



Roj: **STSJ GAL 3109/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:3109**

Id Cendoj: **15030330012018100251**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **97/2018**

Nº de Resolución: **263/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00263/2018

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 97/2018

Apelante: D. Laureano

Apelada: Universidad de Vigo

EN NO MBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 30 de mayo de 2018.

En el recurso de apelación 97/2018 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. Laureano , representado por el procurador D. José Antonio Castro Bugallo, dirigido por el letrado D. Santiago Nandín Vila, contra la sentencia de fecha 8 de enero de 2018, dictada en el Procedimiento Abreviado 283/2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de Vigo , sobre función pública. Es parte apelada la Universidad de Vigo, representada por el procurador D. José Manuel Lado Fernández y dirigida por el letrado D. Andrés Dapena Paz.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "*Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo presentado por D. Laureano contra la Resolución del Rector de la Universidad de Vigo de 08/06/2017 por la que se notifica el cese del actor como funcionario interino, Y DECLARO el derecho del actor a ser indemnizado a razón de 20 días de salario por año trabajado, por causa de la concatenación abusiva de nombramiento como funcionario interino desde el 5.5.2008.*



Se desestiman el resto de pretensiones de la demanda.

No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes."

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y

PRIMERO : Objeto del recurso de apelación.-

Don Laureano impugnó la resolución de 8 de junio de 2017 del Rector de la Universidad de Vigo, por la que se le notifica al demandante el cese como funcionario interino en el puesto de auxiliar administrativo, grupo C, puesto base.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, declarando el derecho del actor a ser indemnizado a razón de 20 días de salario por año trabajado, por causa de la concatenación abusiva de nombramientos como funcionario interino desde el 5 de mayo de 2008, desestimando el resto de las pretensiones de la demanda.

Frente a dicha sentencia interpone el demandante recurso de apelación.

El apelante pretende que se estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo, declarando la no conformidad a Derecho del acto impugnado en lo que respecta, única y exclusivamente, a la pretensión jurídica individualizada formulada con carácter principal en la demanda, contenida en el apartado 2 del suplico.

En el apartado 2 del suplico de la demanda se solicita que se dicte sentencia por la que se declare la existencia de uso abusivo del nombramiento temporal y sucesivas prórrogas y, en consecuencia, el (derecho) del recurrente a ser readmitido por la Administración con vínculo de indefinidad o, subsidiariamente, a ser indemnizado en cuantía equivalente a la reconocida para el personal laboral en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores en situaciones de despido improcedente por cese improcedente atendiendo a la antigüedad del mismo en el puesto y salario acreditado.

En consecuencia, la sentencia apelada ha acogido la petición subsidiariamente articulada, y en el recurso de apelación se pretende que sea estimada la principal formulada.

SEGUNDO : Síntesis de los argumentos nucleares que se contienen en la sentencia apelada.-

La sentencia de primera instancia apreció que las sucesivas prórrogas del nombramiento temporal del actor merecen la calificación de abusivas o fraudulentas, al ser de carácter estructural o permanente las necesidades cubiertas, a partir de lo cual centró la controversia en las consecuencias jurídicas de tal actuación previa.

En esa tesitura el juzgador "a quo" entiende que la ejecución de la relación de puestos de trabajo es una circunstancia objetiva que, aunque legítima la extinción del vínculo funcional interino (e incluso aunque se considerase indefinido no fijo), debe venir acompañada de la correspondiente indemnización, como consecuencia anudada a la declaración del carácter abusivo en la concatenación de nombramientos temporales, que fija en 20 días de salario por año trabajado, de acuerdo con las pretensiones subsidiarias de ambas partes, y por analogía con la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 .

Descarta el juzgador de primera instancia la readmisión del recurrente con vínculo indefinido, porque considera que el cese del actor es conforme a Derecho, en cuanto que se ha demostrado la existencia y realidad de la ejecución de la RPT (y la adecuada creación de los puestos de trabajo en que se subsumen las funciones y tareas desarrolladas por el recurrente), que era la causa esgrimida por la Universidad de Vigo para poner fin al nombramiento del demandante, por lo que no puede derivarse un derecho a la prolongación de servicios más allá de la provisión reglamentaria del puesto con la aprobación de la RPT y el ulterior concurso de traslados resuelto.

Se añade en la sentencia apelada que el único motivo de disconformidad a Derecho de la resolución de cese del actor es la ausencia de previsión en la misma de un derecho indemnizatorio, que le corresponde en atención al carácter abusivo del encadenamiento de nombramientos temporales para una necesidad permanente y por no existir en nuestro ordenamiento otra medida eficaz como reacción a esa infracción del Derecho de la Unión Europea, ya que la consideración del carácter indefinido del vínculo no ampara en este caso la condena a la reincorporación del puesto con mantenimiento de la relación funcional.

**TERCERO : Alegaciones del apelante en que funda el recurso de apelación.-**

El apelante argumenta que, reconocida la fraudulencia del vínculo funcional interino mantenido por la Universidad, el objeto de este recurso de apelación recae en discutir la declarada conformidad a Derecho del cese del actor como funcionario interino a través de la ejecución de la RPT de la Universidad, lo que se produjo mediante u concurso de traslados de personal funcionario de plantilla.

En concreto, considera el apelante que las funciones estructurales realizadas por él, cuya existencia y necesidad afloran por vez primera a raíz de la permanencia irregular en su puesto, no podrían ser absorbidas o subsumidas por plazas ya existentes, y por ello tampoco podría resolverse el cese del actor, una vez declarada la indefinición en sentencia, mediante un concurso de traslados a salvo de que se decretase su amortización.

El apelante concreta como hechos que reputa pacíficos:

1º El trabajador fue nombrado "ab initio" para necesidades puramente temporales,

2º En virtud de ello, el apelante no ocupaba plaza en la plantilla de la Universidad (informe de la gerencia), al tratarse de puesto fuera de la RPT y sin correspondencia con plaza alguna,

3º La Universidad de Vigo cesó al trabajador considerándolo en todo momento "personal temporal" de programas, validando el cese en la reorganización derivada de la nueva RPT y ejecución de la misma,

4º Como pone de relieve el juzgador, el trabajador debe ser declarado y considerado, a efectos de la doctrina TJUE "Martínez Andrés/**Castrejana López**" como personal laboral indefinido no fijo, al acreditarse fraude de ley por parte de la Universidad por el encadenamiento sucesivo de nombramientos para cubrir nuevas necesidades permanentes, y

5º las funciones desempeñadas por el actor habrían dado lugar a la previsión de un nuevo puesto de trabajo en la RPT, algo reconocido expresamente cuando se habla de incremento de efectivos que habría tenido lugar en virtud de la nueva RPT precisamente para atender a las mayores necesidades de la Administración.

Partiendo de esos hechos, estima el apelante que la aplicación coordinada de la jurisprudencia de la Sala de lo Social, en relación con la construcción del personal indefinido no fijo, y los últimos pronunciamientos del orden contencioso-administrativo, en relación a los efectos de la doctrina del TJUE en los casos señalados, impiden entender correctamente cesado al funcionario, ligándolo a la ejecución de la RPT de la entidad universitaria por procedimiento restringido, a través de un concurso de traslados, y, por tanto, impiden considerar como causa "objetiva" ajustado a Derecho tal cese, con los efectos indemnizatorios anudados en sentencia.

Expone el apelante diversos pronunciamientos de la Audiencia Nacional (sentencia de 2 de enero de 2015) y Salas de lo Social del este Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sentencia de 24 de febrero de 2015) y de Andalucía (sentencia de 22 de junio de 2016), según los cuales el concurso interno de traslados no serviría para atender al incremento de plazas puesto de manifiesto por la existencia del trabajador indefinido, sino que la cobertura de la plaza adicional exige de un procedimiento selectivo de ingreso.

De todo lo cual deduce el apelante la incorrección del cese del actor, estimando que la referencia de la categoría del indefinido no fijo es el trabajador fijo, que conforme al artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, tiene derecho a la readmisión en el supuesto de declaración de improcedencia del despido o cese.

CUARTO : Justificación de la improcedencia de la readmisión del demandante y de la conformidad a Derecho de la indemnización otorgada.-

Para defender la procedencia de la readmisión solicitada como pretensión principal el apelante alega la disconformidad a Derecho de su cese por ejecución de la nueva RPT mediante la figura del concurso de traslados, una vez declarado el carácter indefinido de la relación en sentencia.

La Sala no puede compartir la argumentación del apelante, porque en esta se da por hecho que el recurrente ha sido declarado personal indefinido no fijo, cuando en realidad tal declaración no se ha producido (como sucedía en los pronunciamientos de la jurisprudencia social que cita), ya que lo verdadero es que tiene la condición de funcionario interino, con arreglo al artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien las sucesivas prórrogas de su nombramiento y la valoración de que cubría una necesidad de carácter permanente ha dado lugar a la apreciación del carácter fraudulento de ese nombramiento.

Por otra parte, pese a que el demandante trata de poner en cuestión la correspondencia de alguno de los nuevos puestos introducido en la RPT de 2016 con el concreto ocupado por el señor Laureano , no debe olvidarse que tal inclusión es el argumento que inclina a deducir el carácter estructural o permanente del puesto ocupado por



aquél, de modo que no cabe aprovechar ese hecho en lo que favorece, es decir, para inferir que el nombramiento es abusivo o fraudulento, y desecharlo en lo que perjudica, o sea, de cara a apreciar aquella correspondencia.

En este punto la Sala comparte la argumentación de la sentencia apelada que, partiendo del informe del xerente de la Universidad de Vigo, hace hincapié en que no parece haber especial discrepancia en que en la nueva RPT se incrementa el número de efectivos (de 367 puestos de trabajo a 380), y se modifica la estructura y organización del apartado administrativo, incorporando aquellas actividades y funciones que se atribuyeron a funcionarios interinos por acumulación de tareas o ejecución de programas de carácter temporal al margen de la RPT, como era la situación del actor, considerándolas propias de la actividad administrativa ordinaria de la Universidad de Vigo, y que en este caso se atribuyeron al ámbito xurídico social e humanidades, que experimentó un cambio en la RPT en comparación con la anterior.

En concreto, el propio informe gerencial explica, con toda lógica, que la necesidad de apoyo a los POPs (programas de posgrado), que en su momento motivó la contratación del demandante, y que figura como objeto de su nombramiento como funcionario interino (folio 3 del expediente: en el nombramiento del actor como interino en 2008 se hace constar que debería apoyar la ejecución del programa temporal de apoyo a los POPs bajo la dependencia de la administradora del ámbito jurídico social), se consideró que constituía una actividad ordinaria de la Universidad, y junto con otras tareas de gestión pusieron de manifiesto la conveniencia de crear una nueva área académica, común a las tres facultades, de carácter especializado e integrada por una jefatura de área (nivel 22) y tres jefaturas de negociado (nivel 20) de "mestrado e doutoramento".

Una vez acreditada la correspondencia entre el puesto incorporado a la nueva RPT de 2016 y el ocupado por el actor, el concurso de traslados realizado y decidido es el modo de regularizar el desempeño de las tareas anteriormente atribuidas al recurrente, sin que se haya impugnado el convocado entre el personal de administración y servicios por resolución de 9 de marzo de 2017.

El problema surge cuando, una vez apreciado tal carácter abusivo o fraudulento de las prórrogas de nombramientos, han de concretarse las consecuencias jurídicas, ya que en el caso presente previamente se ha producido la ejecución de la RPT aprobada en 2016 y la cobertura reglamentaria de la plaza, de modo que no cabe la declaración de indefinido no fijo del actor, pues la propia jurisprudencia social establece como término final para la vinculación del trabajador y la finalización de su nombramiento la cobertura reglamentaria a través de los procedimientos de provisión, de modo que posteriormente no puede prolongar su prestación de servicios.

Esa es la diferencia sustancial de este caso con los enjuiciados por la jurisprudencia social que el actor menciona, ya que en esta se parte de una previa declaración del trabajador como indefinido no fijo, y sin embargo en el caso presente ni ha tenido lugar tal declaración ni puede producirse porque la plaza ya se ha cubierto reglamentariamente con carácter previo.

Precisamente por ello tampoco puede ser aplicable el artículo 28.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia (*"Las relaciones de puestos de trabajo serán objeto de las modificaciones necesarias para ajustarlas a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pudiera ser adscrita a un puesto de trabajo vacante"*), ya que no ha existido una sentencia judicial firme que reconociese la situación laboral de carácter indefinido.

El apelante parte como hecho indiscutido de uno que no es tal, puesto que el juzgador "a quo" no dice que el trabajador deba ser considerado como personal indefinido no fijo, al acreditarse fraude de ley por parte de la Universidad.

Por el contrario, el juzgador de primera instancia razona que, aun haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial interna sobre los trabajadores interinos no fijos en el sector público, el cese del actor es conforme a Derecho, porque dicha aplicación no le otorga en el presente momento el derecho a la reincorporación debido a que ya se ha materializado el evento que pone fin a la relación indefinida no fija, cual es la cobertura del puesto por los procedimientos reglamentariamente previstos de provisión a través de la aprobación de la RPT y ulterior concurso de traslados resuelto, razonamiento que la Sala comparte plenamente.

Y esa es precisamente la diferencia con nuestras anteriores sentencias de 7 y 14 de junio de 2017, a que se refiere el recurrente, pues en esos otros casos no se había producido la cobertura de los respectivos puestos por los procedimientos de provisión, lo que hizo factible que se condenase a la Administración a la reincorporación de los afectados.

En consecuencia, al no ser procedente la declaración del actor como indefinido no fijo, tampoco cabe acudir a la referencia del trabajador fijo, por la vía del artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y está justificado



el cese del actor, no resultando procedente su readmisión, por lo que no cabe optar por esta alternativa como medida eficaz de paliar el encadenamiento fraudulento de nombramientos temporales.

El cese del actor es conforme a Derecho, porque merece ser encuadrado en los apartados a) y c) del artículo 24.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril , de empleo público de Galicia.

El indicado artículo 24.2 establece:

" El cese del personal funcionario interino se producirá, además de por las causas que determinan la pérdida de la condición de personal funcionario de carrera, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento ...

c) ... provisión definitiva del puesto por personal funcionario de carrera "

Por lo demás, de cara a buscar la consecuencia al encadenamiento fraudulento de nombramientos temporales en casos como el presente de cobertura reglamentaria de la plaza, hoy la jurisprudencia social se encuentra resumida en la sentencia de 28 de marzo de 2017 del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso 1664/2015), según la cual si se amortiza la vacante o se produce la cobertura reglamentaria de la plaza se indemniza como si se tratase de despido por causas objetivas, esto es, 20 días por año de servicio, argumentando dicha sentencia:

" La ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato ".

Como se declara en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 , asunto Martínez Andrés y **Castrejana López**), incumbe al juez nacional el hallazgo de una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos con las personas que prestan servicios para la Administración en régimen de Derecho Administrativo (en el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 5 de marzo de 2018, asunto Giuseppa Santoro), mientras que la reciente sentencia de la misma fecha e idéntico Tribunal, en el asunto Ana de Diego Porras, abrió la posibilidad de concesión de una indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, pues en el apartado 2 de su parte dispositiva decide: *" La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización ".*

Es decir, la solución por la que ha optado el juzgador "a quo" es la procedente en el caso presente, una vez que ha de desecharse la readmisión del demandante.

QUINTO : Costas procesales de segunda instancia.-

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , han de imponerse al apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.4 LJ , se fija en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del apelado, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para dar respuesta a los motivos de apelación esgrimidos.

FALLAMOS

que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Vigo de 8 de enero de 2018 , **CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada, fijando en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del apelado.



Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa . Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-097-18), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Fernando Seoane Pesqueira al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENSOJ