



Roj: **STSJ GAL 3035/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:3035**

Id Cendoj: **15030340012017102268**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2017**

Nº de Recurso: **981/2017**

Nº de Resolución: **2540/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

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 0002291

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000981 /2017 CRS**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000537 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL, Flora

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD, CELIA PEREIRA PORTO

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

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

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a ocho de mayo 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

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0000981 /2017, formalizado por la letrado Celia Pereira Porto, en nombre y representación de Flora , contra la sentencia número 575 /2016 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000537 /2016, seguidos a instancia de Flora frente a MINISTERIO FISCAL, CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ Dª JOSE ELIAS LOPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª Flora presentó demanda contra MINISTERIO FISCAL, CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 575 /2016, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis , por la que se estimó la demanda.

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

PRIMERO.- La actora Da. Flora , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL desde el 27-10-2015, con la categoría profesional de auxiliar de enfermería y percibiendo un salario mensual de 1803,69.-C incluido el prorrateo de las pagas extras. Dichos servicios los prestaba en la Residencia de Maiores de O Carballiño. SEGUNDO.- La relación laboral entre las partes se articuló a medio de un contrato de duración determinada, de interinidad, para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. La cláusula séptima del contrato establece que su objeto es la cobertura de la plaza hasta que se cubra en la forma de provisión legalmente establecida, se reconvierta o se amortice. Dicho contrato figura incorporado a autos, teniendo aquí su integro contenido por reproducido. TERCERO.- En fecha 10-7-2016, se extingue la relación laboral por la causa de " cese por fin de interinidad". CUARTO.-En fecha 5-7-2016 se dictó Resolución por la Dirección Xeral de función Publica por la cual se acuerda el reingreso al servicio activo en la plaza que venía ocupando la actora de la trabajadora Da. Raquel , personal laboral fijo que se encontraba en situación de excedencia por incompatibilidad desde el 16-4-2016. QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. SEXTO.- Se agotó la vía previa administrativa.

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

FALLO: Que estimando en su pretensión ejercitada con carácter subsidiario, la demanda interpuesta por Da. Flora contra la CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL debo declarar y declaro procedente la decisión extintiva llevada a cabo por la demandada el 10-7-2016, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 844,5€ en concepto de indemnización.

.../...

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima en su pretensión subsidiaria la demanda interpuesta por la actora, contra la CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL de la Xunta de Galicia declarando procedente la decisión extintiva llevada a cabo por la demandada el 10-7-2016, pero la condena a abonar la cantidad de 844,5€ en concepto de indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Esta decisión es impugnada por ambas parte litigantes. La parte actora interesa la declaración de improcedencia de la relación laboral; mientras que la demandada Xunta de Galicia entiende que la Sentencia recurrida contradice la normativa aplicable en lo que al reconocimiento de la indemnización se refiere.

**SEGUNDO.-** Comenzando por el examen del recurso de la trabajadora, el mismo se construye articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. b) de la LRJS , en el que interesa la revisión del ordinal segundo de los hechos probados, más en concreto su párrafo segundo, para que se redacte en la forma siguiente: "Con data do 1/ 6/ 2016 o xefe territorial da demandada en Ourense fixo unha dilixencia, que consta como anexo I ao contrato de traballo, para substituír o "X" do contrato de traballo onde consta "substituír a traballadores con dereito a reserva de posto de traballo" por un "X" onde di "para cubrir temporalmente un



*posto de traballo vacante incluído na RPT de persoal laboral ata que se cubra polo procedemento legalmente establecido, se reconverta ou amortice".*

La modificación interesada no resulta acogible, por cuanto el documento en que se sustenta ya fue objeto de valoración expresamente por la Magistrada de instancia, además se afirma *que se tiene aquí su integro contenido por reproducido*. Con lo cual la adición pretendida por la parte recurrente resulta totalmente innecesaria, por lo que el contrato de trabajo y todos sus anexos se tienen como probados, y se ha dictado sentencia valorando su contenido, de ahí que no pueda accederse a la revisión interesada.

También se solicita la modificación del hecho probado cuarto para que se añada la expresión *"con carácter provisional"*, CUARTO.- *"[...] se acuerda el reingreso al servicio activo con carácter provisional en la plaza que venía ocupando la actora [...]"*.

La Sala también rechaza esta adición interesada por la parte recurrente, porque según constante jurisprudencia, debe darse el requisito de la necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación, como así ocurre en el presente caso, en que la adición que si consta en la resolución de Reingreso al Servicio Activo que obra al folio 44 de los autos, es irrelevante para la decisión del litigio, además de tratarse de un dato que ya la Magistrada de instancia tuvo en cuenta, tal como se desprende de lo razonado en el primero de los Fundamentos de Derecho de su resolución.

**TERCERO.**- Al amparo del art. 193. c) de la LRJS, formula la parte actora un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 15.1.c), 55 y 56 del ET, en relación con lo estipulado en el art. 4.2.b) del Real Decreto 27/20/1998, del 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET, en materia de contratos de duración determinada, así como de la jurisprudencia que interpreta dichas normas, entre otras, SSTs do 21/12/2012 (recurso nº 660/2012, y de 10/7/2013 (recurso nº 2844/2012, alegando, en esencia, que al tratarse de una cobertura provisional del puesto que ocupaba la actora, la extinción de su contrato de trabajo no es correcta, por lo que interesa la estimación de su recurso.

Partiendo del inalterado relato fáctico la cuestión litigiosa objeto del presente recurso de suplicación, se concreta en determinar si el cese de la actora es constitutivo de un despido improcedente, por no ser ajustada a derecho la cobertura de la plaza que venía ocupando de auxiliar de enfermería, en la Residencia de Mayores de Carballiño, por tratarse de una provisión de carácter provisional, tal como postula en su recurso; o bien, por el contrario, su cese no es constitutivo de despido, por ser reglamentaria la cobertura de la plaza conforme al art. 24.5 del V Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, según declara la sentencia recurrida. Y esta cuestión ha de resolverse en el sentido expresado por la Sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones.

**1ª.**- Porque según se declara probado, la relación laboral entre las partes se formalizó a medio de un contrato de interinidad, haciéndose constar en la cláusula séptima del mismo que dicho contrato tenía por objeto la cobertura de la plaza desde el 27 de octubre de 2015, *hasta que la plaza se cubra por la forma de provisión legalmente establecida, se reconvierta o se amortice*. Y en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida se declara que, en fecha 5-7-2016 se dictó Resolución por la Dirección Xeral de función Pública por la cual se acuerda el reingreso al servicio activo en la plaza que venía ocupando la actora de la trabajadora Da. Raquel, personal laboral fijo que se encontraba en situación de excedencia por incompatibilidad desde el 16-4-2016.

**2ª.**- Y a la vista de estos hechos, ciertos e incontrovertidos, la Sala considera que el cese de la actora no constituye despido, sino válida extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 49.1.b) del ET, porque cobertura de la plaza tuvo lugar por un sistema de provisión legal, que era una de las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo de interinidad suscrito con la Administración demandada. Una de las esenciales características del contrato de interinidad es la de vincular su duración a la cobertura de la plaza, bien por la reincorporación del trabajador sustituido, bien por la provisión de aquélla en propiedad mediante el oportuno procedimiento reglamentario, o bien por la reconversión, supresión o amortización reglamentaria de dicha plaza. El artículo 4 del Real Decreto 2720/1.998, de 18 de diciembre, establece dos modalidades de interinidad, una, la interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, y otra, la interinidad para cubrir una vacante hasta tanto no se provea por el procedimiento legal o reglamentario, que es el que resulta de aplicación en el presente caso. El precepto ofrece la disfunción de que en el artículo 15-1-c) del Estatuto de los Trabajadores recoge sólo la figura de la interinidad por sustitución al consignar la posibilidad de contrato temporal *"Cuando se trata de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución"*, sin hacer la menor mención al supuesto de cobertura de vacante. Pero la Doctrina de la interinidad por vacante está consagrada por una conocida y reiterada Doctrina Jurisprudencial, en el sentido de que las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con



derecho a reserva de puesto de trabajo, a que se refiere el artículo 15-1-c) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, sino también para la cobertura provisional de vacante hasta que se cubran las plazas a través de algunos de los mecanismos previstos en la Ley.

3ª.- Sentada, pues, la licitud de la contratación temporal de interinidad operada entre la Administración demandada y la trabajadora, cabe ahora preguntarse si es lícita la causa de extinción del vínculo, por la cobertura de su plaza a través de un sistema de provisión convencional contenido en el V Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia. Y la respuesta ha de ser afirmativa, pues dicho contrato puede terminar válidamente por la cobertura a través del procedimiento reglamentariamente previsto, y el cese de la actora se produce por tomar posesión una trabajadora en *situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad*, supuesto que cuenta con el debido amparo conforme a lo previsto en el art. 25.4 del V Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia, disponiendo el párrafo segundo de dicho norma: *"El excedente voluntario por incompatibilidad puede solicitar el reingreso en cualquier momento. Este reingreso podrá efectuarse por **adscripción temporal** a un puesto de trabajo de su categoría condicionada a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para su desempeño"*.

En el presente caso consta que Da. Raquel, personal laboral fijo de la Xunta de Galicia, en servicio activo en otra categoría, solicitó el reingreso como auxiliar de enfermería en el Concello de Carballiño, y al no existir ninguna vacante libre, se resolvió adscribir la solicitante a la plaza ocupada por la actora, por ser la plaza ocupada por personal laboral con menor antigüedad en dicha Centro de Trabajo, tal como se desprende del informe que obra al folio 43 de los autos, siendo irrelevante que la adscripción a dicha plaza sea de carácter provisional, pues la norma permite que el reingreso pueda efectuar por adscripción temporal. Decisión que es coherente con lo que expresábamos en la STSJG 24/06/09 [RSU. 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».

En consecuencia, ha de entenderse que el cese de la actora está debidamente justificado, al haberse producido por provisión regular de la vacante que venía ocupando como interina. Al haberlo entendido así la Magistrada de instancia es procedente la desestimación del recurso de suplicación formulado por la trabajadora y la confirmación de la resolución recurrida sobre este concreto extremo.

**CUARTO.-** Como antes se dijo, la resolución de instancia también es impugnada por la Xunta de Galicia, que sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula un solo motivo de recurso amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, dedicado al examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, oponiéndose a la indemnización fijada por la sentencia recurrida, en la misma cuantía que la prevista para los despidos objetivos, considerando que la normativa aplicable no ampara el reconocimiento de la indemnización reconocida, haciendo referencia a la normativa europea contenida en la directiva 199/70, la cual tiene por objeto, tal como consta en su art. 1, aplicar el Acuerdo Marco que figura como Anexo de la propia Directiva firmado por las organizaciones patronales y sindicales europeas, y tras hacer referencia a la Cláusula 3 y 4 de dicho Acuerdo Marco, y su confrontación con el art. 15.1 c) del ET y en relación también con el art. 4.2b) del RD 2720/1998 y con el clausulado del contrato de trabajo suscrito, se señala que la trabajadora conocía que su relación laboral quedaría extinguida en el momento en que finalizase la interinidad, señalando que se esta equiparando erróneamente la finalización de un contrato temporal por la causa objetiva inherente a su condición de contrato de duración determinada, con un despido objetivo, instituciones estructura y funcionalmente diversas, por lo que se concluye que la sentencia ahora recurrida está aplicando indebidamente la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016.

Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos - la conocida como caso De **Diego Porras** - "no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema". Lo cierto es que esta Sala ya aplicó en algunos casos la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, entre otros, en la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2017, resolviendo el recurso 4819/2016, y empleando aquí los argumentos usados en dichos casos, debemos rechazar el recuso de la Xunta.

En la Sentencia referida de fecha 17 de febrero de 2017 decíamos: "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».

Y dado que la STSJUE citada se refiere a personal interino y aquí también nos encontramos ante una trabajadora interina, que cubría un puesto de trabajo a proveer reglamentariamente; es evidente que -producida la identidad de supuestos-, y mientras el TJUE no varíe su doctrina, la solución ha de ser idéntica, por lo que ha de corresponder a la trabajadora la misma indemnización por finalización de su contrato, como si de un despido objetivo se tratase tal como declaró la sentencia recurrida. Por lo que procede la desestimación del recurso de la Xunta de Galicia, con imposición a la parte vencida de las costas del presente recurso, incluyéndose en las mismas la cantidad de 150 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante ( art. 235 de la LRJS ). Por todo ello:

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora DOÑA, Flora, así como el interpuesto por la Sra. Letrada de la XUNTA DE GALICIA, ambos recursos articulados contra la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2016 del Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia de la trabajadora recurrente frente a la demandada -y también recurrente- CONSELLERIA DE POLITICA SOCIAL DA XUNTA DE GALICIA, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida, condenando a la Xunta de Galicia a la imposición de costas que incluirá los honorarios de la Sra. Letrada de la trabajadora demandante impugnante del recurso, en la cantidad de 150 euros.

**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.