



Roj: **STSJ GAL 1201/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1201**

Id Cendoj: **15030340012017100853**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **4819/2016**

Nº de Resolución: **1053/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 32054 44 4 2016 0000852

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004819 /2016 CRS**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000214 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Melchor

ABOGADO/A: ROQUE MENDEZ ROBLEDA

RECURRIDO/S D/ña: CONSELLERIA DO MEDIO RURAL E DO MAR

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS**

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a diecisiete de febrero de dos mil diecisiete.

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 NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**



En el RECURSO SUPPLICACION 0004819 /2016, formalizado por el letrado Roque Méndez Robleda, en nombre y representación de Melchor , contra la sentencia número 250 /2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000214 /2016, seguidos a instancia de Melchor frente a MINISTERIO FISCAL, CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL E DO MAR , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Melchor presentó demanda contra MINISTERIO FISCAL, CONSELLERÍA DO MEDIO RURAL E DO MAR, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 250 /2016, de fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciséis , por la que se desestimó la demanda.

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

**PRIMERO.-** El actor prestaba servicios para la demandada desde el 3 agosto 2012 al amparo de contrato de trabajo de interinidad en que se expresó como causa en su cláusula octava "sustituir a trabajadores/as con derecho a reserva de posto de traballo, sendo a causa: excedencia voluntaria coidado de familiar do titular", consignándose que "a duración do contrato, estenderase dende o 03/08/2012 e ata que se reincorpore o/a titular do posto NUM000 ou se cubra se reconvirta ou se amortice polos procedementos regulamentarios", con categoría de Jefe de brigada SPDCIF fijo discontinuo, grupo III categoría 100 (folios 38 a 40). El 10 mayo 2013 se suscribió "adenda" a dicho contrato por las partes en que se acordó la modificación de la cláusula octava, indicando que el contrato se realiza "para cubrir temporalmente un posto de traballo, ata a súa cobertura regulamentaria, ou ben ata que se reconvirta ou se amortice polos procedementos legalmente previstos" (folio 41). El salario mensual bruto y prorrateado del actor asciende a 1980,82 euros (nóminas a los folios 107, 110 y 111 y de demanda sin oposición). **SEGUNDO.-** El actor fue cesado con efectos de 2 febrero 2016 mediante diligencia de cese fechada el 3 febrero 2016 en que se hizo constar como causa de cese "resolución do DXFP do 25/01/2016 de reingreso ao servizo activo de Anibal ." (folio 51). **TERCERO.-** Con fecha 5 noviembre 2015 D. Anibal . presentó a la demandada solicitud de reingreso en plaza del grupo III categoría 100 en Ourense, a tiempo completo, desde la situación de excedencia por incompatibilidad que mantenía hasta ese momento, indicando como plaza vacante la NUM001 (folio 43, por reproducido). La demandada remitió a D. Anibal escrito fechado el 2 diciembre 2015 en que se le comunicaba que dicha plaza está ocupada en adscripción temporal pero que existe una plaza de fijo discontinuo ocupada por personal temporal, la ocupada por el actor, indicándole que manifieste si está interesado en esa plaza (folio 44). D. Anibal presentó escrito el 18 enero 2016 solicitando el reingreso en la plaza ocupada por el actor NUM000 (folio 49) y fue resuelta la autorización de reingreso al servicio activo de D. Anibal con carácter provisional en esa plaza por resolución de 25 enero 2016 (folio 48), tomando posesión el 2 febrero 2016 (folio 50).

**CUARTO.-** Los períodos de actividad del actor son los que siguen (folios 88 a 96).

de a días

03/08/2012 14/11/2012 104

01/03/2013 30/11/2013 275

15/02/2014 14/11/2014 273

23/02/2015 22/11/2015 273

total 925

**QUINTO.-** No consta condición representativa del actor.

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

**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D. Melchor y en virtud de absuelvo a la CONSELLERÍA DE MEDIO RURAL de la XUNTA DE GALICIA de las peticiones deducidas en su contra.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Recurre el trabajador el rechazo de su demanda, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación de los artículos 3.1.c), 15.1.c) y 55.4 ET, en relación con el artículo 4 RD 2720/98.

**SEGUNDO.-** 1.- Rechazamos la censura, salvo por un aspecto que indicaremos en el número siguiente, puesto que la facultad de atribuir a un reingresado una plaza de manera temporal y, por ende, lícito el cese del trabajador que ocupaba interinamente dicha plaza. Esto se desprende de lo que ya se ha mantenido por esta Sala de lo Social, reunida en Sala General, en la Sentencia de fecha 02/06/09 R. 1128/09 (reiterada, entre otras, por SSTSJ Galicia 04/12/09 R. 4100/00, 13/10/09 R. 2946/09, 29/09/09 R. 1881/09, 17/07/09 R. 1885/09, 10/07/09 R. 2434/09, etc.), donde se rechaza el juego pretendido por el recurrente y mantenemos la regularidad del cese por adscripción temporal a la plaza ocupada por interino por un reingresado (artículo 24.5 V CCÜPLXG, «el excedente voluntario por incompatibilidad puede solicitar el reingreso en cualquier momento. Este reingreso podrá efectuarse por adscripción temporal a un puesto de su categoría condicionada a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para su desempeño»), lo que es coherente con lo que expresábamos en la STSJG 24/06/09 R. 1014/09, donde manifestábamos que, de acoger la tesis del recurrente, «se otorgaría mejor derecho a ocupar la plaza a la interina demandante, frente a la persona que ha superado una oposición y que ha demostrado tener más méritos para acceder a la plaza, lo que supondría una clara y flagrante vulneración de los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, consagrados en los artículos 103 y 14 del texto constitucional».

2.- Sin embargo, sí hay un plano en el que se estimará la censura del actor -tal y como adelantábamos- y es en la indemnización correspondiente a un despido objetivo -él solicita la correspondiente a un despido improcedente-. En todo caso y aunque no se ha solicitado, se ha producido -como ya advertíamos en nuestras SSTSJ Galicia 30/01/17 R. 4245/16 y 30/11/16 R. 3277/16, durante la tramitación del recurso, «una circunstancia relevante, en cuanto a la indemnización por fin de contrato temporal establecida en el artículo 49.c) ET, cual es la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/09/16, asunto C-596/14, De **Diego Porras**, y ante la posible alegación de incongruencia, al no estar nada solicitado al respecto ni en demanda ni en el recurso formulado, consideramos que dicha incongruencia no existe, siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2013, luego seguida por otras, en la que, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: "...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización... es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia..."; ya que: "...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual..."; en consecuencia: "...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET ..."».

3.- La STJUE de 14/09/16, C-596/14, asunto De **Diego Porras**, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada [ artículos 49.1c), 53.1.b) y 15.1 ET ] es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año. Este criterio se ha seguido por los distintos TSJ; y así: (a) STSJ Madrid 05/10/16 R. 246/14, que señala que «[a]sí pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo,



según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Y (b) SSTSJ País Vasco 18/10/16 R. 1690/16 y 15/11/16 R. 1990/16, que concluyen: «Conocida la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14.9.2016 ( C-596/14 ) en la que, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada ( arts.49.1c , 53.1b ) y 15.1 ET ) es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año, debemos completar la válida extinción del contrato del actor recogida en los fundamentos anteriores con el abono de dicha indemnización. Por ello, sin que la extinción del contrato de interinidad conlleve el percibo de indemnización alguna ( art. 49.1.c del ET ), procede reconocer al demandante en virtud de lo dispuesto por el TJUE una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades ( art. 53.1.b del ET ), que habrá de ser calculada, por tratarse de una indemnización derivada de la extinción de un contrato y no de un despido, atendiendo al tiempo de su duración».

La cuestión es si esa doctrina puede extenderse, por la eficacia vertical de la Directiva 1999/70/CE, a un supuesto como el presente, manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que *quien pide lo más, pide lo menos* ; y ello, es aplicable sin duda en el campo laboral (para todas, STS 31/10/03 -rcud 17/02 -). Es decir, quien reivindica una indemnización de 45 ó 33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica (20 días). De ahí la jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente ( SSTS 14/10/13 -rcud 68/13 -; 24/06/14 -rcud 217/13 -; y 06/10/15 -rcud 2592/14 -). No hay dificultad alguna en cuanto a la naturaleza del vínculo -a diferencia de otras resoluciones anteriores ( STSJ Galicia 30/01/17 R. 4245/16 ), dado que la STSJUE citada se refiere a personal interino y aquí también nos encontramos ante un trabajador interino, que cubre una reserva de puesto de trabajo de otro desde 2012; por lo que es evidente que -producida la identidad de supuestos- la solución ha de ser idéntica.

3.- Siendo de aplicación directa la Directiva, no existiendo incongruencia y concurriendo una igualdad, al Sr. Melchor le ha de corresponder la misma indemnización por finalización de su contrato indefinido como si de un despido objetivo se tratase.

**TERCERO.-** Como corolario a la anterior estimación, se acoge en parte la censura jurídica y se condena a la Xunta de Galicia a que le abone una indemnización de 4.546,14€; obtenida con unos parámetros de antigüedad 03/08/12, fecha de extinción 03/02/16 y módulo salarial mensual de 1.980,82€, sin perjuicio de deducir las cantidades que haya percibido por dicho cese. En cuanto a dicho aspecto, es una consolidada jurisprudencia del TS ( SSTS 27/10/05 -rcud 2513/04 -; y 30/06/08 -rcud 2639/07 -) el considerar que el salario regulador de la indemnización por despido improcedente ha de calcularse dividiendo el salario anual entre 365 días, y luego multiplicarlo por 45 [ó 33 ó 20, según el caso] días por año trabajado (computando los restos inferiores al mes como si de un mes completo se tratase [ SSTS 31/10/07 -rcud 4181/06 - y 12/11/07 -rcud 3906/06 -]). En consecuencia,

## FALLAMOS

Que con estimación en parte del recurso que ha sido interpuesto por don Melchor , revocamos la sentencia que con fecha 25/05/16 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Orense , y acogiendo la demanda declaramos el derecho de la actora a percibir por su cese una indemnización -s. e. u o.- de CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS Y CATORCE CÉNTIMOS (4.546,14€).

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



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

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

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

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

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

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