



Roj: **STSJ GAL 523/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:523**

Id Cendoj: **15030340012017100342**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2017**

Nº de Recurso: **3942/2016**

Nº de Resolución: **541/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

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

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15078 44 4 2016 0000176

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0003942 /2016 MRA**

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000074 /2016

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

**RECURRENTE/S D/ña** MEDICOS SIN FRONTERAS

**ABOGADO/A:** JORDI DIOSDADO DONADEU

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** Petra , Isidoro

**ABOGADO/A:** LUIS MIGUEL MARTINEZ SANTOS, LUIS MIGUEL MARTINEZ SANTOS

**PROCURADOR:** ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** ,

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRª Dª MARIA TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a treinta de enero 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 NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003942/2016, formalizado por el/la D/Dª DIOSDADO DONADEU JORDI, en nombre y representación de MEDICOS SIN FRONTERAS, contra la sentencia número 142/2016 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000074/2016, seguidos a instancia de Petra , Isidoro frente a MEDICOS SIN FRONTERAS, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Petra , Isidoro presentó demanda contra MEDICOS SIN FRONTERAS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 142/2016, de fecha siete de junio de dos mil dieciséis

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- Los actores vienen prestando servicios como Captadores de socios, grupo profesional 6, nivel 2, para la Organización no gubernamental demandada MSF, con antigüedad de 27-01-2014 (documentos 2 y 3 de la parte actora y 1,2, 6 y 8 de la demandada)/Segundo.-El contrato en ambos casos es de duración determinada para obra o servicio a tiempo parcial, 20/horas/semana (documentos 2 y 3 de la parte actora y 1, 2, 6 y 8 de la demandada )./Tercero.-Los actores son de nacionalidad **cubana** y cuentan con autorización administrativa de estancia en España por estudios con autorización para trabajar por cuenta ajena por ser su bajo compatible con los estudios (hecho conforme reflejado en la documentación aportada por ambas partes)./Cuarto Con anterioridad a la obtención de la autorización para trabajar los actores ya habían sido contratados por MSF en agosto Y septiembre de 2013, lo que motivó el levantamiento de acta de infracción por la Inspección de empleo y propuesta de sanción de 20.002 euros (documento 19 de la demandada)./Quinto.- Entre el 9-02-2016 y el 16-10-2015 los actores estuvieron en situación de excedencia voluntaria (documentos 3 y 9 de la demandada)./Sexto.- En diciembre de 2014 la demandada MSF convirtió los contratos de duración determinada celebrados con los captadores de la delegación de Santiago de Compostela en contratos indefinidos, excepto los de los actores, por entender que su contrato debía ser temporal al igual que lo era su autorización de estancia. La negativa a la formalización del contrato por tal motivo fue comunicado a los actores mediante correos electrónicos intercambiados con el personal de recursos humanos de la demandada (hecho conforme reflejado, además, en documentos 4, 5, 7 y 8 de la parte actora y 11 y 12 de la demandada)./Séptimo.- MSF no convirtió en indefinido el contrato de ningún trabajador extranjero con permiso de estancia temporal por estudios, pero sí de extranjeros extracomunitarios con permiso de residencia permanente (ramo de prueba de la demandada, en particular, documentos 15 y 18 y testifical)./ Octavo.- La obtención y renovación de los permisos de estancia y trabajo de los actores se ha venido haciendo con el asesoramiento y acompañamiento del personal de la empleadora. El 12-05-2016 doña Petra solicitó a la demandada que tramitase la modificación de su situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo (documentos 6 y 18 de la actora y ramo de prueba de la demandada junto con la testifical de la Sra. Elisenda )./Noveno.- En correo electrónico de 29-02-2016, los actores solicitaron a la empleadora la concesión de licencia de vacaciones los días 14-03 a 8-04-2016 (18 días) . Don Alejandro respondió por igual medio, en representación de la demandada, señalando que solo se le podían conceder los días de vacaciones ya devengados a fecha 14-03-2015, sin que se apreciaran en el caso circunstancias excepcionales para el adelanto de los restantes días de vacaciones aún no disfrutados (documento 9 de la parte actora y 26 de la demandada)./Décimo.- Los días de vacaciones son 25 días laborables, una parte de ellos como regla general a disfrutar en el mes de agosto por paralización de la actividad, constando en el año como periodo de paralización de actividad del 17 al 30 de agosto (hecho conforme y documento 15 de la parte actora y testifical)./undécimo. En correo electrónico de 28-04-2014 los actores solicitaron permiso los días 12 a 30-05-2014, contestando por igual medio la empresa que "la mejor opción para que podáis tener días libres los días que solicitáis es adelantaros las vacaciones.".En correo electrónico de 2-06-2014 la empresa remitió cuadro de vacaciones a los trabajadores indicando la posibilidad de adelanto de las vacaciones en caso de que alguien, por llevar poco tiempo en campaña no haya generado días suficientes o quiera más de una semana. En el año 2014 a la trabajadora doña Pilar le fueron adelantados días de vacaciones para la realización de un viaje de cooperación a Uganda. También le fueron adelantados días de vacaciones en 2015 y un día de las vacaciones aún no devengadas de 2016 (hechos que derivan de los documentos 10 a 17 de la parte actora y de la prueba testifical)./ Duodécimo Es de aplicación el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social (hecho conforme, se adjunta el Convenio como documento 1 de la parte actora y 25 de la demandada)



**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Se estima la demanda interpuesta por doña Petra y Don Isidoro y en consecuencia, declaro que ha sido vulnerado su derecho fundamental ( artículo 14 constitución ),debiendo cesar la conducta de la demandada MSF de negar a los actores, en tanto que extranjeros con autorización de estancia de estudios, la conversión del contrato en indefinido, con respeto a la normativa vigente, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Quinto, desestimando el resto de pretensiones de la demanda con absolución de la demandada respecto de tales pedimentos.

**CUARTO.** - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Aproximación general al objeto del recurso*

La sentencia de instancia estimó en parte la demanda declarando la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación de los actores, " *debiendo cesar la conducta de la demandada... de negar a los actores, en tanto que extranjeros con autorización de estancia de estudios, la conversión del contrato en indefinido...*"

La demandada recurre en suplicación al amparo de los apartados b ) y c) del art. 193 LRJS , solicitando en trámite de suplicación que, estimando el recurso, se revoque la sentencia de instancia, desestimando la demanda.

Los demandantes impugnaron el citado recurso interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

### SEGUNDO.- *Motivo de recurso al amparo del art. 193 b) LRJS*

La parte demandada discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS " *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas* ".

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS :

-Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992 ; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011 . Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998 . Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración *ex novo* de toda la prueba practicada, STC 294/1993 .

-Que la prueba alegada revele un error del juzgador, debiendo advertirse tal error de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba ( SSTC nº 44/1989 de 20-2-89 ; y 24/1990, de fecha 15-2-1990 ; y SSTS 30-10-91 ; 22-5-93 ; 16-12-93 y 10-3-94 ). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 6-5-85 y 5-6-95 ).

-Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS de 28-5-2003 ; 02/06/92 ; SG 16/04/14 -rco 261/13 -; y 25/05/14 -rco 276/13 )

-Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS . Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16/09/15 R. 1353/14 , 12/06/15 R. 4364/13 , 14/05/15 R. 4385/13 , 09/03/15 R. 3395/13 , 11/02/15 R. 970/13 , 20/01/15 R. 3950/14 -.

Además, no puede olvidarse, como ya señaló este TSJ en la sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014) que " *nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo*



más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990 ) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada."

Siendo esto así, la parte recurrente interesa que se adicione un nuevo hecho probado segundo bis con el tenor literal que obra en la página tercera del escrito de recurso, que aquí se da por reproducido. En síntesis, se interesa que se haga constar que " los actores disfrutaban de las mismas condiciones laborales que el resto de captadores de socios de la organización en Santiago de Compostela..."

Se invocan a tal efecto como documentos los números 1, 6 y 13 de la demandada, y los 2, 8 y 14 de los actores.

Se señala la trascendencia de la revisión en cuanto determinaría la inexistencia de la vulneración que funda la sentencia recurrida.

La parte impugnante se opone a tal revisión fáctica, y argumenta que es intrascendente, pues la discriminación apreciada en la sentencia recurrida, y objeto de la pretensión ejercitada, se funda en la modalidad de los contratos de trabajo de los demandantes y en su exclusión de la decisión empresarial de transformarlos en indefinidos; extremo al que no se refiere la redacción cuya adición se pretende.

Y, siendo esto así, hemos de concluir que no ha lugar a la revisión interesada, por intrascendente. No se discute que no exista diferenciación en el trato de los actores con respecto a otros trabajadores, con excepción del extremo relativo a la modalidad de contratación; por lo que el hecho probado carece de relevancia, por versar sobre extremos (jornada, retribución...) no controvertidos.

### **TERCERO.- Motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS**

La parte demandada recurre al amparo del art. 193 c) LRJS " Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia ". Señala a tal efecto la infracción del art. 14 CE en relación con el art. 42 del RD 557/2011 . Se argumenta que el citado art. 42.4 establece la necesidad de que la duración del contrato de trabajo coincida con la de la autorización para trabajar en el caso del trabajador extranjero al que se refiere tal precepto. Asimismo se indica que aunque no fuera así no existiría trato discriminatorio sino solamente una interpretación determinada de la citada norma, no existiendo perjuicio alguno para los trabajadores demandantes. Por lo cual debería estimarse el recurso y revocarse la sentencia de instancia, desestimando la demanda.

Por el contrario los demandantes impugnaron el citado recurso, señalando que debe confirmarse la sentencia recurrida, por haber existido, como la misma señala, una discriminación por razón de su condición de extranjeros, al mantenerles con un contrato de duración determinada, frente a la decisión llevada a cabo con otros trabajadores nacionales.

Pues bien, dicho esto, entendemos que la sentencia ha de ser confirmada, al no apreciarse la censura jurídica esgrimida, y ello dado que:

(1) La sentencia de instancia aprecia la existencia de una discriminación indirecta de los actores derivada de su condición de extranjeros nacionalidad **cubana**, y que se concretaría en que la demandada convirtió en indefinidos los contratos de los captadores de socios de la delegación de Santiago, con la excepción de los demandantes, y ello argumentando que " su contrato debía ser temporal al igual que lo era su autorización de estancia " hecho probado sexto.

(2) Con arreglo a los hechos probados resulta que: (a) Los actores tienen nacionalidad **cubana** hecho probado tercero. (b) Los mismos trabajan como captadores de socios para la demandada y tienen un contrato para obra o servicio a tiempo parcial hechos probados primero y segundo. (c) En diciembre de 2014 la demandada convirtió los contratos de duración determinada celebrados con los captadores de la delegación de Santiago de Compostela en indefinidos, " excepto los de los actores, por entender que su contrato debía ser temporal al igual que lo era su autorización de estancia " hecho probado sexto. (d) Los actores cuentan con autorización



administrativa de estancia en España por estudios, y con autorización para trabajar por cuenta ajena por ser su trabajo compatible con tales estudios hecho probado tercero.

(3) El art. 42.4 RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, resulta aplicable a los actores, dada la autorización administrativa de la que disponen a la vista de lo señalado en el hecho probado tercero. Tal precepto es aplicable a los "extranjeros que dispongan de la correspondiente autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado", los cuales, como es el caso, "podrán ser autorizados a realizar actividades laborales..."

Tal precepto dispone:

Art. 42.2 2. " Los contratos deberán formalizarse por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial. En el supuesto de ser a jornada completa, o en caso de actividades por cuenta propia a jornada completa, su duración no podrá superar los tres meses ni coincidir con los periodos en que se realicen los estudios, la investigación, las prácticas no laborales o el servicio de voluntariado..."

4. La vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración del contrato de trabajo o, en su caso, con la proyectada para la actividad por cuenta propia. Dicha vigencia no podrá ser en ningún caso superior a la de la duración de la autorización de estancia. La pérdida de vigencia de la autorización de estancia será causa de extinción de la autorización para trabajar."

De ello no resulta, como pretende la recurrente y defendió la misma también en la instancia, que el contrato de trabajo haya de tener la duración que tenga la autorización administrativa concedida al trabajador extranjero. El art. 42.4 del citado RD, como señala la sentencia de instancia, es claro: " La vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración del contrato de trabajo ", no determinando tal precepto cuál ha de ser la duración del contrato de trabajo. En otras palabras, la duración del contrato de trabajo determina la duración de la autorización para trabajar, pero no a la inversa. Y la vigencia de la autorización para trabajar no puede superar tampoco la duración de la autorización de estancia, según asimismo prevé tal precepto. Pero ni ésta ni la autorización para trabajar condicionan la duración del contrato de trabajo a la vista de la redacción del art. 42.4 citado. Por otro lado, el art. 42.2 establece una duración máxima si el contrato es a jornada completa, lo que no es el caso de autos, donde los contratos de los demandantes eran a tiempo parcial.

Cabe recordar, en tal sentido, lo que ya señaló esta Sala en sentencia de 3 de julio de 2009 (Recurso: 1722/2009 ): "...si bien las autorizaciones de contratación, permiso de trabajo y permiso de residencia son temporales, ello no puede derivarse en la naturaleza temporal de la contratación, pues si no se acreditan las causas justificadoras de la contratación eventual, el trabajador tiene inicialmente la consideración de trabajador indefinido, sin perjuicio de que si no obtuviera la renovación de los correspondientes permisos de trabajo y residencia el contrato pudiera entenderse anulado a partir de dicho momento por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que impiden el válido mantenimiento del contrato..." El mismo criterio es aplicable también al caso de autos, aunque la modalidad de contratación temporal y la autorización administrativa sea distinta, y ello a la vista del precepto antes citado.

Por otro lado, esta misma Sala ya analizó, como recuerda la magistrada de instancia, en la sentencia de 21 de septiembre de 2011 (rec: 1879/2011 ) la incidencia que la no renovación de la autorización de trabajo ha de tener en el contrato celebrado, pudiendo justificar, en su caso, una extinción de la relación laboral.

(4) Y asimismo, como señala la sentencia de instancia, el criterio de la empresa de interpretar el citado art. 42.2 en el sentido de que la duración de los contratos de los actores debe coincidir con la duración de su autorización de estancia, comporta una discriminación por razón de su condición de extranjeros.

Y ello a la vista del art. 14 CE en relación con el art. 23 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este último precepto establece que:

Art. 23 " Actos discriminatorios.

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:



*...b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

*c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad...*

*e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad."*

Por lo demás, como es conocido, en cuanto a la discriminación hay que tener en cuenta que, con la STC 13/2001, "...hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo."

Por lo demás, no puede olvidarse que con el art. 96.1 LRJS una vez concurren indicios fundados de discriminación, corresponderá a la parte demandada " la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

En el caso de autos, justamente la interpretación que admite realizar la parte demandada del citado art. 42.4 del RD 557/2011, es un indicio claro de discriminación de los demandantes, en tanto tal interpretación no es acorde con el tenor literal de tal precepto, comportando, por lo demás, un trato diferenciado y perjudicial para los trabajadores demandantes por su condición de extranjeros y en general para todos los trabajadores extranjeros con una autorización temporal que determine su estancia o permanencia en España, circunstancia que nunca concurriría en los nacionales. En realidad, aunque no se ha discutido tal extremo en suplicación, entendemos que la discriminación no sería en realidad indirecta, como señala la sentencia de instancia, sino directa, ya que la práctica de la empresa que nos ocupa solamente puede afectar peyorativamente a trabajadores extranjeros, pues los nacionales nunca precisarían de autorización para trabajar y para su estancia en España en los términos establecidos en el art. 42 antes citado. En otras palabras, el criterio de la empresa de convertir en indefinidos a todos los trabajadores captadores de socios del centro de trabajo de Santiago con excepción de los actores, " por entender que su contrato debía ser temporal al igual que lo era su autorización de estancia " es un criterio que no puede calificarse de aparentemente neutro requisito propio de la discriminación indirecta, pues tales autorizaciones solo son exigibles a los trabajadores extranjeros. Y, por ello, no nos encontramos ante una discriminación indirecta o encubierta, sino ante un tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente desfavorable de unas personas (extranjeros) respecto a otras (nacionales), que con arreglo a lo expuesto merece el reproche jurídico apreciado en la instancia de acuerdo con el art. 182.1 LRJS .

Por tanto, sí entendemos, como hizo la magistrada de instancia, que ha existido una discriminación por la condición de extranjeros de los demandantes, no observando esta Sala, por consiguiente, la censura jurídica alegada en suplicación.

Por lo demás, la práctica de la empresa no puede justificarse por una finalidad legítima, dado que, en todo caso, el que el contrato de los actores fuera indefinido no obstaría como ya señaló esta Sala en la sentencia más arriba referida a la posibilidad de extinguir la relación laboral en atención a las vicisitudes que pudieran presentarse en relación con la autorización para trabajar o de estancia.

Por lo demás, la celebración de un contrato por obra o servicio ha de comportar que su duración se supedita a la duración de tal obra o servicio, dentro de los límites máximos legalmente previstos art. 15.1 ET y arts. 2 y 8.1 a) RD 2720/1998, pero sin que esa duración esté vinculada normativamente a la autorización administrativa derivada de la condición de extranjero. Sin que, a mayor abundamiento, haya sido alegada en suplicación otra justificación para la temporalidad de los trabajadores que nos ocupan, más allá del carácter temporal de su autorización administrativa de estancia, criterio empresarial que la empleadora admite abiertamente.



(5) En resumidas cuentas, la propia recurrente admite que la justificación del trato diferenciado en cuanto a la modalidad contractual empleada que entendemos, como hizo la sentencia de instancia, es discriminatorio estaría fundada en el carácter temporal de la autorización administrativa que los actores tienen concedida; modalidad de contratación diferenciada que con base en tal criterio empresarial sólo podría concurrir en ciudadanos extranjeros, lo que comporta una discriminación por razón de tal condición.

Por tanto, sí existe un perjuicio para los trabajadores que son parte en este procedimiento a diferencia de lo indicado por la empleadora, como es establecer fruto de un criterio empresarial no previsto en el ordenamiento jurídico, un requisito adicional a los actores y en general a todos los trabajadores extranjeros para acceder a la condición de contratados indefinidos, como es el tener una autorización permanente para residir y trabajar en España. Por otro lado, el hecho de que el art. 15.3 ET establezca que se presumirán indefinidos los contratos temporales realizados en fraude de ley, no supone, como argumenta la recurrente, que no exista perjuicio para los actores, dado que a los mismos, a diferencia de los restantes trabajadores de la sede de Santiago, se les obliga a acudir a un procedimiento judicial como el presente para obtener el reconocimiento de su condición de indefinidos.

Por todo ello, no se aprecia la infracción invocada y se desestima el recurso.

#### **CUARTO.- Costas del recurso**

Desestimado el recurso procede condenar en costas a la parte vencida. Tales costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte contraria en el importe de 601 euros, importe intermedio entre los previstos en la LRJS - arts. 235.1 LRJS -. Y asimismo se condena a la pérdida, una vez esta sentencia sea firme, del depósito que realizó para recurrir art. 204.4 LRJS .

#### **FALLAMOS**

**1º.-DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por Médicos sin fronteras frente a la sentencia de 7 de junio de 2016 del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela , dictada en los autos nº 74/2016 en los que fueron partes demandantes D<sup>a</sup>. Petra y D. Isidoro , que confirmamos.

**2º.-** Se condena a la parte recurrente, una vez esta sentencia sea firme a la pérdida del depósito para recurrir.

**3º.-** Se condena a la recurrente en costas. Tales costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte contraria en el importe de 601 euros, importe intermedio entre los previstos en la LRJS

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**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 37 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 37 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 37 \*\*\*\* ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.