



Roj: **STSJ AND 9906/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:9906**

Id Cendoj: **41091340012018102342**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **2867/2017**

Nº de Resolución: **2569/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 2867/17-C, sentencia nº 2569/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. M^a BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veinte de Septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 2569/18

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Francisco, representado por la Sra. Letrada D^a. M^a. Luz Moreno Caballero, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz en sus autos núm.0014/17; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra la CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL de la Junta de Andalucía, en demanda declarativa de derechos, se celebró el juicio y el 16 de mayo de 2017 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- D. Francisco, con DNI NUM000, ha prestado servicios como laboral para la Junta de Andalucía como psicólogo, en virtud de sucesivos contratos de trabajo, impugnando judicialmente la extinción de su relación laboral producida en fecha 25.05.2011, siguiéndose ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz los Autos 601/11 sobre despido, en el que tras la celebración del juicio recayó Sentencia de 12 de septiembre de 2011 por la que se declaraba la nulidad del despido efectuado en fecha 25.05.2011, condenándose a la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía a la readmisión de dicho trabajador y al abono



de los salarios de tramitación desde la fecha del despido el 25-05-2011 hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 88,91 euros diarios, con el descuento de lo percibido de otras empresas.

Dicha Sentencia fue recurrida en suplicación por la Consejería, siendo confirmada la Sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social de Sevilla del TSJ- Andalucía de fecha 30.01.2013, Sentencia ésta que confirma el carácter laboral de la relación, de carácter indefinida, **teniendo en consecuencia la condición de personal laboral indefinido no fijo**.

SEGUNDO.- El trabajador fue readmitido con fecha de efectos de 26.05.2011 en la Consejería de Gobernación y Justicia, hasta el día 31.07.2012, pasando el día 01.08.2012 a prestar servicios para la Consejería de Presidencia e Igualdad, el día 10.09.2013 para la de Presidencia, y el día 18.06.2015 para la de Presidencia y Administración.

TERCERO.- En fecha 30.05.2016 el trabajador presentó solicitud de excedencia voluntaria en su puesto de psicólogo en la U.V.I.G., siendo desestimada dicha solicitud por Resolución de 14 de junio de 2016 la Delegación de Gobierno en Cádiz de la Consejería de la Presidencia, debido a que no siendo personal laboral fijo no se encuentra amparado por lo establecido en el art. 38 del actual Convenio Colectivo.

Por el trabajador se reiteró la solicitud de excedencia voluntaria en fecha 02.12.2016, siendo desestimada la solicitud por los mismos motivos antes expuestos en Resolución de 9 de diciembre de 2016.

CUARTO.- Al trabajador le es de aplicación el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 38 establece que:

"1. La excedencia voluntaria podrá solicitarse por el personal fijo con un año al menos de antigüedad con tal carácter al servicio de la Administración autonómica. La duración de esta situación no podrá ser inferior a un año, ni superior a cinco; si la condición de fijeza del personal fuera superior a tres años, dicha excedencia podrá ser de hasta diez años. Sólo podrá ser ejercido este derecho otra vez por la misma persona si han transcurrido dos años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.

2. Quien se encuentre en situación de excedencia voluntaria podrá solicitar el reingreso en cualquier momento, siempre que hubiese cumplido el período mínimo de excedencia y no hubiese superado el máximo. Se le asignará una vacante de su misma categoría profesional que, en caso de estar ofertada en los concursos correspondientes, será sustraída de éstos, ofertándose en el siguiente concurso de traslado que se celebre. El destino así adjudicado tendrá carácter provisional, se comunicará a la Comisión del Convenio y el personal tendrá obligación de participar en el primer concurso de traslado que se convoque, tras su reingreso. En éste, deberá solicitar todas las vacantes de su categoría profesional, y si el concurso fuese con resultas, todas las plazas de su categoría profesional.

Si no solicitase las vacantes o plazas, según lo dispuesto en el párrafo anterior, y no obtuviese destino en alguna de las solicitadas por él, la Administración en la resolución del concurso procederá a adjudicarle destino de oficio.

3. La solicitud de reingreso deberá presentarse con, al menos, dos meses de antelación a la fecha de reingreso previsto".

TERCERO.- El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión declarativa del derecho a una excedencia voluntaria como personal indefinido no fijo, se alza el demandante por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 14 CE y la cláusula 4.1 Directiva 1999/70/CE con el argumento de que la STJUE 14-9-16 sienta que la mera naturaleza temporal de la relación no basta para justificar la diferencia de derechos con los indefinidos.

Se parte de la especial naturaleza de la relación que une al hoy actor con la Administración, la de **personal laboral indefinido no fijo**, como del tenor literal del art. 38 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, que prevé el disfrute de este derecho sólo para el personal laboral fijo.

SEGUNDO.- Sostenemos que **la naturaleza jurídica de indefinidos no fijos es idéntica a la de los interinos por vacante, como contratos sometidos a condición** (como lo defendió la jurisprudencia hasta junio de 2014), luego se debe **inferir el carácter temporal de la propia condición** (STS 30 de marzo 2017, rec. 961/2015) pues "se trata de contratos sujetos a una temporalidad indeterminada, un término o vencimiento que habrá de producirse, que no admite extinción antes de que ese momento ocurra" lo que significaría, de acogerse el argumento del recurrente, un trato injustificado con respecto a los interinos por vacante cuya naturaleza jurídica



es idéntica, controversia que, por cierto, quedaría al margen de la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE que, como se sabe, no se ocupa del trato diferenciado entre contratos temporales, pero esta no es la cuestión objeto de este recurso.

No se puede eludir que nos encontramos en **la cuarta fase de la evolución jurisprudencial sobre la naturaleza de los indefinidos no fijos**, y así en la STS 2 de abril 2018, rec. 27/2017, se ha vuelto a incidir sobre la naturaleza jurídica de este colectivo, los indefinidos no fijos, omitiendo el TS por completo su doctrina sentada en marzo 2017, y vuelve a **calificarlos como temporales**, calificación que es **acorde con la doctrina Vernaza Ayovi** -STJUE 25 de julio 2018- en la que el TJUE (al igual que en el caso Huétor Vega) confirma la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos a los ojos de la Directiva 1999/70.

Luego **el convenio colectivo puede limitar la posibilidad de pedir la excedencia voluntaria sin que alcance al personal indefinido no fijo** (SSTS 29-11-05, EDJ 307114; 3-5-06, EDJ 83984) pues sostenemos que **existe una razón objetiva que nos lleva a descartar que exista un trato discriminatorio** entre trabajadores indefinidos no fijos y trabajadores fijos, como a continuación argumentamos.

TERCERO.- La precedente afirmación, que el Convenio Colectivo puede limitar la posibilidad de pedir la excedencia voluntaria al personal indefinido no fijo la sostenemos en que aunque a la luz de la STJUE 14-9-14-6, caso **Diego Porras**, **la excedencia es una condición de empleo**, por una expansión del concepto "condición de trabajo", **hay una razón objetiva para el trato diferencial**, como se infiere de la STJUE 5 de junio 2018, caso **Montero Mateos** (C-677/16).

Es de reiterar que en la **STJUE 5 de junio 2018, caso Montero Mateos (C-677/16)** se ha corregido la doctrina "de **Diego Porras**", al entender que existe una razón objetiva que justifica el trato diferenciado entre la extinción por el cumplimiento del término de la resolución por causas de empresa con argumentos que se extienden al caso de autos en que lo cuestionado es el derecho a la excedencia voluntario del indefinido no fijo.

De la doctrina corregida en el caso **Montero Mateos** se infiere que el fin del término no justifica una indemnización de 20 días y para ello **el TJUE recupera las categorías clásicas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones**: esto es, ineficacia por mutuo disenso anticipado (cumplimiento del término en contratos temporales: "extinción inicialmente prevista por acuerdo de las partes") e ineficacia por resolución inimputable (extinción sobrevenida en contratos temporales e indefinidos: "extinción no prevista por motivos objetivos").

Mas, **las diferencias de trato entre trabajadores temporales quedan extramuros del principio de no discriminación** que proclama la Directiva 1999/70 (cláusula 4ª) de modo que que los trabajadores temporales y los fijos no se encuentran en una situación comparable desde el momento que sus expectativas desde el momento de la contratación son distintas y así -como en el siguiente fundamento argumentaremos en extenso-, **hay razones objetivas para que el trabajador temporal no tenga entre sus expectativas la excedencia voluntaria**.

En suma el TJUE en la STJUE 5 de junio 2018 (C-677/16) tras constatar el carácter temporal de la relación, entendemos inferida de la condición, recuerda que la cláusula 4ª se refiere a las diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos. Y al respecto recuerda que dicha cláusula "exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado" de modo que en el caso de autos, **cuando el actor fue contratado no se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido**.

El **concepto de una razón objetiva** requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de 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 y tales elementos en nuestro caso tienen su origen en las características inherentes a esta modalidad contractual que reseñamos en extenso en el siguiente fundamento y en las que nos apoyamos para afirmar que la desigualdad de trato respecto a la excedencia voluntaria esta justificada y hay razón objetiva.

CUARTO.- En precedentes SSTSJA Sevilla nº 3249/09 de 29 de septiembre, rec 1767/08, nº 320/16 de 4 de febrero, rec 598/15, como por las razones expuestas en las SSTS 29-11-05 y 3-5-06 RJ 4748, 7073, en las que se dice "la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales presenta dificultades prácticamente insuperables" por **las características inherentes a esta modalidad que son, además, la razón objetiva para entender justificada la desigualdad de trato respecto a la excedencia voluntaria**.

La excedencia voluntaria en un contrato temporal 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, por las características antes expuestas como un contrato sometido a condición, y por ende temporal, llevan en efecto a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria en cuanto al derecho al reingreso que genera tal situación es de imposible aplicación lógica, ya que su vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales. Es decir, la expectativa a una vacante de su misma categoría profesional durante todo el periodo que dura la excedencia -de 1 a 10 años-, choca con la condición, y con la naturaleza temporal, del indefinido no fijo. Es más, si se reconociese el derecho a la excedencia voluntaria ello generaría un derecho no solo al reingreso a su vacante que está llamada a cubrirse, sino a otra vacante de su misma categoría, y hasta un periodo que alcanzaría los 10 años. En suma, como ya dijimos, de seguir la argumentación del recurrente se le haría de mejor condición que incluso los fijos.

Por las precedentes razones, como por no concurrir vulneración alguna del principio de igualdad, el motivo fracasa.

La negativa del derecho a la excedencia voluntaria al personal indefinido no fijo, no implica una discriminación respecto del personal fijo -y ahora argumentamos con criterios de legalidad ordinaria-, pues la discriminación exige un trato desigual ante situaciones iguales, condición que no se cumple en el presente supuesto, por cuanto la condición de personal laboral fijo y la del indefinido no fijo no son equiparables. Se trata 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 al actor la concurrencia al mismo, permitiría incluso la amortización del puesto y en ningún caso permitiría ya el reingreso del demandante por inexistencia del puesto, no ostentando el actor 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 el actor se encuentra vinculada única y exclusivamente a la plaza en la que le ha sido reconocida su condición de indefinido no fijo, condición que le depara beneficios, como el indicado, que no ostentan ni siquiera otros trabajadores temporales.

Los términos empleados por la norma convencional son plenamente claros y no ofrecen discusión: únicamente los trabajadores fijos pueden optar a esta clase de excedencia (a diferencia de otros tipos), sin que se pueda extender su ámbito de aplicación a los indefinidos no fijos; la naturaleza entre unos y otros es diferente: el estatuto del trabajador indefinido no fijo, se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales de acuerdo con los presupuestos de mérito y capacidad, siendo ésta una razón objetiva que justifica el reconocimiento del derecho a la excedencia del personal laboral fijo.

La consecuencia es la íntegra confirmación de la sentencia, haciendo suyos esta Sala todos y cada uno de sus argumentos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por D. Francisco , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz en sus autos núm.0014/17, en los que el recurrente fue demandante contra la CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL de la Junta de Andalucía, en demanda declarativa de derechos, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia**.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones



comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ