

SUMARIO:

Xunta de Galicia. Reconocimiento por sentencia de la condición de trabajador indefinido no fijo, con adscripción por la empresa a una plaza de personal funcionario. Reclamación, en vía judicial, para que la adscripción se produzca a una plaza de personal laboral reservada al correspondiente proceso extraordinario de consolidación. Cese posterior al cubrirse reglamentariamente la plaza por personal funcionario. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. Debe calificarse 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 artículo 49.1 b) del ET. Ha de negarse 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 se 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 artículos 51 y 52 del ET, de conformidad con lo previsto por la disp. adic. vigésima de dicho texto legal. En suma, el cese de la trabajadora constituye un despido que carece de justificación. En el caso analizado, 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, por lo que es claro que su cese ha podido producirse como represalia frente a una actuación encaminada a obtener la tutela de sus derechos. 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.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 4.2 g), 49.1 b), 50, 51 y 55.5 y 6.

PONENTE:

Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 579/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jesús Vázquez Forno, en nombre y representación de D. Marcos, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 14 de diciembre de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 3024/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, dictada el 2 de marzo de 2018, en los autos de juicio núm. 898/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Marcos, contra XUNTA DE GALICIA, CONSELLERIA DE ECONOMÍA E INDUSTRIA, sobre despido nulo, o subsidiariamente improcedente o bien cese por causas objetivas.

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 2 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Marcos contra la Consellería de Economía e Industria, y en consecuencia, declaro el derecho de D. Marcos 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"

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " PRIMERO.- Se declara probado que D. Marcos 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.

Séptimo.

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.

Contra la anterior sentencia, la XUNTA DE GALICIA, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 14 de diciembre de 2018, recurso 3024/18, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D. JESÚS ÁNGEL VÁZQUEZ FORNO, en nombre y representación de D. Marcos, 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."

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el letrado D. Jesús Vázquez Forno, en nombre y representación de D. Marcos, 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 ser declarado improcedente por falta de contradicción o subsidiariamente estimado.

Sexto.

Se señaló para la votación y fallo el día 12 de enero de 2022, 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 serle reconocida esta condición, se le adscribe a una plaza de personal funcionario. Reclama en vía judicial que se le adscriba a una plaza de personal laboral, produciéndose su cese, justificado por la Xunta de Galicia en el hecho de que la plaza se ha cubierto reglamentariamente por personal funcionario.

2.- El Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela dictó sentencia el 2 de marzo de 2018, autos número 898/2016, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Marcos contra LA CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA sobre DESPIDO, declarando 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 €.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios para la demandada, como personal laboral, con la titulación de ingeniero superior de minas.

Por sentencia dictada por el Juzgado el 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. En dicha sentencia se declara probado que el actor fue adscrito, por la demandada a un puesto funcional de ingeniero de funciones facultativas, si bien manteniendo la condición de personal laboral indefinido no fijo.

El actor presentó reclamación previa a la vía judicial en fecha 21 de noviembre de 2013, así como demanda ante el correspondiente órgano judicial de reconocimiento de derecho, interesando su adscripción a un puesto de naturaleza laboral, así como su derecho a consolidación del mismo, estando el asunto suspendido por litispendencia.

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.

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, no superando el actor el proceso selectivo.

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.

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.

3.- Recurrida en suplicación por la Letrada de la Xunta de Galicia, en representación de LA CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, y por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Marcos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 14 de diciembre de 2018, recurso número 3024/2018, estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación D. Marcos y, con estimación de la petición subsidiaria declaró la improcedencia del despido, condenando a la demandada a que, en plazo de cinco días, opte entre readmitir al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación o abonarle la indemnización de 42.128,85 €, sin entrar a conocer del recurso formulado por la Letrada de la Xunta de Galicia, en representación de LA CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA, por las razones que constan en el último de los Fundamento de la sentencia.

La sentencia entendió que no aparecen indicios de la vulneración de la garantía de indemnidad pero, 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.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Jesús Vázquez Forno, en representación de D. Marcos, 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.

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 desestimado por falta de contradicción y, subsidiariamente, si se apreciara la concurrencia de contradicción, ha de ser estimado.

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 de 13 de diciembre de 2016, recurso número 2059/2015, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia, Consellería de Economía e Industria, confirmando 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 5.100/2014, que resolvió el formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 4 de A Coruña, de fecha 23 de diciembre de 2014, en autos número 435/2014, 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 Santiago de Compostela 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 vinculo 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 AI, 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 EXEÑEIROIS 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 a los que por sentencia se ha reconocido la condición de indefinidos no fijos de la Xunta de Galicia y que fueron adscritos a una plaza de funcionario. En el supuesto de la sentencia recurrida el actor presenta reclamación previa a la vía judicial el 21 de noviembre de 2013, y posterior demanda, en reclamación de derecho a ocupar puesto de naturaleza laboral y plaza reservada al correspondiente proceso extraordinario de consolidación; en la sentencia de contraste presenta demanda el 14 de febrero de 2014, en reclamación del mismo derecho a puesto de naturaleza laboral y consolidación de empleo temporal.

Por Orden de la Consellería de 9 de mayo de 2014 se convoca proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de facultativo superior, escala de ingeniero de minas, estando incluido el puesto ocupado por el actor de la sentencia recurrida, al que se le cesó por cobertura de la plaza el 15 de noviembre de 2016.

Por Orden de la Consellería de 25 de diciembre de 2005 se convoca proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de facultativo superior, escala de ingeniero de minas, convocándose para la selección de destino por Orden de la Consellería de 10 de diciembre de 2013, procediendo a cesar al demandante de la sentencia referencial, por cobertura de la plaza, por diligencia de 20 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.

No impide la existencia de contradicción que en la sentencia recurrida entre la reclamación previa del actor -21 de noviembre de 2013- y la extinción de su contrato -15 de noviembre de 2016- hayan transcurrido tres años, en tanto en la sentencia de contraste entre la demanda del actor -14 de febrero de 2014,- y la extinción de su contrato -20 de febrero de 2014- hayan transcurrido únicamente seis días, ya que la inclusión de la plaza del actor de la sentencia recurrida en el proceso selectivo se efectuó por Orden de la Consellería de 9 de mayo de 2014 -cuatro meses y medio después de la reclamación previa-, aunque no se resolvió hasta noviembre de 2016.

También es irrelevante, a efectos de la concurrencia del requisito de la contradicción, que en la sentencia recurrida el actor se presentara el proceso selectivo y no lo superara, dato que no consta respecto al actor de la sentencia de contraste ya que dicha circunstancia no tiene trascendencia alguna para resolver la cuestión planteada.

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.

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, en este caso un puesto de trabajo reservado para el correspondiente proceso extraordinario de consolidación.

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 15 de noviembre de 2016, 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.- El actor ha venido prestando servicios para la demandada, como personal laboral, con la titulación de ingeniero superior de minas y se le declaró personal indefinido no fijo por sentencia dictada por el Juzgado de 18 de septiembre de 2.008 con antigüedad desde el 2 de marzo de 2004.

2.- En dicha sentencia se declara probado que el actor fue adscrito, por la demandada a un puesto funcional de ingeniero de funciones facultativas, si bien manteniendo la condición de personal laboral indefinido no fijo.

3.- El 21 de noviembre de 2013 formuló reclamación previa y posterior demanda en reclamación de derecho a puesto de naturaleza laboral y consolidación de empleo temporal.

4.- 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, no superando el actor el proceso selectivo.

5.- 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.

6.- 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.

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, por lo que es claro que su cese ha podido producirse también como represalia frente a una actuación encaminada a obtener la tutela de sus derechos.

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. Marcos, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 14 de diciembre de 2018, recurso número 3024/2018, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela el 2 de marzo de 2018, autos número 898/2016. 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. Marcos, estimando la demanda formulada.

No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

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 D. Marcos, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 14 de diciembre de 2018, recurso número 3024/2018, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela el 2 de marzo de 2018, autos número 898/2016, seguidos a instancia de D. Marcos contra LA CONSELLERIA DE ECONOMIA E INDUSTRIA 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 contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.