



Roj: **STS 1426/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1426**

Id Cendoj: **28079140012021100334**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2021**

Nº de Recurso: **617/2019**

Nº de Resolución: **252/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 6812/2018,**  
**STS 1426/2021**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 617/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 252/2021**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 2 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Excm. Diputación Provincial de Alicante, en nombre y representación de la misma, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de diciembre de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 2727/2018, que estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Genoveva contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de 7 de junio de 2018, que resolvió la demanda sobre tutela de derechos fundamentales interpuesta por D<sup>a</sup> Genoveva contra la Diputación Provincial de Alicante.

Se ha personado como parte recurrida y ha presentado escrito de impugnación D<sup>a</sup> Genoveva a través de su Letrado D. Manuel Martos García de Veas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.** Presentada demanda sobre tutela de derechos fundamentales fue turnada al Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante, quien dictó sentencia el 7 de junio de 2018, en sus autos nº 704/2017, en cuyos



HECHOS PROBADOS consta lo siguiente: "PRIMERO.- Genoveva , mayor de edad, con NIF nº NUM000 , presta servicios para la Diputación de Alicante siendo desde el 4-4-2016 personal laboral indefinido no fijo (CT 100) por aplicación del artículo 15.5 ET conforme sesión ordinaria de 23-12-2015 de la Junta de Gobierno, con categoría de auxiliar administrativo en el Área de Hacienda y Administración General y salario en cómputo anual de 24.211,52€ (nóminas aportadas), siendo aplicable a la relación el V C. colectivo del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Alicante.

SEGUNDO. - Con fecha 22-5-2017 la actora solicita mediante carta una excedencia voluntaria por interés particular de 5 años a partir de 19-6-2017 con fecha de finalización 1-6-2022, denegando dicha petición la Diputación en Junta de Gobierno de 6-6-2017 notificada por escrito el 14-6-2017 aludiendo a que posee una relación laboral de carácter indefinido, que no de fijo en plantilla.

TERCERO. - El art. 4.15 del V C. Colectivo del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Alicante regula la figura de la excedencia "el TRABAJADOR FIJO/A con al menos un año de servicio en la Excm. Diputación Provincial tendrá derecho a situarse en excedencia voluntaria por período mínimo de dos años y máximo de cinco años sin derecho a retribución alguna y sin que el tiempo de excedencia sea computado a efectos de antigüedad ni cotización a la Seguridad Social".

CUARTO. - Reclama la actora su derecho a serle reconocida dicha excedencia voluntaria por 5 años manteniendo el derecho a la adscripción provisional a la plaza mientras no se ocupe de forma definitiva o bien a otra de similar categoría, más la cantidad de 24.211,52€ equivalente a 1 año de salario como indemnización por daños y perjuicios".

2. En la parte dispositiva de dicha sentencia se dice lo siguiente: "Que desestimando la demanda instada por Genoveva frente a Diputación de Alicante con intervención del Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las peticiones de demanda".

**SEGUNDO.** - D<sup>a</sup> Genoveva , a través de su Letrado D. Manuel Martos García de Veas, interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, quien dictó sentencia el 27 de diciembre de 2018, en su recurso de suplicación 2727/2018, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña Genoveva contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante el día 7 de junio de 2018 en proceso sobre tutela de derechos fundamentales seguido a su instancia contra la Diputación de Alicante, y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada declaramos el derecho de doña Genoveva a disfrutar del derecho de excedencia voluntaria por interés particular por un período de cinco años, manteniendo su derecho a obtener una adscripción provisional a la plaza que desempeña mientras la misma continúe vacante, condenando a la Administración pública demandada a estar y pasar por tal declaración y a que en concepto de indemnización abone a la actora la cantidad de mil euros. Sin costas".

**TERCERO.** - 1. La Letrada de la Excm. Diputación Provincial de Alicante, en representación de la misma, presentó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recurrida. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla de 20 de septiembre de 2018, rec. 2867/17-c.

2. El recurso ha sido impugnado por la señora Genoveva .

3. El Ministerio Fiscal en su informe interesa la inadmisión del recurso por falta de contradicción y subsidiariamente la improcedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

**CUARTO.** - Mediante providencia de 25 de enero de 2021, se designa nuevo ponente, por necesidades del servicio, al magistrado Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y se señala como fecha de votación y fallo el 2 de marzo de 2021, fecha en la que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.** La cuestión, que debemos resolver en el presente recurso de casación unificadora, consiste en decidir si un trabajador con relación laboral indefinida no fija, tiene derecho a disfrutar excedencia voluntaria durante cinco años, limitada a obtener una adscripción provisional a la plaza interinada, mientras la misma permanece vacante, cuando el convenio colectivo contempla únicamente dicha excedencia para el personal fijo.

2. La trabajadora planteó demanda de tutela de derechos fundamentales alegando la vulneración del derecho a la igualdad de trato con los trabajadores fijos, y la sentencia de instancia desestimó su pretensión. Pero la sentencia de suplicación ahora impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 27 de diciembre de 2018 (R. 2727/2018), estima el recurso de la actora por



considerar que la doctrina comunitaria sobre igualdad de trato se mantiene con las SSTJUE 05/06/2018 C-574 y 677/2016 y que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC y TS, en la que se examina la diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos, concluyéndose que debe estar fundada en razones objetivas y razonables, lo que no se produce en este caso, pues lo que se solicitaba por la demandante era el derecho a mantener una adscripción provisional a la plaza que desempeñaba mientras la misma continuara vacante, declarando el derecho de la actora a disfrutar de la excedencia solicitada y condenando a la demandada a abonarle una indemnización de 1000 €.

3. Recurre la Diputación demandada en casación para la unificación de doctrina insistiendo en su pretensión con cita de contraste de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 20 de septiembre de 2018 (R. 2867/2017), que en interpretación de la misma doctrina comunitaria llega a una conclusión distinta en un caso muy similar, de un trabajador indefinido no fijo de la Consejería de la Presidencia y Administración Local de la Junta de Andalucía, que solicitó la excedencia voluntaria y que le fue denegada por no ser fijo de plantilla, sin que a ello obste que el convenio colectivo aplicable sea otro (el CCU del personal laboral de la Junta de Andalucía) porque la regulación sobre ese particular es esencialmente la misma.

**SEGUNDO.** - 1. El art. 219.1 de la LRJS regula el requisito procesal del recurso de casación para la unificación de doctrina consistente en la contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial en los términos siguientes: "El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

2. La Sala considera, a diferencia del Ministerio Fiscal, que concurren aquí los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, toda vez que, en ambos casos se trata de trabajadoras, cuya relación laboral ha devenido indefinida no fija, quienes reclaman excedencia voluntaria, que les es rechazada, porque el convenio colectivo contempla dicha excedencia para los trabajadores fijos de plantilla, estimándose la pretensión por la sentencia recurrida, si bien limitando el derecho mientras la plaza interinada esté vacante, mientras que la sentencia de contraste lo deniega totalmente, porque considera que el derecho de excedencia voluntaria es incompatible con la condición de trabajador indefinido no fijo, porque dicha situación se condiciona a la cobertura reglamentaria de la vacante.

No es relevante que los convenios aplicables sean distintos, puesto que, en ambos casos reservan el derecho a los trabajadores fijos de plantilla, ni existe diferencia en las pretensiones, como apunta el Ministerio Fiscal, quien subraya que en la sentencia de contraste se reclamó sin matices la excedencia voluntaria, mientras que en la recurrida se reclama únicamente el derecho "a obtener una adscripción provisional a la plaza que desempeña mientras la misma continúe vacante", puesto que la simple lectura del suplico de la demanda revela que, se reclama también el derecho "a ocupar otra vacante de similar categoría a la suya que hubiera o se produjera, en los mismos términos que el personal laboral fijo...", puesto que ese es exactamente el derecho que se reconoce a los excedentes voluntarios en el art. 46.5 ET.

Consiguientemente, el núcleo de la contradicción consiste en decidir si los trabajadores indefinidos no fijos tienen o no derecho a la excedencia voluntaria y, de ser así, si existen límites razonables y proporcionados respecto a los trabajadores fijos.

**TERCERO.** - 1. La recurrente denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 4.15 del convenio colectivo del personal laboral de la Diputación de Alicante, que reserva el derecho a solicitar la excedencia voluntaria con una duración de hasta cinco años al personal fijo, en relación con lo dispuesto en la cláusula 4ª, apartado 1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, "Acuerdo marco"), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Considera, por tanto, que no es viable extender dicho derecho al personal indefinido no fijo, puesto que dicha relación se prolongará hasta que se cubra reglamentariamente la vacante, siendo incompatible, por consiguiente, con el derecho controvertido, existiendo razones objetivas, razonables y proporcionadas para el trato diferenciado entre el personal fijo y el indefinido no fijo.

2. La señora Genoveva ha impugnado el recurso de casación unificadora.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso, por cuanto la STS 29-11-2005, rcud. 3796/2004, en la que se apoya la sentencia recurrida, permite concluir que, la cuestionada locución, contenida



en la misma, según la cual "El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener la adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva" que es posible que la Administración pueda autorizar una excedencia voluntaria en favor de un indefinido no fijo, si bien condicionándola ya desde su reconocimiento al hecho de la situación de vacancia de la plaza que se ha venido desempeñando hasta el momento de la solicitud de la excedencia por el trabajador.

**CUARTO.** - 1. El art. 46.2 ET dice: El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.

El art. 4.15 del Convenio colectivo de aplicación dice lo siguiente: El trabajador fijo/a con al menos un año de servicios en la Excm. Diputación Provincial tendrá derecho a situarse en excedencia voluntaria por un período mínimo de dos años y máximo de cinco años sin derecho a retribución alguna y sin que el tiempo de excedencia sea computado a efectos de antigüedad ni cotización a la Seguridad Social.

La cláusula 4.apartado 1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, "Acuerdo marco"), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en la que se dice lo siguiente: " Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

2. La sentencia recurrida se ampara en la doctrina del TJUE por lo que es necesario y oportuno recoger para su consideración y dar respuesta al recurso lo que dicho Tribunal viene diciendo en la materia, aunque tanto la sentencia de contraste como la aquí recurrida se han guiado por iguales criterios que aquel Tribunal ha establecido para poder determinar si el trato otorgado a los contratos de duración determinada no constituyen trato discriminatorio respecto a un trabajo fijo comparable, si bien con resultado contrapuesto al encontrar la sentencia de contraste razones que, a su entender, objetivan y justifican la denegación del derecho que se reclama a la excedencia voluntaria.

Pues bien, resulta relevante la Sentencia del TJUE, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-158/16, que se pronuncia sobre si la falta de reconocimiento de la situación de servicios especiales a un funcionario interino puede resultar discriminatoria respecto de un funcionario de carrera, como trabajo fijo comparable, cuando resulta que la normativa interna prevé que se declare en la situación de servicios especiales, en caso de ser elegidos para desempeñar un cargo público, únicamente a los funcionarios de carrera y excluye a los funcionarios interinos. De este pronunciamiento podemos destacar las siguientes consideraciones:

Sobre el concepto de condiciones de trabajo, tras recoger los diferentes supuestos en los que se ha analizado dicho concepto, dice en su punto 35:" debe considerarse que una resolución por la que se reconoce la situación de servicios especiales, como la controvertida en el litigio principal, que entraña la suspensión de determinados elementos de la relación laboral, mientras que otros perduran en el tiempo, cumple el criterio enunciado en el apartado 30 de la presente sentencia y, por tanto, está incluida en el concepto de "condiciones de trabajo", en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco". Y justifica tal conclusión con base en que es un derecho que requiere una relación de servicios y en ese sentido dice: "la decisión de conceder ese permiso a un trabajador se adopta necesariamente como consecuencia de la relación laboral que le vincula al empleador" y, además, por las consecuencias de ese derecho, diciendo. "la situación administrativa de servicios especiales prevista por la Ley 3/1985 no sólo tiene como consecuencia la suspensión de la relación de servicio, sino que permite también reservar el destino que ocupaba el trabajador hasta su reincorporación cuando expire su mandato parlamentario, garantizando al mismo tiempo que se tenga en cuenta esta situación a efectos del cálculo de los trienios y de la promoción en el grado personal, elementos que, como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 31 de la presente sentencia, ya se ha reconocido expresamente que están incluidos en el concepto de "condiciones de trabajo".

Respecto de si la cláusula 4ª del Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que excluye a un trabajador temporal del derecho a obtener la suspensión del contrato y pasar servicios especiales hasta que concluya la causa que permite dicha situación, cuando dichos servicios especiales se reconocen a los trabajadores fijos, el TJUE parte de que existe esa diferencia de trato al negar los servicios especiales al trabajador temporal que para atender el otro servicio se vería abocado a dimitir de su puesto de trabajo, salvo que la denegación de ese derecho estuviera justificada por el conjunto de factores que puedan rodear el trabajo, formación y condiciones laborales del funcionario de carrera en situación comparable y, en ese caso debería establecerse las razones objetivas que pudieran justificarlo, esto es "elementos precisos y concretos, que caracterizan la



condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta necesaria al efecto".

Y sigue diciendo: "En todo caso, la negativa absoluta a conceder a los trabajadores con contrato de duración determinada el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales no parece a priori indispensable para alcanzar el objetivo perseguido por la Ley 3/1985, a saber, el mantenimiento del puesto y del derecho a la promoción de los trabajadores fijos, y más concretamente de los funcionarios de carrera que ostentan un cargo político representativo, en la medida en que el propio juzgado remitente afirma que es claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determinada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera".

Hemos traído la doctrina de la STJUE en materia de servicios especiales que, ciertamente, no es una situación que pueda identificarse exactamente con la planteada aquí, como doctrina que puede inspirar y entender que, en el caso de que la excedencia no vaya acompañada de reserva de puesto de trabajo, se podría reconocer a los interinos el derecho que aquí reclaman, pero, como ha venido señalando esa doctrina, siempre que el contrato de interinidad no haya incurrido en causa de extinción o la plaza afecta al contrato se mantenga sin ocupar.

3. Esta Sala ha emitido algunos pronunciamientos relativos al personal temporal de Administraciones Públicas, en los que se reconocían derechos relativos a determinadas condiciones laborales.

Así, en la STS de 6 de marzo de 2019, rec. 8/2018, que resuelve un proceso de conflicto colectivo, se dijo que los trabajadores con contratos temporales tenían derecho a acceder a la carrera profesional y, en consecuencia, a percibir el complemento a ella vinculado en igualdad de condiciones que al personal fijo le otorga el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 5 de octubre de 2010. De esta sentencia debemos destacar que su pronunciamiento se apoya en la existencia de un trato discriminatorio de este colectivo respecto del personal laboral fijo, puesto que constituye derecho laboral básico de todo trabajador, ex art. 4.2.b ET, su promoción y formación profesional en el trabajo, que en el ámbito de la función pública garantiza el art. 14.c) EBEP, al disponer que los empleados públicos tiene derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación [...] en el bien entendido que el resultado de esa participación no puede suponer en ningún caso la alteración de la naturaleza jurídica temporal del contrato de trabajo. Esta sentencia, además, se refuerza con la cita del Auto del TJUE, de 22 de marzo de 2018, asunto C-315/17 y en el precedente de la propia Sala, recogido en la STS de 2 de abril de 2018, rcud 27/2017, que le permite hacer el siguiente razonamiento: " - Tampoco justifica la desigualdad de trato el hecho de que la carrera profesional pueda incidir en la movilidad funcional de los trabajadores. En nuestra sentencia de 2/4/2018, rec. 27/2017, a la que ya hemos hecho referencia, admitimos la posibilidad de los trabajadores indefinidos no fijos puedan aspirar a otros puestos de trabajo como consecuencia de esa promoción profesional, y lo mismo cabe decir respecto al personal temporal, sin que ello suponga en ningún caso alterar la naturaleza temporal del vínculo".

Por otro lado, la STS de 2 de abril de 2018, rec. 27/2017, aunque está referida a personal indefinido no fijo, reconoce también su derecho a la promoción interna. Tras recordar que no es posible establecer condiciones laborales discriminatorias por el mero hecho de la naturaleza temporal o fija de la relación de trabajo, así como que el convenio colectivo sobre el que gira el debate no excluye a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos, no entiende irrazonable una interpretación inclusiva de ellos en la regulación relativa a la promoción interna, aunque ello comporte un cambio de destino funcional que no altera, en todo caso la naturaleza del contrato de trabajo, con las cautelas que advierte, sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término, dejando en todo caso a salvo aquellos aspectos en los que puedan concurrir una justificación objetiva de trato diferencial respecto de los trabajadores fijos.

4. Centrándonos ya en el derecho de excedencia voluntaria de los trabajadores indefinidos no fijos, esta Sala, en sentencia de 29 de noviembre de 2005, rcud 3796/2004, negó que ese derecho se ostentara por el trabajador indefinido no fijo, atendiendo al dictado de lo contemplado en el art. 10 de la Ley 53/1984... Es sabido que la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales presenta dificultades prácticamente insuperables. Así lo reconocía expresamente el artículo 26 de la Ley de Relaciones Laborales y en la regulación actual la incompatibilidad absoluta de la excedencia voluntaria con el contrato eventual surge de una simple consideración de la duración máxima de éste con la antigüedad necesaria para acreditar el derecho a la excedencia y con la duración mínima de ésta. En los contratos de obra o servicio determinado y de interinidad la incompatibilidad surge de forma menos directa, pero se impone también en la práctica por consideraciones



de orden temporal y, desde luego, en atención a la forma del reingreso. La cuestión específica que suscita el presente caso se produce porque no estamos ni ante la excedencia voluntaria clásica, ni ante un vínculo contractual temporal. La excedencia por incompatibilidad es una excedencia voluntaria que ni requiere antigüedad mínima para acceder a ella, ni tiene la duración prevista en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues durará lo que dure la situación de incompatibilidad...".

Sigue diciendo la Sala que "La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente "un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría" y este derecho, que puede otorgarse, al trabajador no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida. El trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes. La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva. Pero no es esto lo que se ha solicitado en este proceso, pues en la demanda se pide que "se reconozca el derecho al disfrute de excedencia voluntaria por incompatibilidad desde el 2 de septiembre de 2.003, según el apartado 34.3.b) del Convenio del personal laboral de la Comunidad de Madrid".

5. Finalmente, la Sala en STS 17-07-2020, rcud. 1373/2018, ha examinado el derecho de los trabajadores con contrato de interinidad por sustitución o vacante al disfrute del derecho a la excedencia voluntaria en los términos siguientes:

"La situación de excedencia voluntaria, aunque tiene un tratamiento específico, permite que sea reconocida a favor de quien tiene suscrito un contrato de interinidad, por sustitución o vacante, si bien sometida a la necesidad de que dicho contrato no haya incurrido en causa de extinción.

Desde la necesidad de que en las condiciones laborales no exista tratamiento discriminatorio entre trabajadores temporales y fijos, por la mera temporalidad, salvo que existan razones objetivas que justifiquen un trato diferente, consideramos que en esta situación que aquí se analiza hay razones que avalen lo que ha decidido la sentencia recurrida, sin que las ofrecidas por la de contraste lo impidan.

La situación de excedencia voluntaria es una condición de trabajo en tanto que es un derecho que afecta a los elementos esenciales del contrato de trabajo y, por tanto, una condición de aquella naturaleza, como lo es el despido o la suspensión del contrato.

Además, es comparable la situación de los trabajadores con contrato de interinidad y los trabajadores fijos.

La única diferencia que se advierte entre la prestación de servicios de un trabajador interino con otro fijo viene establecida en la duración del contrato, siendo que en las condiciones de trabajo que se presentan en unos y otros y a la vista de los recientes pronunciamientos que sobre el citado colectivo se están produciendo, llevan a entender que estamos ante trabajos comparables. Pasamos a examinar las razones que ofrece la sentencia de contraste para justificar la diferencia de trato y, con ello, poder poner de manifiesto que las mismas no justifican el no reconocimiento de la excedencia voluntaria a los trabajadores interinos.

Como ya se dijera por esta Sala, la aplicación de la excedencia voluntaria a los trabajos temporales presenta dificultades aplicativas, porque, atendiendo a la configuración de la misma su reconocimiento a los trabajadores interinos podría provocar una alteración de su régimen o, a la inversa, desnaturalizaría la propia contratación de interinidad. Pero tales dificultades son meramente aparentes.

Entre las excedencias nos encontramos con aquellas que dan lugar a reserva de puesto de trabajo y las que no tienen dicha reserva, sino que genera un derecho preferente al reingreso. Esta clasificación, no obstante, no atiende tanto a la naturaleza temporal o indefinida del contrato sino a los derechos y obligaciones que para las partes surgen en aquellas situaciones, como se advierte del hecho de que existen excedencias voluntarias con reserva del puesto de trabajo, a las que sí puede acceder el personal laboral temporal (como sucede en el Convenio colectivo que aplica la sentencia de contraste). Siendo ello así, la que aquí se está solicitando es la



excedencia voluntaria que solo se le otorga un derecho preferente al reingreso siendo este extremo en el que se presentan las discrepancias doctrinales a la hora de encontrar o no justificación a dicha medida aunque, como ha dicho la jurisprudencia, se justifique en "el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente" [ STS de 19 de diciembre de 2018, rcud 1199/2017].

La forma de reingreso o, mejor dicho, el derecho preferente de reingreso, no justifica de forma objetiva el que no se obtenga ese reconocimiento a favor de los trabajadores interinos, como apunta la sentencia de contraste.

Es cierto que, como dice la doctrina de esta Sala, "la excedencia funciona como una garantía de estabilidad" pero ese concepto de estabilidad, también podría ser entendido como aseguramiento en el retorno a la relación laboral y que ampararía todo el que se encuentra en esa situación. Y esa estabilidad es lo que se traduce en ese derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la que ostentaba ya que con ello se quiere significar que el trabajador ha perdido la reserva de la plaza y, por ende, no podrá exigir a la empresa que durante la situación de excedencia deba mantener vacante el puesto dejado o que a la hora de reingreso deba reincorporarlo al puesto dejado.

Si trasladamos ese régimen al contrato de interinidad, lo primero que se advierte es que, si la excedencia voluntaria otorga un derecho preferente de reingreso a vacante de igual o similar categoría, el trabajador interino puede ostentar ese derecho en tanto que la plaza vinculada al contrato esté vacante o no se hubiera reincorporado el sustituto al momento de finalización del periodo de excedencia. De forma que, con esta precisión, no se estaría desnaturalizando el contrato ni contraviniendo las reglas que lo rigen.

Con ello, además, no se está obligando al empleador a reservar el puesto de trabajo ya que esa vacante deberá seguir su curso ordinario de cobertura y, en caso de cubrirse la misma definitivamente ello conllevaría, de producirse antes de conclusión del periodo de excedencia concedido, que el contrato de interinidad del excedente habría incurrido en causa legal de extinción y, por ende, la excedencia quedaría ya sin contenido.

Más dificultad aplicativa se presenta si el empresario concierta otro contrato de interinidad para cubrir la plaza que deja el interino excedente ya que si el derecho a la excedencia se mantiene en tanto que el contrato de interinidad no incurra en causa de extinción, es lo cierto que entre las causas que lleva a la finalización del contrato está la cobertura de la vacante por quien haya sido adjudicatario de la misma en el proceso reglamentario de selección o porque la persona sustituida retorne a su puesto de trabajo ( art. 4.2 b) del RD 2720/1998). Tampoco esa situación impide otorgar el derecho de excedencia voluntaria. Desde el momento en que el interino pase a la excedencia, el empleador puede libremente y en cualquier momento suscribir otro contrato de interinidad con un tercero para cubrir nuevamente la vacante o al sustituido. Si ello se produce, la excedencia voluntaria del interino seguirá su curso y si concluido el periodo de su excedencia sigue el nuevo interino ocupando la plaza, simplemente el excedente seguirá manteniendo la expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza que podría al estar siendo desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso".

6. Como es sabido, es doctrina constante de esta Sala, por todas SSTS 28-03-2015, rcud. 1664/15, 9-05-2017, rcud. 180/17 y 12-05-2020, rcud. 2745/2018, que el contrato laboral indefinido no fijo se extingue al cubrirse definitivamente la vacante ocupada por el trabajador, en cuyo caso procede indemnizarle con veinte días por año de servicio. Consiguientemente, estos contratos se extinguen del mismo modo que los contratos de interinidad por vacante, por cuanto la vigencia de unos y otros está condicionada a la cobertura definitiva de la plaza, si bien la extinción de los primeros da lugar a la indemnización antes dicha, toda vez que tienen su origen en la utilización abusiva por parte de la Administración de la contratación temporal, de manera que, a diferencia de lo que sucede en la empresa privada, la ineludible necesidad de que en todo caso el acceso a la función pública y al empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que determina que no se pueda adquirir la condición de fijo con base en esas irregularidades, a modo de novación sancionadora de la relación jurídica, lo que supondría la materialización del acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

**QUINTO.** - Aplicando la doctrina expuesta al supuesto debatido, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal en cuanto al fondo del asunto, debemos desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Excma. Diputación Provincial de Alicante, en nombre y representación de la misma, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de diciembre de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 2727/2018, que estimó en parte el



recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Geneveva contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de 7 de junio de 2018, que resolvió la demanda sobre tutela de derechos fundamentales interpuesta por D<sup>a</sup> Geneveva contra la Diputación Provincial de Alicante, toda vez que, el contrato indefinido no fijo, al igual que los contratos de interinidad por vacante o sustitución, se mantienen vigentes hasta que se cubra definitivamente la vacante ocupada por los trabajadores afectados, lo que justifica sobradamente que éstos puedan disfrutar del derecho de excedencia voluntaria, si bien condicionado a que la vacante, ocupada por ellos hasta la concesión de excedencia, no haya sido cubierta definitivamente o, no esté cubierta por otro interino, en cuyo caso mantendrán su expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso, por lo que confirmamos y declaramos la firmeza de la sentencia recurrida. Se impone a la recurrente una condena en costas de 1.500 euros.

## FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Excma. Diputación Provincial de Alicante, en nombre y representación de la misma, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de diciembre de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 2727/2018, que estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Geneveva contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de 7 de junio de 2018, que resolvió la demanda sobre tutela de derechos fundamentales interpuesta por D<sup>a</sup> Geneveva contra la Diputación Provincial de Alicante.
2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Se impone a la recurrente unas costas de 1.500 euros.

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

Así se acuerda y firma.