

Documento TOL7.626.756

Jurisprudencia

Cabecera: Xunta de Galicia. Indefinido no fijo al que se le extingue el contrato por cobertura reglamentaria de la plaza por un funcionario. Vulneración de la garantía de indemnidad: Se había declarado nulo el despido y en ejecución de dicha sentencia le adscriben a una plaza reservada a personal funcionario. Presenta demanda en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral el 14 de febrero de 2014, así como dos escritos dirigidos a la Conselleria de Facenda de la Xunta, en fechas 7 de agosto de 2015 y 4 de septiembre de 2015, en similar sentido. El 14 de septiembre de 2015 es cesado por cobertura reglamentaria de la plaza. Despido nulo. Reitera doctrina: STS/4ª de 7 julio 2015 (rcud. 2598/2014), 9 junio 2016 (rcud. 25/2015), 20 julio 2017 (rcud. 2832/2015), 25 enero 2018 (rcud. 3917/2015) y 28 de marzo de 2019 (rcud 2123/2017).

Jurisdicción: Social

Ponente: [María Luisa Segoviano Astaburuaga](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 14/11/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Sentencia: 779/2019

Número Recurso: 2173/2017

Numroj: STS 3895:2019

Ecli: ES:TS:2019:3895

ENCABEZAMIENTO:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2173/2017

Ponente: Excma. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 779/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 14 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jesús Ángel Vázquez Forno, en nombre y representación de D. Fabio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 8 de noviembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 2686/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de DIRECCION000, dictada el 11 de marzo de 2016, en los autos de juicio núm. 955/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Fabio, contra XUNTA DE GALICIA, CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA, sobre despido nulo y subsidiariamente improcedente.

Ha sido parte recurrida la XUNTA DE GALICIA, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar la demanda formulada por D. Fabio contra la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA DE LA XUNTA DE GALICIA, absolviendo a la demandada de cuantos pedimentos fueron formulados en su contra".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO.-** D. Fabio, en posesión del título de Ingeniero Industrial ha venido prestando servicios para la Consellería de Economía e Industria, Dirección General de Energía y Minas, Subdirección General de Administración Industrial, Servicio de Seguridad Industrial de la Xunta de Galicia, con antigüedad de 1 de julio de 2003, percibiendo un salario mensual a la fecha de extinción de la relación laboral, de 1.422,93 €, incluido el prorrateo de pagas extra.

SEGUNDO.- Por Sentencia de fecha 11 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000 en Autos nº 410/2007 y confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del TSJG en fecha 21 de julio de 2008, se declara al actor vinculado a la Xunta de Galicia, -Servicio de la Consellería de Innovación e Industria-, como trabajador indefinido desde el 1 de julio de 2003.

TERCERO.- Por Sentencia de fecha 13 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de DIRECCION000 en Autos nº 82/2008 se declara nulo el despido adoptado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia respecto de, entre otros, el Sr. Fabio, por entender vulnerado su derecho de indemnidad.

CUARTO.- En ejecución provisional de la referida sentencia, desde el 30 de junio de 2008 hasta el 27 de abril de 2010, el demandante estuvo adscrito a un puesto de trabajo, con Código NUM000; Grupo 1-Titulados Superiores, Categoría 4; Vínculo jurídico según RPT: Laboral, reseñándose en la Diligencia de adscripción, bajo el apartado "Observacións": "OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

- A partir del 28 de abril de 2010, como consecuencia de readscripción, -con efectos económicos y administrativos desde ese día- y hasta el 18 de septiembre de 2013, en puesto de trabajo con Código NUM001; Denominación: ingeniero de Funciones Facultativas; Forma de provisión según RPT: Concurso; Vínculo jurídico según RPT: Funcionario. Bajo la rúbrica "Observacións" se recoge "OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

- Desde el 19 de septiembre de 2013 hasta el 14 de octubre de 2015, por publicación de la modificación de la RPT en el DOG nº 6 (12/01/2015), estuvo adscrito al puesto con Código NUM002; Denominación: Ingeniero de Funciones Facultativas; Forma de Provisión: Concurso de méritos; Vínculo jurídico según RPT: Funcionario, Grupo: Al. Observacións RPT: NUM004- OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

QUINTO.- Contra su adscripción a puesto de trabajo con vínculo jurídico de funcionario, código NUM002 según la Relación de Puestos de Trabajo de la Consellería de Economía e Industria, se formula por el Sr. Fabio reclamación previa a la vía judicial en fecha 22 de noviembre de 2013, siendo desestimada por resolución de 13 de diciembre de 2013. Con fecha 14 de febrero de 2014, por el demandante se promueve demanda ante la jurisdicción social, en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral, consolidación de empleo temporal y otros derechos.

SEXTO.- El 30 de enero de 2014, D. Fabio presenta solicitud de flexibilización por razones de conciliación de la vida familiar y laboral expresando como causa, cuidado de hijo menor de 12 años, siéndole concedido permiso en fecha 4 de marzo de 2014, en los términos requeridos con la siguiente extensión: "Dende a data de validación da solicitude ata o 02/06/2025, tendo que cumprir a súa xornada de traballo en cómputo mensual, calculada a razón de (7,30 horas diarias) entre as 07:30 e as 20:00, de lus a xoves, en entre as 07:30 e as 15:30 horas o vences. Sendo este tamén o seu horario de referencia". El 4 de mayo de 2015 instó modificación de la solicitud, pasando la jornada a ser reducida en 1 hora, sobre la jornada completa (86,66%).

SÉPTIMO.- Mediante Orden de fecha 20 de junio de 2013, se convocan procesos selectivos ordinario y extraordinario de consolidación para el ingreso en el Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia, Subgrupo A1, Escala de Ingenieros Industriales. Por Orden de la Consellería de Facenda de fecha 17 de septiembre de 2015, se convoca a los aspirantes que superaron los referidos procesos selectivos para la elección de destino definitivo, siendo elegida el 30 de septiembre, de entre las plazas vacantes, la que venía siendo ocupada por el actor, en su condición de personal laboral indefinido no fijo, en concreto, la codificada como NUM002.

OCTAVO.- En fecha 7 de agosto de 2015, el actor junto con otras cuatro personas suscribe documento de alegaciones dirigido a la Consellería de Facenda-Director Xeral Fundación Pública, en orden a que se añadan a los puestos de trabajo ofertados a los aspirantes que han superado las pruebas selectivas para la elección de destino definitivo, las 34 plazas que relacionan, ya ofrecidas en concurso de traslado y que no consta fuesen adjudicadas. Asimismo, manifiestan que previamente a la elección de destino, se debería adscribir al personal efectado por los procesos de consolidación de empleo público en una plaza creada al efecto como personal laboral en la categoría y grupo correspondientes.

NOVENO.- El 4 de septiembre de 2015 el demandante dirige escrito de alegaciones a la Consellería de Economía e industria de la Xunta de Galicia, en el que, entre otros extremos, exponía: *"/.../ a lo largo del mes de octubre de 2014 fui informado por mis superiores en la consellería de que iba producirse una reestructuración de departamentos en la consellería, reestructuración por la cual los temas que yo venía desempeñando hasta ese momento iban a pasar a ser llevados por una unidad administrativa de nueva creación denominada "Servicio de Ordenación Energética" pero se informó igualmente de que yo no iba a ser destinado a ese nuevo servicio y que se iba a destinar a dicho servicio a otros compañeros sin experiencia previa en dichos temas. /.../me reuní con mis superiores /.../ En dichas reuniones -no se me dieron explicaciones de por qué se me relevaba de la llevanza de dichos temas/.../ respondí acatando la decisión de cambiar de temas de trabajo/.../Pero teniendo en cuenta los acontecimientos acaecidos desde ese mes de octubre, que han desencadenado mi actual situación en la consellería, quiero dejar constancia de que ENTIENDO ahora que la decisión tomada en octubre de 2014 por la que no fui adscrito al nuevo "Servicio de Ordenación Energética" y por tanto dejé de desarrollar las funciones que se recogían en la sentencia de fecha 13 de junio de 2008 del juzgado de lo social número 2 de DIRECCION000, constituyen una vulneración del contenido de dicha sentencia. Y por tanto, SOLICITO que /.../ se me restituya en las funciones de responsable en materia de hidrocarburos de la Dirección General de Energía y Minas y administrador del Registro de instalaciones de distribución al por menor de productos petrolíferos líquidos, funciones que se enmarcan en la sentencia de fecha 13 de junio de 2008 del juzgado de lo social número 2 de DIRECCION000".*

DÉCIMO.- El 30 de septiembre de 2015, por el Secretario Xeral Técnico de la Consellería de Economía e Industria, se comunica al actor, a través de Nota- Informativa, que habiéndose convocado por Orden de la Consellería de Facenda de fecha 17 de septiembre de 2015, a los aspirantes que superaron los procesos selectivos ordinario y extraordinario de consolidación para el ingreso en el Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia, Subgrupo A1, Escala de Ingenieros Industriales para elección de destino definitivo, ese mismo día fue elegida, de entre las plazas vacantes, la que venía siendo ocupada por el

actor, poniendo en su conocimiento que una vez producida la correspondiente toma de posesión, se daría por finalizada su relación laboral. Por el Sr. Fabio se hizo constar su no conformidad.

UNDÉCIMO.- El 14 de octubre de 2015 se produce el cese de D. Fabio en el puesto de trabajo que venía ocupando, indicándose como causa en correspondiente Diligencia de Cese: 'INCORPORACIÓN DO TITULAR AO POSTO'. Comunicada al interesado, expresa su no conformidad.

Presentada reclamación previa en fecha 30 de octubre de 2015, fue desestimada por Resolución de 30 de noviembre de 2015".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Fabio, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 8 de noviembre de 2016, recurso 2686/2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del actor DON Fabio, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de DIRECCION000, de fecha 11 de marzo de 2016, dictada en autos núm. 955/2015, seguidos a instancia del referido recurrente, contra la demandada CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA de la XUNTA DE GALICIA, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el letrado D. Jesús Ángel Vázquez Forno, en nombre y representación de D. Fabio, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 2016, recurso 2059/2015.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, XUNTA DE GALICIA, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 13 de noviembre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- La cuestión que se debate en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si ha de calificarse de despido nulo, por vulneración de la garantía de indemnidad, el cese de un trabajador indefinido no fijo al que, tras ser declarado nulo su despido, en ejecución de sentencia se le adscribe a una plaza de personal funcionario. Reclama en vía judicial y también mediante escritos dirigidos a la Xunta que se le adscriba a una plaza de personal laboral, produciéndose su cese tras dichas reclamaciones, porque la plaza se cubre reglamentariamente por personal funcionario.

2.- El Juzgado de lo Social número 1 de DIRECCION000 dictó sentencia el 11 de marzo de 2016, autos número 955/2015, desestimando la demanda formulada por D. Fabio contra LA CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA DE LA XUNTA DE GALICIA sobre DESPIDO.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor, ingeniero industrial, ha venido prestando servicios para la demandada en la Dirección General de Energía y Minas, desde el 1 de julio de 2003. Por sentencia de 11 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de DIRECCION000, autos 410/2007, confirmada por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de julio de 2008, se declaró al actor como trabajador vinculado a la Xunta de Galicia con relación de carácter indefinido. Por sentencia de 13 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de DIRECCION000, autos 82/2008, se declaró nulo el despido del actor por vulneración de la garantía de indemnidad. En ejecución provisional de la referida sentencia, desde el 30 de junio de 2008 hasta el 27 de abril de 2010, el demandante estuvo adscrito a un puesto de trabajo, con Código IC. NUM000; Grupo 1-Titulados Superiores, Categoría 4; Vínculo jurídico según RPT: Laboral, reseñándose en la Diligencia de adscripción, bajo el apartado "Observación": "OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

- A partir del 28 de abril de 2010, como consecuencia de readscripción, -con efectos económicos y administrativos desde ese día- y hasta el 18 de septiembre de 2013, en puesto de trabajo con Código NUM001; Denominación: ingeniero de Funciones Facultativas; Forma de provisión según RPT: Concurso; Vínculo jurídico según RPT: Funcionario. Bajo la rúbrica "Observacións" se recoge "OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO".

- Desde el 19 de septiembre de 2013 hasta el 14 de octubre de 2015, por publicación de la modificación de la RPT en el DOG nº 6 (12/01/2015), estuvo adscrito al puesto con Código NUM002; Denominación: Ingeniero de Funciones Facultativas; Forma de Provisión: Concurso de méritos; Vínculo jurídico según RPT: Funcionario, Grupo: A1. Observacións RPT: E67- OCUPADO POR PERSOAL LABORAL INDEFINIDO NON FIXO". El actor formuló reclamación previa a esta adscripción el 22 de noviembre de 2013 y demanda el 14 de febrero de 2014, reclamando derecho a puesto de naturaleza laboral, consolidación de empleo temporal y otros derechos. Con fecha 14 de febrero de 2014, por el demandante se promueve demanda ante la jurisdicción social, en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral, consolidación de empleo temporal y otros derechos. El 4 de mayo de 2015 instó modificación de la jornada pasando a ser reducida en una hora. Mediante Orden de fecha 20 de junio de 2013, se convocan procesos selectivos ordinario y extraordinario de consolidación para el ingreso en el Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia, Subgrupo A1, Escala de Ingenieros Industriales. Por Orden de la Consellería de Facenda de fecha 17 de septiembre de 2015, se convoca a los aspirantes que superaron los referidos procesos selectivos para la elección de destino definitivo, siendo elegida el 30 de septiembre, de entre las plazas vacantes, la que venía siendo ocupada por el actor, en su condición de personal laboral indefinido no fijo, en concreto, la codificada como NUM002. El 7 de agosto de 2015 el actor, junto con otras cuatro personas dirigió escrito a la Xunta con varias peticiones. EL 4 de septiembre de 2015 dirigió nuevo escrito en el que hacía constar: "que la decisión tomada en octubre de 2014 por la que no fui adscrito al nuevo "Servicio de Ordenación Energética" y por tanto dejé de desarrollar las funciones que se recogían en la sentencia de fecha 13 de junio de 2008 del juzgado de lo social número 2 de DIRECCION000, constituyen una vulneración del contenido de dicha sentencia. Y por tanto, SOLICITO que /.../ se me restituya en las funciones de responsable en materia de hidrocarburos de la Dirección General de Energía y Minas y administrador del Registro de instalaciones de distribución al por menor de productos petrolíferos líquidos, funciones que se enmarcan en la sentencia de fecha 13 de junio de 2008 del juzgado de lo social número 2 de DIRECCION000". El 30 de septiembre de 2015 se le comunica que tan pronto tome posesión de la plaza que viene ocupando, el aspirante que superó el proceso de selección, se dará por finalizada su relación laboral, habiendo cesado el 14 de octubre de 2015.

2.- Recurrída en suplicación por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Fabio, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 8 de noviembre de 2016, recurso número 2686/2016, desestimando los recursos formulados.

La sentencia entendió que: "en el presente caso, la Consellería demandada ha probado que el cese del actor es completamente ajeno a toda idea de represalia, acreditándose que la decisión extintiva empresarial del trabajador, no estuvo motivada por una represalia por parte de la Entidad demandada por haber efectuado el demandante las reclamaciones a que se refieren los hechos probados quinto y sexto, y ello es así por cuanto la extinción se produjo por una causa objetiva y razonable, y de entidad suficiente para que se desvanezca cualquier indicio discriminatorio, pues consta probado, que el 30 de septiembre de 2015, por el Secretario Xeral Técnico de la Consellería de Economía e Industria, se comunica al actor, que habiéndose convocado por Orden de la Consellería de Facenda de fecha 17 de septiembre de 2015, a los aspirantes que superaron los procesos selectivos ordinario y extraordinario de consolidación para el ingreso en el Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia, Subgrupo A1, Escala de Ingenieros Industriales para elección de destino definitivo, de entre las plazas vacantes fue elegida la que venía siendo ocupada por el actor, poniendo en su conocimiento que una producida la correspondiente toma de posesión, finalizada su relación laboral (hecho probado tanto, la causa del cese del actor, no obedece a ninguna represalia, sino al hecho cierto y acreditado de adjudicación de su plaza al peticionario que, tras el correspondiente proceso de selección, ha elegido la plaza que venía ocupando el recurrente, de modo que tal extinción, insistimos, es ajena a idea de represalia".

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Fabio, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la

dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 2016, recurso número 2059/2015, sentencia número 1053/2016.

El Procurador D Argimiro Vázquez Guillén, en representación de LA XUNTA DE GALICIA, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 2016, recurso número 2059/2015, sentencia número 1053/2016, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia frente a la sentencia dictada el 14 de abril de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación 5100/2914, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de La Coruña, de fecha 23 de septiembre de 2014, autos número 435/2014, seguidos a instancia de D. Eusebio contra Xunta de Galicia, D. Florentino y Ministerio Fiscal, sobre despido.

Consta en dicha sentencia que el actor viene prestando servicios para la CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA de la XUNTA DE GALICIA en el Servicio de Energía y Minas de la Jefatura Territorial de La Coruña, con antigüedad de 24 de marzo de 2003, categoría de ingeniero industrial. Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000 el 23 de abril de 2008 se declara la existencia de cesión ilegal declarando que los demandantes, entre ellos el actor, están vinculados a la Xunta de Galicia al Servicio de la Consellería de Innovación e Industria como trabajadores indefinidos desde, en lo que se refiere al actor, el 4 de mayo de 2003. Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña de 19 de mayo de 2008 se declara como consecuencia de la cesión ilegal de la que han sido objeto, entre otros el actor, entre el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Galicia y la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia, la nulidad del despido, siendo estimado parcialmente el recurso Interpuesto recurso frente a la misma por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de octubre de 2008, se declaró la responsabilidad solidaria del colegio demandado. Por Diligencia de 19 de junio de 2008 el actor toma posesión como personal laboral indefinido no fijo en la Delegación de Innovación e Industria de La Coruña. Por Diligencia de readscripción derivada de la modificación de puesto de trabajo en virtud de la RPT de fecha 16 de abril de 2010 (DOGA 27 de abril de 2010) se asigna al actor el puesto de trabajo con código: " NUM003" con vínculo jurídico según la RPT de "funcionario" figurando como observación: "ocupado por personal laboral indefinido no fijo". Interpuesta demanda solicitando no ser conforme a derecho el Acuerdo de 15 de abril de 2010 del Consello de la Xunta de Galicia publicado en el DOGA de 27 de abril de 2010 por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Galicia de 19 de junio de 2013, se desestima el recurso interpuesto. Por Orden de la Consellería de Facenda de 10 de diciembre de 2013 (DOGA 11 de diciembre de 2013) se convoca para la elección de destino definitivo a los aspirante que superaron el proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, escala de ingenieros industriales, convocado por Orden de 26 de diciembre de 2005. Por Diligencia de 20 de febrero de 2014 se procede a cesar al actor en el puesto de trabajo con código "IN. NUM003" figurando como axusa de cese: "INCOPORACIÓN DO TITULAR AO POSTO", 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 EXEÑEIRO INDUSTRIAS DA X.G. (DOG Nº 32 DO 17/2/2014..." Dicha diligencia es firmada por el actor como no conforme. El puesto de trabajo con código NUM003 es adjudicado a una persona que superó el proceso de selección. El 24 de abril de 2013 el actor formula demanda en reclamación de cantidad frente a la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia. El 14 de febrero de 2014 el actor formula demanda ante los Juzgado de La Coruña solicitando se declare que ostenta la condición de personal laboral indefinido, que tiene derecho a ocupar puesto de personal laboral, que la plaza que ocupa se encuentra reservada al correspondiente proceso de consolidación, con condena a la demandada a convocar el correspondiente proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal.

La sentencia entendió que "... , tal como esta Sala en STS de 7 de julio de 2015, rcud. 2598/2014 , en un asunto sustancialmente igual al presente al que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho primero de esta resolución, ha tenido ocasión de pronunciarse, reseñando 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".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores indefinidos no fijos de la Xunta de Galicia, a los que por sentencia se reconoció la nulidad de un despido anterior, y en ejecución de dicha sentencia fueron adscritos a una plaza de funcionario. Presentan demanda ante la jurisdicción Social el 14 de febrero de 2014, en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral, consolidación de empleo temporal y otros derechos. Al actor se le cesa el 14 de octubre de 2015 y al demandante de la sentencia de contraste el 14 de febrero de 2014.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega infracción, por aplicación errónea, de lo dispuesto en los artículos 5 c) del Convenio Colectivo, 138 de la OIT, 4.2 g) del ET, 24 de la CE y efectos del artículo 55.5 y 6 del ET, en conexión con el artículo 7.1 de la Ley 1/2012, de 29 de febrero de medidas temporales de empleo de la CCAA de Galicia. Infracción de los artículos 50 y 51 del ET.

Con carácter subsidiario, infracción por aplicación errónea de los artículos 49.1C), 53.1.B) y 15.1 ET, cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, así como de la jurisprudencia contenida en la STJUE de 14/09/16, C-596/14, asunto De Diego Porras y STSJ 05/10/16 R. 246/14 y SSTSJ País Vasco 18/10/16 R. 1690/16 y 15/11/16 R. 1990/16.

En esencia alega que el despido ha de calificarse de nulo, dada la demanda previa presentada por el trabajador en reclamación de sus derechos. Aduce que la tutela judicial efectiva exige proteger las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos es claro que el cese ha podido obedecer perfectamente como represalia del mismo y para evitar el pronunciamiento judicial que le otorgaría el derecho que a la postre se le reconoce.

2.- Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por la Sala, entre otras, en sentencias de 7 de junio de 2015, recurso 2598/2014, 9 de junio de 2018, recurso 25/2015, 20 de julio, de 2017, recurso 2832/2015, 25 de enero de 2018, recurso 3917/2015.

Tal y como nos recuerda la sentencia de 25 de enero de 2018, recurso 3917/2015: "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; 25/2008, 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"

La sentencia de 25 de enero de 2018, recurso 3917/2015, establece:

"2. La cuestión controvertida ha sido ya objeto de análisis por esta Sala IV del Tribunal Supremo, no sólo en la sentencia de contraste, sino también en las STS/4ª de 7 julio 2015 (rcud. 2598/2014), 9 junio 2016 (rcud. 25/2015), 20 julio 2017 (rcud. 2832/2015) y 25 enero 2018 (rcud. 3917/2015). En todas ellas se trataba de determinar si cabía considerar ajustado a derecho el cese de los trabajadores indefinidos no fijos que, por estar adscritos a una plaza de funcionario, ven extinguida aquella relación laboral por la incorporación de un nuevo titular que accede a esa condición de funcionario público a través del correspondiente proceso de selección. La cuestión controvertida suscita dos interrogantes: de un lado, la

posibilidad de llevar a cabo tal extinción; de otro, la de la calificación que merece el eventual despido cuando los trabajadores afectados reúnen la circunstancia de haber reclamado previamente contra aquella adscripción a plaza de funcionario....

TERCERO.- 1. En las sentencias mencionadas, la Sala afirma la calificación como despido el cese del personal laboral fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía desempeñando, puesto que no estamos ante ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el art. 49.1 b) ET.

Hemos negado que en tal supuesto estemos ante la cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral.

La única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 ET, de conformidad con lo previsto por la Disp. Ad. 20ª de dicho texto legal.

2. Ante este marco normativo, la antes mencionada cláusula convencional aparece como una garantía complementaria para los trabajadores de la Xunta con cierta antigüedad, mas no implica, ni puede hacerlo, la elusión del régimen legal que acabamos de exponer. Una cosa es que la actora no tenga opción, en base a esa disposición del convenio, al eventual proceso de consolidación que en su momento estableció el indicado convenio y otra, muy distinta, que pueda ser cesada por la cobertura de una plaza que no se ajusta a las características esenciales de su vínculo contractual laboral.

3. En suma, el cese de la trabajadora constituye un despido que carece de justificación.

4. Restará examinar, no obstante, si es aplicable aquí la doctrina plasmada en las sentencias de anterior cita respecto de la nulidad de dicho despido.

Producido el 14 de octubre de 2015

Y la Sala no puede sino alcanzar idéntica conclusión, puesto que, con independencia de la eventual respuesta que la actora pudiera obtener, lo cierto es que la misma fue cesada tras haber puesto en marcha un proceso de reclamación frente a su adscripción a plaza de funcionario, sin que, a la fecha de la extinción del contrato de trabajo de la recurrente, la sentencia obtenida hubiere ganado firmeza, por lo que debemos mantener nuestro criterio favorable a la apreciación de una lesión del derecho fundamental a la garantía de indemnidad, como hiciéramos con los demás trabajadores afectados por situaciones análogas, a los que hemos dado la misma respuesta con independencia de la fase en que se hallaran sus respectivas reclamaciones"

3.- En aplicación de la doctrina anteriormente transcrita hemos de concluir que el cese del actor, efectuado el 14 de octubre de 2015, es un despido que ha de ser calificado de nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

Los hechos que conducen a esta conclusión son los siguientes:

1.-Al actor, que venía prestando servicios para la demandada, con categoría de ingeniero industrial, desde el 1 de julio de 2004, se le declaró personal indefinido no fijo por sentencia de 13 de junio de 2008, autos 82/2008, del Juzgado de lo Social nº 2 de DIRECCION000.

2.-En ejecución de dicha sentencia se le adscribió con carácter provisional a distintos puestos y el 19 de septiembre de 2013 a un puesto que en la RPT -modificada DOG 12-01- 2015- figura: "Denominación: Ingeniero de funciones facultativas. Forma de provisión: Concurso de méritos. Vínculo jurídico según RPT: funcionario, Grupo A1".

3.-El 22 de noviembre de 2013 formuló reclamación previa y el 14 de febrero de 2014 demanda en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral, consolidación de empleo temporal y otros derechos.

4.-El 1 de febrero de 2015 suscribió un documento dirigido a la Consellería de Facenda de la Xunta en el que, entre otras cuestiones, manifestaba que previamente a la elección de destino, se debería adscribir al personal afectado por los procesos de consolidación de empleo público a una plaza creada al efecto como personal laboral en la categoría y grupo correspondiente.

5.-El 4 de septiembre de 2015 dirige escrito de alegaciones a la Consellería de Economía e Industria de la Xunta solicitando se le restituya en las funciones de responsable en materia de hidrocarburos de la DG de Energía y Minas y administrador del Registro de instalaciones de distribución al por menor de productos petrolíferos líquidos, funciones que entiende se enmarcan en la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de DIRECCION000.

6.-El 14 de octubre de 2015 fue cesado por cobertura reglamentaria de la plaza, al ser elegida dicha plaza por aspirante que superó los procesos selectivos convocados por Orden de 20 de junio de 2013 de consolidación para el ingreso en el Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia.

El actor fue cesado cuando tenía en trámite una demanda de reconocimiento de derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y a ser adscrito a una plaza de tales características, no a la plaza reservada a personal funcionario a la que había sido adscrito, - y también dos reclamaciones dirigidas a la Xunta de contenido similar- 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 desactivadora de los indicios de vulneración no se ha logrado, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento del derecho del actor a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndole a una plaza de funcionario cuya adjudicación posterior se utiliza como cobertura para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Fabio, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8 de noviembre de 2016, recurso número 2686/2016, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de DIRECCION000 el 11 de marzo de 2016, autos número 955/2015. Casar y revocar la sentencia impugnada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de esta clase interpuesto por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Fabio, estimando la demanda formulada.

FALLO:

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Fabio, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8 de noviembre de 2016, recurso número 2686/2016, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de DIRECCION000 el 11 de marzo de 2016, autos número 955/2015, seguidos a instancia de D. Fabio contra LA CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA DE LA XUNTA DE GALICIA sobre DESPIDO.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente, estimando la demanda formulada, declarando la nulidad del despido del actor y condenando a la demandada a la inmediata readmisión del mismo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.