



Roj: **STSJ AS 1247/2018 - ECLI:ES:TSJAS:2018:1247**

Id Cendoj: **33044340012018100925**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **194/2018**

Nº de Resolución: **929/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00929/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2017 0001438

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000194 /2018

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000256/2017

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Amparo

ABOGADO/A: JOSE MANUEL GONZALEZ CARRILLO

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA

ABOGADO/A: ANA BELÉN FUERTES MARQUÉS

PROCURADOR: AMAYA REDONDO ARRIETA

GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 929/2018

En OVIEDO, a diecisiete de abril de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS, formada por los Iltmos. Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, 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 0000194/2018, formalizado por el LETRADO JOSE MANUEL GONZALEZ CARRILLO, en nombre y representación de Amparo, contra la sentencia número 615/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento ORDINARIO 0000256/2017, seguido a instancia de Amparo frente al AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Amparo presentó demanda contra EL AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 615/2017, de fecha uno de diciembre de dos mil diecisiete.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.- El día 02 de mayo de 2013, se dicta Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cangas del Narcea, en la que se resuelve contratar a Amparo, como personal laboral temporal, celebrando un contrato de dos años de duración, encuadrada en el Grupo C1 y con un nivel de complemento de destino de 18.

2.- El día 30 de junio de 2013 se formaliza entre los litigantes contrato de trabajo para obra o servicio determinada, para la obra o servicio de "Auxiliar cultura, guía turístico, encargada de mantenimiento de las instalaciones". En la formalización del contrato en su cláusula tercera y en lo relativo a la duración del mismo, no consta la fecha de finalización del mismo. Sin embargo, en las bases que rigen la convocatoria, así como en la Resolución que ordena la contratación, se establece una duración del contrato de dos años.

3.- Consta en el expediente personal de la trabajadora e-mail del Técnico de personal, de fecha 04 de mayo de 2015, dirigido al Sr. Alcalde y al Concejala de Economía y Hacienda, en el que se señala que estando próximo el cumplimiento del plazo de dos años (31 de mayo de 2015), se solicita información sobre si se da por finalizado el contrato o si por el contrario no hay finalización a 31 de mayo de 2015. No consta en el expediente respuesta al citado e-mail.

4.- El día 14 de mayo de 2015 se envía por el Técnico de Personal nuevo e-mail al Sr. Alcalde, en el que se adjunta borrador de Resolución de prórroga del contrato de Amparo, según propuesta efectuada por la Concejala de Turismo.

5.- No consta en el expediente advo. que se haya dictado resolución.

6.- La actora continuó prestando sus servicios, hasta la comunicación de solicitud de excedencia con fecha 01 de febrero de 2017.

7.- Formulada solicitud de excedencia voluntaria por la actora, fue presuntamente desestimada en vía administrativa.

8.- Se da por reproducido el contenido de la prueba documental propuesta por las partes y admitida en su totalidad.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Amparo, como demandante, y como demanda el AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA, absolviendo a dicha parte demandada de las pretensiones deducidas de contrario.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Amparo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 19 de enero de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15 de marzo de 2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo de 1 de diciembre de dos mil diecisiete desestimó la demanda formulada por la trabajadora sobre reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria por interés particular al amparo del Art. 17 del convenio regulador de las condiciones de trabajo del personal municipal o, en otro caso, al amparo de la normativa de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con absolución de la demandada.

Es frente a dicha resolución judicial que interpone recurso de Suplicación la representación letrada de la parte actora que articula en un solo motivo, bajo el amparo procesal del Art. 193. c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en definitiva, que se reconozca el derecho de la actora a la excedencia voluntaria solicitada.

Segundo.- En sede de censura jurídica, denuncia el recurrente la infracción del Art. 14 de la CE, en relación con lo dispuesto en el Art. 15.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre y la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE, que incorpora el Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada, sobre el derecho a la no discriminación e igualdad de trato por razón de empleo temporal, argumentando que el vínculo temporal que le une a la Corporación demandada no impide la concesión del derecho a la excedencia voluntaria solicitada y que la negativa le supone un trato desigual con el personal laboral fijo carente de sustento.

En el mismo motivo y sin solución de continuidad denuncia asimismo la infracción de los Arts. 2.1.b) y 10 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, argumenta que los preceptos invocados se aplican indistintamente a los trabajadores temporales y a los fijos, pues alude a quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto de trabajo en el sector público.

Para el adecuado enjuiciamiento de la cuestión suscitada hemos de aclarar previamente que la naturaleza del vínculo que ligaba a las partes es la propia de un trabajador indefinido no fijo y ello, no solo por la irregular contratación de la actora ab initio debida tanto a la imprecisión de su objeto: auxiliar de cultura-guía turístico-encargada del mantenimiento de las instalaciones, como por no responder a la delimitación conceptual de esta modalidad contractual, ya que no se trataba "de elaborar una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin", sino que la obra contratada (el mantenimiento de las instalaciones del museo del vino) resulta ser un servicio de tracto continuado y duración indefinido en el tiempo, sino también en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta del ET, pues vencida la duración inicialmente pactada y el plazo máximo previsto para los contratos de obra y servicio determinados este ha devenido indefinido ex. Art. 15.1.a) del ET.

Como es sabido la figura del contrato indefinido no fijo es una construcción jurisprudencial que trata de conciliar normas laborales (que condiciona la contratación temporal irregular determinando que en ese caso el trabajador afectado se considerará contratado como fijo o indefinido) y administrativas y constitucionales en el acceso al empleo público (acceso al empleo público mediante procesos que garanticen publicidad, igualdad, mérito, etc.). Este intento de conciliar ambos sistemas normativos vino por considerar al trabajador contratado irregularmente como indefinido pero no fijo, esto es, con los mismos derechos que un trabajador fijo mientras estuviese contratado pero sin consolidar la plaza y, por tanto, sujeto al cese si la plaza se amortizaba o se convocaba y no la obtenía él.

El régimen jurídico del indefinido no fijo comporta, en consecuencia, que su contratación es indefinida y tiene los derechos de los fijos salvo en algunas materias, singularmente en:

- La promoción interna y la movilidad, pues muchas veces los concursos se reservan a personal fijo y él no lo es
- La extinción de su contrato que puede ser extinguido por las causas previstas con carácter general para los contratos laborales y específicamente, tras la evolución jurisprudencial, por:

a) amortización de la plaza, sujeta a los requisitos laborales 51 ó 52/53 ET y con indemnización (20 días/año de servicio) (STS de 15/11/2017, rec. 1049/2015).

b) convocatoria de la plaza, con derecho en ese caso a indemnización (20 días/año de servicio) (STS 28/03/2017, rec. 1664/2015).

Respecto de la cuestión que aquí se suscita, el derecho a la excedencia por asuntos propios, la Sala no desconoce aquellos pronunciamientos de suplicación que, atendiendo a la doctrina del TJUE [asuntos **Diego Porras** (C-619/17), septiembre de 2016, (Carratú C-361/12)-, 12 diciembre 2013, Nierodzik (C-38/13 (13 de marzo de 2014, Gavieiro (C-444/09) 22 de diciembre de 2013 entre otras], considera que la situación de temporalidad o la provisionalidad del contrato no es causa objetiva o razonable para denegar el derecho a la excedencia que aquí se solicita, sino que tal situación es incardinable así en la cláusula Cuatro de la Directiva 1999/70/CE, y, por tanto, que la incompatibilidad entre un contrato de duración determinada en la



Administración y una excedencia resulta discriminatoria por cuanto «no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos por el mero hecho de la duración de su contrato» (STSJ Castilla y León 24/01/2018, rec. 772/2017).

Sucede que un caso análogo al planteado en el recurso ha sido resuelto en unificación de la doctrina, en las SSTs de 29 de noviembre de 2005 (rec. 3796/2004) y 3 de mayo de 2006 (rec. 1819/2005). En ellas, se dice: "De la letra de esta regulación no puede deducirse que la excedencia por incompatibilidad deba extenderse a los trabajadores indefinidos no fijos", y tras reconocer la dificultad de aplicar la excedencia a los vínculos temporales, concluye "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".

En otras palabras, en casos como el de autos, la excedencia es un oxímoron sobre todo en atención a la forma de reingreso, pues la relación del indefinido no fijo se halla vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa lo que es incompatible con el art. 46.5 ET "derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría". la naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan en efecto 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 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, no puede otorgarse, al trabajador 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. Es decir, la incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía.

En cuanto al planteamiento del recurso, en atención al derecho a la igualdad de trato y no discriminación, dicha discriminación no se produce en el presente supuesto en función del vínculo contractual temporal del actor con el centro regional de Bellas Artes porque, conforme determina el Art. 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, con carácter general no habilitan para pasar a la excedencia voluntaria el desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal.

Sucede, además, que en el supuesto debatido el contrato concertado se concreta en un puesto de trabajo específico y determinado, tan determinado que incluso la parte ostenta un derecho a que ese puesto de trabajo sea reservado para su cobertura mediante un procedimiento extraordinario de conversión de empleo temporal en fijo; así lo establecen los acuerdos alcanzados el 29 de marzo de 2017 y el 9 de marzo de 2018 (BOE de 26/3/2018) entre el Gobierno y los sindicatos para la mejora del empleo público. Señala en concreto el segundo de los acuerdos citados en relación con los procesos de estabilización de empleo público "Ambas partes se reafirman en el compromiso de continuar trabajando en común para la consecución de los objetivos que sobre estabilización del personal del empleo público se contienen en el Acuerdo de 29 de marzo de 2017 para la mejora del empleo público. Con el fin de continuar avanzando en la línea señalada en dicho Acuerdo, en el proyecto de Ley de Presupuestos para 2018 se incluirá la previsión de que las distintas Administraciones Públicas podrán disponer de una tasa adicional para estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de sus servicios de administración y servicios generales, de investigación, de salud pública e inspección médica, personal de Administración y servicios en las Universidades Públicas, así como de otros servicios públicos que, respondiendo a necesidades estructurales, hayan estado dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de



diciembre de 2017, de modo que la tasa de cobertura temporal de estas plazas en cada ámbito se sitúe al final del período por debajo del 8 por ciento".

Es decir, no se trata de un mero trato desigual por razón de temporalidad sino de una temporalidad específica, concreta y determinada que justifica unos privilegios, como la reserva del puesto de trabajo para su cobertura en procedimiento extraordinario, lo que impide la concesión de la excedencia por cuanto la misma eliminaría el supuesto que fundamenta la reserva del puesto para su cobertura en el procedimiento extraordinario, impediría a la actora la concurrencia al mismo, permitiría incluso la amortización del puesto y en ningún caso permitiría ya el reingreso de la demandante por inexistencia del puesto, no ostentando la actora tampoco derecho a otro puesto similar, en consecuencia, existen razones que justifican el trato desigual frente al empleado fijo, no vulnerándose ni la Directiva, ni la doctrina que se invoca ni el art. 14 CE, pues no son situaciones comparables, el trabajador fijo puede optar a cualquier otra plaza vacante de su categoría que exista en el momento de solicitar el reingreso y la actora se encuentra vinculada única y exclusivamente a la plaza en la que le ha sido reconocida su condición de indefinida no fija, condición que le depara beneficios, como el indicado, que no ostentan ni siquiera otros trabajadores temporales, por lo que se desestima el recurso y se mantiene el fallo recurrido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por D^a. Amparo contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de dos mil diecisiete por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo en autos N^o 256-17, sobre reconocimiento de derecho - excedencia voluntaria, contra el AYUNTAMIENTO DE CANGAS DE NARCEA, resolución que se mantiene en su integridad.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.