

Roj: **STS 1005/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1005**Id Cendoj: **28079140012011100129**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/02/2011**Nº de Recurso: **899/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 809/2010,**
STS 1005/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Güemez Abad en nombre y representación de D. Ángel Daniel , contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4943/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de La Coruña, de fecha 3 de julio de 2009 , recaída en autos núm. 309/09, seguidos a instancia de D. Ángel Daniel contra XUNTA DE GALICIA y D. Cirilo , sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén actuando en nombre y representación de la XUNTA DE GALICIA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 3 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 1 de La Coruña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DESESTIMO la demanda presentada por D. Ángel Daniel contra la XUNTA DE GALICIA y contra D. Cirilo , por lo que absuelvo a las demandadas de las pretensiones contenidas en la demanda contra ellas dirigida".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- El demandante D. Ángel Daniel , ha venido prestando sus servicios para la Xunta de Galicia, desde el 26 de diciembre de 2003, en virtud de trabajo de duración determinada, de interinidad por vacante, con la categoría profesional de OFICIAL SEGUNDA DE COCINA, y percibiendo un salario mensual por importe de 1.464,37 € con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. **2º**.- El actor ha desempeñado sus funciones en el centro de trabajo CEIP DE VILARMIDE, en A Coruña, con el Código EDC 994010115510001 . En el contrato firmado entre las partes se fija como duración del mismo desde 26 de diciembre de 2003 hasta que se produzca la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos, se reconvierta, se suprima o se amortice. **3º**.- Por Decreto 161/2005 , publicado en el DOGA del día siguiente, se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia del año 2005. Por Orden de 21 de febrero de 2006 se convoca proceso selectivo para personal laboral fijo de la Xunta de Galicia para ingreso por la categoría 005 (oficial 2 de cocina, cocinero, oficial 2), correspondiente al grupo IV por los turnos de promoción interna, cambio de categoría y acceso libre. Por Orden de 19 de noviembre de 2008, publicada el día DOGA 24 de noviembre de 2008, se nombra personal laboral fijo de la Xunta de Galicia a los aspirantes que superaron el proceso selectivo para el acceso a la categoría 005. En



esa orden se adjudica a D. Cirilo el puesto que venía ocupando hasta ese momento el actor. 4º.- El día 11 de diciembre de 2008 D. Cirilo toma posesión de la plaza adjudicada y se produce el cese del actor con fecha de efectos de 11 de diciembre de 2008 y señalándose como motivo del cese la incorporación del titular al puesto de trabajo. 5º.- La parte actora, en fecha 23 de diciembre de 2008, formula reclamación administrativa previa frente a la Xunta de Galicia por despido improcedente que es desestimada por resolución de 5 de febrero de 2009. Se ha agotado la vía administrativa previa. 6º.- El actor no ostenta, ni ha ostentado, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. 7º.- El actor está en situación de desempleo, y percibiendo la correspondiente prestación, desde el 12 de diciembre de 2008".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Ángel Daniel ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2010 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor D. Ángel Daniel, contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de esta Capital, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del recurrente frente a los demandados Xunta de Galicia (Vicepresidencia de Igualdade e Benestar) y D. Cirilo, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia".

CUARTO.- Por el Letrado D. Santiago Güemez Abad, en nombre y representación de D. Ángel Daniel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 2 de marzo de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 12 de febrero de 2009.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la XUNTA DE GALICIA, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2010, en el que tuvo lugar.

SEXTO.- Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 26 de enero de 2011, en cuya fecha tuvo lugar. En la votación correspondiente el Sr. Matías mantuvo una posición opuesta al criterio mayoritario, y anunció la formulación de voto particular, por lo que la ponencia de este asunto fue asumida por el Sr. Ruperto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el cese del demandante, contratada por la Xunta de Galicia en la modalidad de interinidad por vacante y que dejó de prestar servicios cuando se cubrió la plaza que ocupaba por la persona seleccionada en el oportuno concurso, constituyó un despido o una lícita terminación del referido contrato, analizándose para ello Disposición Transitoria 16ª de la ley 4/1988 de 26 de mayo de la Función Pública de Galicia introducida por la ley 13/2007 de 27 de julio, y la DT 14ª del Decreto Legislativo 1/2008 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia.

El trabajador demandante firmó un contrato de trabajo de interinidad por vacante el 26 de diciembre de 2003, para prestar servicios como oficial segunda de cocina, hasta que se produjese la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos. El cese se produjo el 1 de diciembre de 2008, y para abordar la cuestión en la forma antes enunciada, conviene traer aquí los principales elementos que han de servir a tal fin:

a) En el Decreto 161/2005 de 16 de junio de 2005 se aprobó la oferta de empleo público correspondiente al personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2005 ofertándose de manera numérica diversas plazas del grupo IV, que correspondía a la demandante.

b) Por Orden de 21 de febrero de 2006 se convocó proceso selectivo para personal laboral fijo de la Xunta de Galicia para ingreso por la categoría 005, correspondiente al actor, regulándose las titulaciones, pruebas y requisitos para acceder al referido proceso de selección.

c) Por Orden de 16 de julio de 2008 se elevó a definitiva la propuesta de aspirantes que superaron el proceso selectivo para dicha categoría.

d) Por Orden de 19 de noviembre de 2008 se procede al nombramiento de aquél personal laboral fijo y se adjudica destino a los aspirantes que habían superado el proceso selectivo, asignándose provisionalmente a la D. Cirilo el concreto puesto que venía ocupando hasta ese momento el actor y del que tomó posesión el 11



de diciembre siguiente lo que, a su vez, motivó el cese del demandante desde esa misma fecha, señalándose en la comunicación escrita como motivo para ello la incorporación de la titular al referido puesto de trabajo.

SEGUNDO.- No conforme con el cese, tras agotar la vía previa planteó demanda por despido, de la que conoció el Juzgado de lo Social número 1 de los de A Coruña, que en sentencia de 3 de julio de 2.009 desestimó la demanda.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó el recurso en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 4 de febrero de 2.010 . En ella se razona sobre la cuestión planteada, aplicando la doctrina de la misma Sala de Galicia que se había reunido en Pleno para resolver un asunto similar, de los varios que pendían ante aquélla, y se afirma que *"...esta Sala de lo Social reunida en Sala General ha dictado sentencia en fecha 2 de junio de 2009, recaída en el recurso nº 1128/09 , en la que se dijo que el cese en esas mismas circunstancias no constituye despido, sino válida extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 49.1.b) del ET , por la cobertura reglamentaria de la plaza, que es una de las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo de interinidad suscrito con la Administración demandada"*.

La sentencia ahora recurrida recoge en síntesis la sentencia de Pleno, en la que la desestimación de la pretensión actora se basa en la lícita terminación del contrato de interinidad por vacante, precisamente por ocupar la plaza la persona que había superado el proceso selectivo convocado, y se añade después *<< que una interpretación literal, sistemática y teleológica de la referida Disposición Transitoria XIV del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo , se desprende que la misma tiene una clara y evidente vocación de futuro, al referirse a aquellas plazas que estén interina o temporalmente cubiertas con anterioridad al 1º de enero de 2.005, y que continúen interina o temporalmente cubiertas en el momento de la convocatoria del proceso extraordinario de consolidación previsto en dicha DT. Esta conclusión se alcanza de una interpretación literal de los párrafos primero y tercero de la mencionada DT, en la que se dispone: Párrafo primero: "Dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad ..., la Comunidad Autónoma gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario..." Y el párrafo segundo, "El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que continúen, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria". Es decir, se está haciendo referencia a un proceso de futuro, que aún no ha sido convocado, de ahí que resulte materialmente imposible que la plaza que ocupa la demandante pueda verse afectada, por el momento, por proceso alguno>>*.

TERCERO.- Recurre ahora el trabajador demandante en casación para la unificación de doctrina la referida sentencia, denunciando la infracción de la normativa antes citada, la Disposición Transitoria 16ª de la ley 4/1988 de 26 de mayo de la Función Pública de Galicia introducida por la ley 13/2007 de 27 de julio, actualmente la vigente DT 14ª del Decreto Legislativo 1/2008, en relación con los artículos 49.1 b), 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de Galicia en fecha 12 de febrero de 2.009 (recurso 5649/2008), de la que consta su firmeza al tiempo de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En ella se resuelve sobre la pretensión de despido de tres trabajadoras de la Administración de Galicia que prestaban servicios para la misma con antigüedades comprendidas entre 1.996 y 2.000, como orientadoras de empleo, teniendo la condición de indefinidas-no fijas. Se vieron afectadas también por el mismo proceso de oferta pública de empleo para seleccionar personal laboral fijo de la categoría de la actora y para asignar sus plazas en julio de 2.006, antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2007, de 27 de julio , y que las personas que superaron las pruebas solicitaron y obtuvieron en 2.008 las plazas ocupadas por aquéllas hasta ese momento, llegándose en la sentencia de contraste a una solución contraria a la de la sentencia recurrida al apreciarse la existencia de cese irregular o despido.

Para llegar a tal conclusión se parte en esta sentencia referencial del hecho de que las demandantes prestaban todas ellas servicios como personal laboral indefinido-no fijo, desde mucho antes del 1 de enero de 2.005, en virtud de sentencias judiciales que habían reconocido esa clase de vinculación con la demandada. A los efectos que aquí interesan, su condición es totalmente equivalente a la del personal laboral interino por vacante, como en la sentencia recurrida, aunque realmente el soporte de la prestación de servicios interinos por vacante en esos casos no era un contrato de esa naturaleza incluíble en el artículo 15.1. c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre .

Después se razona sobre la aplicación de las normas que han quedado descritas en el primer párrafo de este fundamento de derecho, a las que se añade la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público, y se dice sobre ellas que *"una lectura conjunta de todas estas normas estatales y autonómicas, heterónomas y autónomas, nos permite concluir que, con la finalidad de consolidar el empleo temporal en las Administraciones Públicas, éstas se han comprometido a convocar una consolidación*



extraordinaria, por una sola vez por plaza, de las ocupadas por temporales, incluyendo indefinidos, con reserva hasta entonces de esas plazas ocupadas, de donde, en consecuencia, surge un derecho de aquéllos a reclamar esa convocatoria y, mientras tanto, otro derecho a dicha reserva. Tal es el derecho que, a juicio de la Sala, se debe reconocer a las demandantes en relación con el proceso selectivo que ha culminado con la ocupación material de sus plazas por otros/as trabajadores/as".

La interpretación de la Disposición Transitoria 16ª de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, introducida por la Ley 13/2007, de 27 de julio, actualmente recogida en la Disposición Transitoria 14ª del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, de la Función Pública de Galicia, pasaba en este caso por la realidad de que las demandantes ocupaban una plaza cubierta de manera temporal o interina con anterioridad a 1 de enero de 2005 y seguía cubierta temporal o interinamente en el momento de la convocatoria, que en este proceso selectivo, como en el de la sentencia recurrida, se inició en el año 2.006.

Por otra parte, la reserva de plazas que se prevé en aquéllas disposiciones se proyecta sobre las "en el momento de la entrada en vigor de esta disposición [septiembre de 2.007] estén en la situación prevista en el párrafo anterior", es decir cubiertas con personal laboral temporal o interino, y este es el caso analizado, se dice, "si atendemos a la fecha -muy posterior- de la cobertura de las plazas ocupadas por las demandantes con personal fijo -el nombramiento de personal fijo fue por Orden de 10.7.2008, publicada en el DOGa de 16.7.2008", lo que venía a significar que no estaban concretadas las plazas afectadas en ninguna de esas normas reglamentarias, al ser genérica la oferta de empleo público, es decir, tantas plazas para cada categoría y grupo profesional, "siendo después de la entrada en vigor de la Ley 13/2007, de 27 de julio, en la Orden de 10.7.2008, DOGa de 16.7.2008, cuando se concretan las plazas para cobertura".

Como se ha podido ver con detalle, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales la sentencias comparadas llegan a soluciones contrapuestas, apreciándose la existencia de despido en la sentencia de contraste y negando que exista en la recurrida, situación que determina, tal y como se desprende del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, la necesidad de que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto, unificando la doctrina y señalando la que resulte ajustada derecho.

CUARTO.- Para resolver el fondo del asunto es preciso partir de la realidad de que no se discute la licitud inicial del modo de contratación del demandante, interinidad por vacante, llevada a cabo por la Administración al amparo de lo previsto en el artículo 15.1 c) ET y del artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, y de que, en principio, la asignación de la plaza al titular que la haya obtenido tras el oportuno concurso es causa de extinción del contrato de trabajo suscrito bajo aquella modalidad (artículo 49.1 b) ET).

Sin embargo, la discrepancia puede surgir a la hora de interpretar –como ocurre en la sentencia recurrida y en la de contraste– lo dispuesto en las normas que se verán a continuación, y su incidencia en la licitud del cese del demandante, y de otros trabajadores que impugnaron sus ceses en similares situaciones a la que hoy analizamos.

El proceso de consolidación del empleo interino o temporal en la Administración de que ahora se trata, tiene su origen en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, donde se habilita a las Administraciones Públicas para efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

En esa línea, la Ley 13/2007, de 27 de julio, introdujo en la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, la Disposición Transitoria 16ª, luego refundida en la Disposición Transitoria 14ª del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, de la Función Pública de Galicia, en la que se establece que, "dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad y al objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público en la Administración General de la Xunta de Galicia, la Comunidad Autónoma Gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario para la sustitución de empleo interino o temporal por empleo fijo ... El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que sigan, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria. Las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen ...".

También se aborda en la Disposición Transitoria 9ª bis, apartado 4, del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia ese problema, pactándose que "el personal que ostente una antigüedad posterior al 30 de julio de 1998 y anterior al 1 de enero de 2005 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, será objeto de un proceso de consolidación de empleo según lo establecido en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la Disposición Adicional 17ª de este Convenio".



Como puede verse, en este caso no resulta aplicable el Convenio porque no se trata de un trabajador en el que concurra la condición de personal laboral indefinido reconocido como tal por sentencia.

QUINTO.- Dejando entonces al margen por inaplicable en este caso el Convenio Colectivo, desde la perspectiva de la realidad de la extensión del empleo interino o temporal en la Administración en general, y en particular en la Administración demandada, la nueva redacción de la Ley de la Función Pública de Galicia que hemos antes transcrito trata de introducir por una sola vez un proceso extraordinario para consolidar esas situaciones de interinidad, con la particularidad de que esa regularización habrá de llevarse a cabo con arreglo a una serie de condiciones o requisitos legales.

El primero, el fundamental, tal y como destaca la sentencia recurrida, con cita de la sentencia del Pleno de aquella Sala del TSJ de Galicia de 2 de junio de 2.009 , es que se está en presencia de un proceso que desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2007, de 27 de julio , se proyecta hacia el futuro, según se desprende con claridad de la expresión legal " *desarrollará*".

Además se exige que las plazas en cuestión "*estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que sigan, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria*". De esta forma, la realización de ese proceso selectivo de carácter extraordinario para la sustitución de empleo interino o temporal por empleo fijo debería producirse después de la entrada en vigor de la norma, lo que significa que procesos de selección de personal laboral fijo que se hubieran iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2007, no se verían afectados por la reserva que se establece en el precepto .

En el caso presente (y en otros similares) ya se dijo que el inicio de la contratación de la persona que terminó por sustituir al demandante como personal laboral fijo se produce con la publicación del Decreto 161/2005 de 16 de junio , por el que se aprobó la oferta de empleo público correspondiente al personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2.005, al que siguió la Orden de 21 de febrero de 2006 por la que se convocó proceso selectivo para personal laboral fijo de la Xunta por la categoría de la demandante, momentos ambos anteriores a la entrada en vigor de la repetida norma, en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 10 de la Ley de la Función Pública de Galicia , en el que se establece que "*La selección del personal laboral se efectuará de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de oposición, de concurso o de concurso-oposición libre en el que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 37 de la Ley 7/2004, de 16 de julio , para la igualdad de mujeres y hombres*".

Lo que sucede, y es el punto fundamental que origina la discrepancia de la sentencia de contraste, es que la resolución del referido concurso que se inicia en el año 2.006, parte de una relación numérica -sin especificar las plazas concretas- de las vacantes existentes y que se sacan a concurso público, y ese proceso no se culmina hasta que ocurre lo siguiente: a) en la Orden de 16 de julio de 2.008 se eleva a definitiva la propuesta de aspirantes que superaron las pruebas convocadas; b) en la Orden del 9 de septiembre de 2008 se convoca a los aspirantes para la elección de plaza, ofertándose entonces entre ellas la ocupada por el actor, y c) finalmente en la Orden de 23 de septiembre de 2008 se procede al nombramiento y se adjudica destino a los aspirantes que habían superado el proceso selectivo.

Pero ese hecho no afecta a la imposibilidad legal de proyectar la "reserva" para el proceso futuro de consolidación a que se refiere la Disposición antes transcrita de la Ley 13/2007 , sobre unas plazas que en el momento de la entrada en vigor de la misma -a los 20 días de su publicación en el DOGA de 27 de agosto de 2.007- ya se habían ofrecido a concurso y estaba en marcha el correspondiente y legalmente exigible sistema de selección, por lo que no podían verse incluidas tales plazas en un proceso de consolidación de empleo temporal e interino cuya previsión de futuro nace en septiembre de 2.007, cuando entra en vigor la Ley 13/2007 , sin posibilidad de efecto retroactivo alguno sobre normas anteriores y actuaciones de la Administración realizadas en su cumplimiento (art. 2.3 del Código Civil), puesto que la convocatoria efectuada por la Orden de 21 de febrero de 2.006 se hizo con estricto respeto a lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley de la Función Pública de Galicia , que en modo alguno exigen que se describan las plazas concretas, específicas que salen a concurso; basta con que se especifique en la convocatoria número y características de las convocadas.

De esta forma, las citadas Ordenes de 2.008, en las que ciertamente se especifican ya las plazas concretas, son la consecuencia no sólo lógica sino también legalmente inevitable y exigible de la culminación técnica del proceso de selección, aplicándose por la Administración, como no podía ser de otra forma, lo previsto en los citados artículos 33, 34 y concordantes de la repetida Ley de la Función Pública de Galicia , con arreglo a los que todas las convocatorias de pruebas selectivas se publicarán en el Diario Oficial de Galicia y sus bases son vinculantes para el órgano convocante y al tribunal, en coherencia con el sistema constitucional de acceso a la función pública al que se refiere el artículo 36 de aquella Ley en el que se insiste en que el acceso a la



función pública y a sus cuerpos o escalas se realizará mediante concurso, oposición o concurso-oposición libre, convocados públicamente y basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, y del artículo 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

SEXTO.- Los anteriores argumentos determinan la necesidad de coincidir con el resultado que se obtiene de la aplicación de la doctrina que se contiene en la sentencia recurrida, puesto que la ocupación de la plaza que desempeñaba interinamente el recurrente por quien legítimamente había superado el proceso selectivo convocado para ello no constituyó un despido, sino la válida extinción de una relación de trabajo, tal y como se desprende de los artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y 4 del R.D. 2720/1.998, de 18 de diciembre, si bien no se comparten plenamente sus argumentos o razonamientos, porque en este punto, la sentencia recurrida se decanta por la solución de afirmar que esa condición *de futuro* del proceso de consolidación significa que la *reserva* de las plazas ocupadas por temporales o interinos, sólo podrá materializarse sobre las que estén ocupadas de esa forma antes del 1 de enero de 2.005, y lo siguen estando cuando se proceda a convocar o llevar a cabo por la Administración ese proceso en un momento futuro sin referencia cierta de fecha, lo que no se corresponde con la previsión normativa específica antes razonada, en virtud de la cual esa *reserva* de plazas interinamente desempeñadas habrá de surtir efectos desde la entrada en vigor de la Ley 13/2007, que estableció el compromiso y la obligación de la Administración de llevar a cabo ese concurso extraordinario de consolidación de empleo temporal o interino.

En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, de lo razonado se desprende la necesidad de desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado, sin que haya lugar a la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ángel Daniel, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4943/09, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de La Coruña, de fecha 3 de julio de 2009, recaída en autos núm. 309/09, seguidos a instancia de D. Ángel Daniel contra XUNTA DE GALICIA y D. Cirilo, sobre DESPIDO. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Gonzalo Moliner Tamborero D. Aurelio Desdentado Bonete

D. Fernando Salinas Molina D. Jesus Gullon Rodriguez

D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jesus Souto Prieto D. Jose Luis Gilolmo Lopez

D. Jordi Agusti Julia D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol

D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel

D. Juan Francisco Garcia Sanchez D. Luis Ramon Martinez Garrido

D. Antonio Martin Valverde

Voto particular

que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha, 1 de febrero de 2011, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº **899/2010**, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa Maria Viroles Piñol, D^a Maria Lourdes Arastey Sahun, D. Juan Francisco Garcia Sanchez y D. Luis Ramon Martinez Garrido.



Con el debido respeto a los Magistrados integrantes de la mayoría que ha resuelto este recurso, y estando de acuerdo en la existencia de contradicción, expreso mi discrepancia sobre la solución dada al fondo del asunto. Este está perfectamente estudiado en la STSJ de Galicia (Sala General) de 2 de junio de 2009, con voto particular de cinco Magistrados. Estoy de acuerdo con dicho voto particular y con la sentencia de contraste utilizada en este RCUD. Expongo sucintamente el razonamiento que me lleva a esa conclusión.

El derecho controvertido -el del demandante, y otras personas en su misma situación, a gozar de una convocatoria extraordinaria para la cobertura de la plaza que están ocupando temporal o interinamente- surge en virtud de la habilitación establecida en la Disposición Transitoria 4ª del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, denominada "Consolidación de empleo temporal", en la que se dice que "las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías..." y, a continuación, concreta el requisito y el contenido de esas convocatorias de consolidación y, por ende, del derecho de quienes podrán participar en las mismas, a saber: que esos puestos de trabajo "se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005": este es el único requisito; y, en cuanto al contenido del derecho, consiste en que, en dicho proceso selectivo, "el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria", añadiendo que "en la fase de concurso, podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria". Obviamente, en esta última precisión reside la especificidad o carácter extraordinario de esos concursos y la ventaja para quienes ocupan interina o temporalmente los puestos que son objeto de ese proceso selectivo extraordinario. Aunque, como es lógico y constitucionalmente obligado, la propia Disposición Transitoria 4ª dice que esos procesos selectivos "garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y que "se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto". El artículo 61.1 dice que los procesos selectivos "tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna..." y el artículo 61.3 dice que, cuando los procesos selectivos incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, una fase de valoración de méritos de los aspirantes "sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo".

Pues bien, haciendo uso de esa habilitación, la Ley gallega 13/2007, de 27 de julio, introduce en la Ley de la Función Pública de Galicia una nueva Disposición Transitoria 16ª (en la actualidad numerada como Disposición Transitoria 14ª tras la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo), que, prácticamente, reproduce en sus mismos términos lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª del EBEP, pero añadiendo dos precisiones esenciales y complementarias: una, que ese proceso selectivo de carácter extraordinario o específico -así se le denomina- "se desarrollará por una sola vez por plaza" y, en segundo lugar, algo absolutamente esencial: "las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen". Y la situación prevista en el párrafo anterior es que "el proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad a 1 de enero de 2005 y que continúen, temporal o interinamente cubiertas en el momento de la convocatoria". Es decir: por un lado, reproduce el requisito establecido por el EBEP: cobertura con carácter temporal o interino anterior a 1-1-2005; pero, a continuación establece un nuevo requisito absolutamente lógico, a saber: que esas plazas objeto de la convocatoria extraordinaria, especial o específica "continúen temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria".

La interpretación, tanto literal como finalista de esos textos no deja lugar a dudas: hay que hacer una convocatoria especial o extraordinaria -con las características de las pruebas antes especificadas- para cubrir las plazas que estén ocupadas por personal interino o temporal con anterioridad a 1 de enero de 2005 y, obviamente, que sigan ocupadas por ese mismo personal interino o temporal en el momento de dicha convocatoria especial. El cumplimiento del doble requisito -ocupación de esa plaza con carácter temporal o interino con anterioridad a 1-1-2005 y "continuar" ocupando esa misma plaza y con ese mismo carácter en el momento de la convocatoria especial- solamente es posible si se trata de la misma persona: la persona que tiene derecho a que se le reserve el derecho a gozar, por una sola vez y respecto a esa plaza, del proceso selectivo extraordinario en cuestión. Ahora bien: el derecho de reserva de esa plaza para ser objeto del proceso extraordinario nace "en el momento de la entrada en vigor de esta disposición", es decir, en el momento de entrar en vigor la ley 13/2007, de 27 de julio. Y el ejercicio de ese derecho se producirá cuando, efectivamente, ese proceso extraordinario se convoque y quien ocupe esa plaza con carácter temporal o interino la viniera ocupando con dicho carácter desde antes del 1-1-2005. Por lo tanto, lo que no se puede hacer es ocupar cualquiera de esas plazas con personal fijo, como resultado de un proceso ordinario de selección de personal, privando así a quienes vienen ocupando esas plazas con carácter temporal o interino desde antes del 1-1-2005



del derecho a disfrutar de una convocatoria única y excepcional, con pruebas de determinadas características, derecho establecido en normas imperativas: EBEP y Ley de la Función Pública de Galicia. Puesto que, en contra de lo que se afirma por el Abogado de la Xunta en su impugnación del recurso, no es cierto que ese derecho a la convocatoria especial se mantenga: al haberse ocupado por un trabajador fijo, esa plaza ya no puede ser objeto de convocatoria especial alguna. Y tampoco se entiende que, al final del Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, se afirme -contradiendo a la sentencia recurrida- algo que es cierto, a saber, que *"esa reserva de plazas interinamente desempeñadas habrá de surtir efectos desde la entrada en vigor de la Ley 13/2007, que estableció el compromiso y la obligación de la Administración de llevar a cabo ese concurso extraordinario de consolidación de empleo temporal o interino"*, pero, al propio tiempo, se dé validez a un acto de adjudicación de la plaza controvertida a un tercero, en virtud de un proceso de selección ordinario, lo que deja absolutamente vacío de contenido ese derecho de reserva que se dice reconocer y se da validez al incumplimiento de ese "compromiso y obligación" por parte de la Administración de Galicia que, aunque quisiera, ya no podrá convocar el proceso extraordinario en cuestión para la cobertura de esa plaza, que ya ha sido cubierta con carácter fijo por otra persona en virtud de un proceso selectivo ordinario.

En definitiva, la convocatoria de un proceso selectivo ordinario en 2006, es decir en un momento anterior a la creación de ese derecho a una convocatoria especial o extraordinaria por obra de la Ley 13/2007, de 27 de julio, fue perfectamente válida. Ahora bien, se trataba, como es habitual, de una convocatoria de carácter genérico: se convoca un determinado número de plazas, pero sin especificar cuales. Los que son nulos de pleno derecho son los posteriores actos administrativos -instrumentados en sendas órdenes de fecha muy posterior al establecimiento de ese derecho de reserva por Ley- en virtud de los cuales, en primer lugar, se ofreció a los aspirantes que habían superado el proceso selectivo ordinario la posibilidad de escoger plazas afectadas por ese derecho de reserva; y, a continuación, se adjudicaron esas plazas, como ocurrió en nuestro caso, provocando con ello el despido de quien la ocupaba temporal o interinamente desde antes del 1-1-2005 y extinguiendo para siempre su derecho a una convocatoria especial para aspirar a ocuparla con carácter fijo. Por lo tanto, no estamos ante una válida extinción de esa relación laboral del recurrente por "cobertura reglamentaria" de esa plaza sino ante una "cobertura ilegal" de la misma y, por ende, ante un despido improcedente del actor. Así lo debíamos, en mi opinión, haber declarado, condenando a la Administración recurrida a las consecuencias inherentes a tal declaración.

En Madrid a uno de febrero de 2.011

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez y el Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa Maria Viroles Piñol, D^a Maria Lourdes Arastey Sahun, D. Juan Francisco Garcia Sanchez y D. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.