejada la obligación de la indemnización que se señala en el fallo de la sentencia y por los motivos expuestos por la juzgadora de instancia, en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida, pronunciamiento que deja de surtir efectos, al considerarse en la presente sentencia que el cese del actor es constitutivo de un despido calificado como improcedente.

Así pues, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora y revocar la sentencia recurrida, estimando la demanda, en cuanto a su petición subsidiaria, condenando a la Consellería demandada a estar y pasar por la declaración de improcedencia del despido y a que, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los correspondientes salarios de tramitación, a razón de ochenta y un euros con nueve céntimos (81,09 euros) diarios, desde la fecha de notificación del despido, realizada el 15 de noviembre de 2016, hasta aquella en que la readmisión tenga lugar, o abonarle la correspondiente indemnización por despido, en cuantía de cuarenta y dos mil ciento veintiocho euros con ochenta y cinco céntimos (42.128,85 euros).

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. JESÚS ÁNGEL VÁZQUEZ FORNO, en nombre y representación de D. Heraclio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de los de Santiago de Compostela, en fecha dos de marzo de dos mil dieciocho, en autos seguidos a instancia del RECURRENTE frente a la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA DE LA XUNTA DE GALICIA, sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y, con estimación de la



petición subsidiaria de la demanda, debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido efectuado, condenando a la CONSELLERÍA DEMANDADA a estar y pasar por dicha declaración y a que, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los correspondientes salarios de tramitación, a razón de ochenta y un euros con nueve céntimos (81,09 euros) diarios, desde la fecha de notificación del despido, realizada el 15 de noviembre de 2016, hasta aquella en que la readmisión tenga lugar, o abonarle la correspondiente indemnización por despido, en cuantía de cuarenta y dos mil ciento veintiocho euros con ochenta y cinco céntimos (42.128,85 euros), sin que proceda hacer imposición de las costas del recurso y sin que proceda entrar a conocer del recurso de suplicación interpuesto por la LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA, en la representación que ostenta de la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA DE LA XUNTA DE GALICIA, por el motivo señalado el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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 **** ++**).

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.

PUBLICACION.- 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.