



Roj: **STSJ GAL 4753/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:4753**

Id Cendoj: **15030330012021100493**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2021**

Nº de Recurso: **429/2019**

Nº de Resolución: **594/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA BLANCA FERNANDEZ CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA : 00594/2021

Ponente: D^a. Blanca María Fernández Conde.

Recurso Número: Procedimiento Ordinario 429/2019.

Recurrente: Emma .

Administración demandada: Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional .

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. Mónica Sánchez Romero

A Coruña, a 15 de octubre de 2021.

El recurso contencioso-administrativo, que con el número PO. 429/2019, pende de resolución en esta Sala, ha sido interpuesto por D^a. Emma , representada por el procurador D. Jaime José del Río Enriquez y dirigida por el letrado D. Antonio Montero García, contra la resolución de fecha 18 de septiembre de 2019, sobre reclamación de condición funcionario de carrera, siendo parte demandada la Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional, representada y dirigida por el letrado de la Xunta de Galicia.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a. Blanca María Fernández Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dicte sentencia por la que, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo, se declare: La condición de empleada pública temporal en fraude de ley y se **determine elabuso en la contratación por parte de la Administración** demandada, con el reconocimiento de la **situación jurídica individualizada** , con todos los efectos económicos y administrativos



y las consecuencias que procedan conforme a Derecho y en su virtud: a) Se reconozca la condición de funcionaria de carrera en el cuerpo y categoría en la que la recurrente viene prestando sus servicios. b) Alternativamente, en el supuesto de que no se considere procedente el reconocimiento de la condición de funcionaria de carrera: - se reconozca la condición de empleada pública fija al servicio de la Administración, cualquiera que sea la denominación conferida, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad, y las mismas causas y requisitos de cese que rigen para los funcionarios de carrera comparables. - o subsidiariamente, se reconozca la condición de empleada pública fija y la permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad y las mismas causas y requisitos de cese que rigen para los funcionarios de carrera comparables. Y todo ello con expresa **imposición de costas a la Administración** al negar infundadamente la situación de abuso del demandante, entendiéndose que existe temeridad y mala fe.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO.- Declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de indeterminada.

FUNDAMENTOS DE JURIDICOS

PRIMERO.-Del objeto de recurso .-

La representación procesal de la recurrente interpone recurso contencioso-administrativo *contra resolución de 18 de septiembre de 2019* dictada por el Director Xeral de Centros e Recursos Humanos de la Consellería de Educación, Universidad e Formación Profesional de la Xunta de Galicia, por delegación de la Conselleira, por la que se deniega la solicitud de que se reconozca a la recurrente la condición de funcionario de carrera/ empleado público fijo de la Xunta de Galicia desde el 22 de octubre de 2004 con los efectos legales oportunos. Denegándose igualmente la pretensión subsidiaria, sobre la concesión de la "propiedad" de la plaza que ocupa, y la pretensión de indemnización por daños morales.

Se formula el recurso interesando la nulidad del acuerdo administrativo impugnado por su disconformidad con el ordenamiento jurídico; en el suplico del escrito de demanda se expresa que:

".....se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declare:

*La condición de empleada pública temporal en fraude de ley y se **determine el abuso en la contratación por parte de la Administración** demandada, con el reconocimiento de la **situación jurídica individualizada**, con todos los efectos pertinentes económicos y profesionales retroactivos y las consecuencias que procedan conforme a Derecho y en su virtud:*

a).- *Se reconozca la condición de funcionaria de carrera en el cuerpo y categoría en la que la recurrente viene prestando sus servicios .*

b).- *Alternativamente, en el supuesto de que no se considere procedente e reconocimiento de la condición de funcionario de carrera :*

- se reconozca la condición de empleada pública fija al servicio de la Administración, cualquiera que sea la denominación conferida, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad, y las mismas causas y requisitos de cese que rigen para los funcionarios de carrera comparables.

- Subsidiariamente, se reconozca la condición de empleada pública fija y la permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad y las mismas causas y requisitos de cese que rigen para los funcionarios de carrera comparables.

*Y todo ello con expresa **imposición de costas a la Administración** al negar infundadamente la situación de abuso del demandante, entendiéndose que existe temeridad y mala fe...."*

De lo suplicado en la demanda, resulta que la tanto la pretensión principal, como la alternativa y la subsidiaria, pretenden, adquirir, la condición de funcionario de carrera o de empleado fijo en idénticas condiciones que el resto de funcionarios titulares con plaza en propiedad.

SEGUNDO.- Antecedentes de interés .-



La recurrente tiene la condición de personal funcionario interino de la de la Consellería de Educación, Universidad e Formación Profesional de la Xunta de Galicia en el cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas en la especialidad de Lenguaje Musical.

Inició su relación laboral con la Consellería de Educación desde el 22.10.2004 y a partir del 30.9.2005 ha venido siendo nombrada y cesada año tras año de forma ininterrumpida en plazas vacantes para curso escolar ... en diferentes Conservatorios Profesionales de Música, alternando interinidades con sustituciones. (...) (...).

A partir del 17.09.2010 en el CMUS Joan Montes de Lugo retornando de nuevo el 16.09.2016 el CMUS Xan Viaño de Ferrol hasta la actualidad sumando un total de 15 años de servicio ininterrumpidos, en plazas vacantes (...).

Resulta igualmente de interés dados los términos del debate una breve referencia a lo siguiente:

En el año 2010 tuvo lugar el proceso selectivo para la provisión de plazas de Lenguaje Musical, convocadas por la orden de 16 de marzo de 2010 por la que se convocaban procedimientos selectivos de ingreso e acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria, profesores de música y artes escénicas, y profesores técnicos de formación profesional y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades para el personal funcionario de carrera de los antedichos cuerpos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el año 2019 se publica una nueva Oferta Pública de Empleo a través del Decreto 12/2019 de 7 de febrero, correspondiente a plazas de personal funcionario de cuerpos docentes, y se convoca un nuevo proceso selectivo mediante Orden de 21 de febrero de 2019, en el que se convocaron 8 plazas (7 de turno libre y 1 de reserva de discapacidad).

Con fecha de 18 de febrero tiene lugar la Mesa Sectorial Docente a dicha OPE, y se dicta la Orden do 21 de febrero de 2019 en la que la Administración impone la distribución de plazas por especialidad, aumentándolas ...(...)

Esta oferta se materializó en la Orden de 24 de febrero de 2020 por la que se convocan procedimientos selectivos para el cuerpo de profesores de música y artes escénicas, entre otros (DOGA 13.03.2020), que oferta 12 plazas de lenguaje musical (turno libre y 1 de reserva de discapacidad), proceso selectivo aplazado hasta el 2021 debido a la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19....(...)

La "Asociación de Profesores de Música e Artes Escénicas de Galicia", APMAEGAL, ha presentado recurso de reposición de fecha entrada de 28.03.2020 contra dicha convocatoria denunciando estos hechos.

TERCERO.- Alegaciones de las partes .-

Se expresa que, en ninguna de las convocatorias presentes ni en años anteriores se convocaron todas las plazas vacantes ni se determinó la relación de puestos de trabajo ofertados, no se designaron individualmente las plazas convocadas sino que se sacaron de forma discrecional, lo que evidencia un funcionamiento totalmente arbitrario de la Administración que genera incertidumbre, inseguridad y una falta de información absoluta a sus empleados ...(...)

Y afirma llevar años demostrando su mérito y capacidad, al venir desempeñando su trabajo en la Administración durante más de 15 años de forma ininterrumpida con un absoluto rigor y competencia, además de continuar con su formación académica, y experiencia a través de cursos, actividades formativas, etc., lo que pone de manifiesto el cumplimiento, con creces, de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Resumidamente, parece entender la recurrente que la prolongada situación de interinidad curso académico tras curso académico, en razón de la situación de vacante de los puestos de trabajo a los que fue llamado por distintas circunstancias, atribuye a la interesada la posibilidad de acceder sin más a dicho puesto de trabajo, amparándose en el hecho de "estar capacitado" para el ejercicio del puesto de trabajo que viene desempeñando, a la vez de interpretar que las circunstancias que concurren constituyen los parámetros que la doctrina del TSJ de UE fija para entender producido abuso en la contratación temporal de los interinos.

Alega la actora que las contrataciones temporales responden a necesidades ordinarias, permanentes y estables de la Administración, y no a una extraordinaria o provisional. Añade que, tratándose de una necesidad estable y permanente, entiende que la Administración ha cubierto el puesto de forma fraudulenta, acudiendo a contrataciones de carácter temporal, por lo que procedería, conforme a la normativa comunitaria vigente, reconocer al demandante su condición de empleado público de carácter fijo.

Considera, que la Consellería de Educación ha vulnerado la normativa reguladora del personal funcionario interino, al haber rebasado con creces el plazo máximo de tres años para convocar procesos selectivos en la especialidad de la demandante, y por no sacar en las últimas ofertas de empleo público todas las



plazas vacantes existentes, sino únicamente un bajo porcentaje de las mismas correspondiente a las bajas producidas (muerte, jubilación, etc) y todo ellos sin una razón justificativa ...(..).

En un segundo argumento se alude a la clara situación de abuso de derecho.-

Viene asumiendo las funciones de los profesores que vienen determinadas en el artículo 91 de la LOE y en las normas que desarrollan los currículos oficiales en relación con la materia que imparte, así como en las normas que regulan la organización de los diferentes tipos de centros como el Reglamento orgánico de los conservatorios elementales y profesionales de música y danza de la Comunidad Autónoma de Galicia (aprobado por el decreto 2223/2010, de 30 de diciembre) y la Orden de 4 de agosto de 2011 que desarrolla este Decreto, es decir, el actor ejerce las mismas funciones que un profesor titular desde el inicio de su relación con la Administración, impartiendo las clases de su especialidad, evaluando a los alumnos, firmando el libro de actas, elaborando el documento de Programación didáctica para cada año y haciendo una Memoria del curso. *No se ha tratado de sustituciones o coberturas temporales de la plaza, sino que ha venido cubriendo necesidades de carácter permanente y estructural (...)*

Los nombramientos y ceses no están siendo motivados. En ninguno de ellos se fundamenta su causa. De acuerdo con el art.24.2a) del EBEP *el cese del personal interino se producirá, entre otras causas, por la finalización de la causa que dió lugar a su nombramiento, sin embargo la Consellería concatena nombramientos y ceses sin que haya finalizado la causa de la que trae origen. Esta interrupción cada año de la relación laboral supone un abuso, independientemente del puesto de destino...(...)*

Se dice en el escrito de demanda que el 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 en su art. 10 también precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, así establece la condición de interino por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, cuando existan plazas vacantes cuya cobertura no sea posible por funcionarios de carrera, por la sustitución transitoria de los titulares, por la ejecución de programas de carácter ...(...), a lo que añade que no es esta la actuación de la administración demandada que en este caso ...(...)

La actora apoya sus argumentos invocando La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y en particular, el Acuerdo Marco anexo a la misma sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, de la CES, la UNICE y el CEEP; en los artículos 10 y 70 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 la interpretación jurisprudencial que hace la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15, apartados 27 y 47), y la sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 que ha dejado claro qué debe entenderse por abuso. Y al tiempo también recoge determinados *parámetros* para evaluar si se cumple la *situación de abuso*, que concurren en la concreta relación funcional que mantiene el recurrente con la Administración(...).

Y entiende que de los indicadores que nos da el TJUE en su sentencia para evidenciar el abuso, todos ellos se dan en el caso del demandante:

- El tiempo de servicios prestados: casi 15 años
- Los sucesivos contratos no responden a necesidades puntuales y provisionales, sino permanentes.
- Realizar las mismas funciones que trabajadores fijos .
- La inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas.
- El elevado índice de temporalidad del sector.
- Incumplimiento de la obligación legal de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida: para la demandante desde el 2010 al 2019.

En tercer lugar alude a las medidas para sancionar el abuso, reconocimiento de la situación jurídica individualizada, transformación de la relación laboral temporal en una situación laboral fija, concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente (..)

La Administración demandada se opone por los argumentos que figuran en su escrito de contestación a la demanda.

CUARTO.- Sobre el abuso en la contratación.- Inexistencia.-

Se argumenta que ha existido una situación de abuso en las sucesivas contrataciones desde el inicio de su relación con la Administración, no tratándose, según él, de sustituciones o coberturas temporales de



la plaza, sino que ha venido cubriendo necesidades de carácter permanente y estructural...(...) En el caso concreto, –afirma– que de la Consellería de Educación se está amparando en la normativa nacional utilizando las renovaciones de los contratos de carácter temporal, para dar respuesta, en la práctica, a necesidades permanentes y estables en materia de personal, vulnerando la citada normativa reguladora, al haber rebasado con creces el plazo máximo de tres años para convocar procesos selectivos en la categoría del demandante, y por no sacar en las últimas ofertas de empleo público todas las plazas vacantes existentes, y ello constituye no sólo un abuso en la contratación sobre el empleado sino que además es un fraude de ley, conforme al art. 6.4 del Código Civil,(...) y que lo hace sin una justificación objetiva y sin un límite establecido al número de renovaciones posibles, por lo que no puede entenderse como una "razón objetiva", en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco.

Se invoca la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 las cláusulas cuarta y quinta de la Directiva 1999/70/CE,, y en particular, el Acuerdo Marco anexo a la misma, celebrado el 18 de marzo de 1999, de la CES, la UNICE y el CEEP, que tiene como objetivo mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada... (...), los artículos 10 y 70 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 la interpretación jurisprudencial que hace la sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, que ha dejado claro qué debe entenderse por abuso, el tribunal dictamina que el abuso se produce cuando los contratos se utilizan para destinar a los empleados temporales a realizar funciones que no son provisionales, ni excepcionales, ni puntuales; sino que son ordinarias, estables y permanentes, cubriendo el empleador con personal temporal sus necesidades estructurales en materia de personal, al no disponer de suficientes funcionarios fijos o de carrera. Y al tiempo también recoge determinados *parámetros* para evaluar si se cumple la *situación de abuso*, que concurren en la concreta relación funcional que mantiene el demandante con la Administración (...).

Y entiende que de los indicadores que nos da el TJUE en su sentencia para evidenciar el abuso, todos ellos se dan en el caso del demandante.

Expuesto el planteamiento, como se ha venido pronunciando esta sala y sección en supuestos sino idénticos si muy similares al de autos en sus sentencias de 19 de julio de 2017 (recurso de apelación 162/2017) y 27 de junio de 2018 (recurso de apelación 71/2018), Procedimiento Ordinario 1/2021 y Procedimiento Ordinario 434-19 sentencia junio 2021

.... Ante todo ha de advertirse que presupuesto esencial para que prosperen las pretensiones de la demandante es que se acredite el fraude en la concatenación de nombramientos....

Sin embargo no es esto lo que sucede en el caso de autos, porque, no obstante el extenso escrito de demanda con el que el recurrente pretende argumentar que ha de entenderse acreditado dicho fraude en base a la concatenación de llamamientos, año tras año, hasta llegar a 15, que responden a necesidades permanentes para realizar las mismas funciones, no queda dicho abuso, en absoluto acreditado.

Del examen del expediente y del análisis de los distintos nombramientos como sustituto/interino no se desprende el abuso en la contratación ni el fraude que se denuncia, sino que se trató de una adaptación propia de la prestación del servicio público educativo para la cobertura de un puesto que se hallaba vacante y que no era posible cubrir con funcionario de carrera, habiendo tenido el recurrente conocimiento en todo momento de que los sucesivos nombramientos eran por tiempo determinado, a cuya conclusión debía cesar. En ese sentido son varios los argumentos de los que se deduce la ausencia del presupuesto básico del fraude en la contratación.

La actora participó en un sistema, el de listas de interinos/ sustitutos, en el que queda perfectamente claro que el nombramiento es por un tiempo concreto, que en este caso, al ser en el ámbito educativo, coincide con el curso académico, a la finalización del cual debía cesar. En los nombramientos se expresa el momento inicial y el final de cada nombramiento, haciendo constar que en esta segunda fecha queda caducado, si bien, al ser esencialmente temporal, podría ser revocado con anterioridad a la fecha de caducidad cuando se provea por un funcionario de carrera o, a juicio de la Administración, hubieren cesado las circunstancias urgentes que determinaron dicho nombramiento.

Si la limitación temporal del nombramiento se recoge expresamente en cada uno de los que tuvieron lugar, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que establece que " *El personal funcionario interino docente que imparta las enseñanzas reguladas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, o norma que la sustituya, se nombrará siempre con una*



duración determinada, no excediendo la fecha de finalización del nombramiento el inicio del curso académico inmediatamente siguiente".

Es decir la recurrente fue consciente en todo momento de que su nombramiento era temporal y finalizaba al concluir cada curso académico, de modo que cada uno de los ceses tuvo lugar como consecuencia de que sobrevino el hecho cierto del transcurso del período consignado expresamente en el nombramiento.

Por otra parte, a quien se integra en una lista de funcionarios interinos no se le genera ninguna expectativa legítima para el futuro, sino que, en caso de ser nombrado por ocupar en primer lugar o por renuncia de quienes le preceden, se limita el tiempo de nombramiento, y aunque al año siguiente se le vuelva a nombrar, ello es debido a que en la lista nuevamente ocupa lugar preferente o de nuevo se produce la renuncia de quien se halla en puesto prioritario.

La situación de la recurrente se acomoda plenamente al régimen de los funcionarios interinos, recogido en el 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, y 23 y siguientes de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia. Y, del mismo modo, se adecúan a dicha regulación los sucesivos ceses que cada año se iban produciendo, al término de cada curso escolar, por finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento, con arreglo a los artículos 10.3 del RDL 5/2015 y 24.2.a y d de la Ley 2/2015.

En segundo lugar, hay que tener presente que desde el año 2009 la Consellería se vio muy limitada para cubrir la totalidad de las vacantes producidas, como consecuencia de la imposición de la normativa vinculante a nivel estatal, ya que en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado se introdujeron severas limitaciones para aquella cobertura con unas drásticas reducciones de la tasa de reposición de efectivos, por lo que para un adecuado funcionamiento del servicio público educativo resultaba obligado acudir a la lista de sustitutos e interinos, de modo que, en cuanto justificado, no puede hablarse de uso abusivo de la contratación temporal. Así, la tasa de reposición fue del 30% en 2011, del 10% en 2012, 2013 y 2014 y del 50% en 2015, siendo del 100% desde 2016 a 2019, pero sin que dicha tasa se aplicase sobre la totalidad de las vacantes sino sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo (artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.).

Además, dentro de esos límites se convocaron procesos selectivos todos los años, salvo en el 2012, y en las ofertas de empleo público de 2018 y 2019 se tuvo en cuenta la posibilidad adicional que autorizaba el artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 para el período 2018/2020, de cara a alcanzar el objetivo fijado de temporalidad del 8%. Y, más en concreto, la Consellería de Educación convocó en los últimos años, al amparo de la disposición transitoria 1ª del RD 276/2007, procesos selectivos para el acceso a diversas especialidades del cuerpo de profesores de música y artes escénicas, incluida la especialidad de lenguaje musical. Es decir, en todo en el año 2010 la recurrente tuvo oportunidades para ingresar en la función pública como funcionario de carrera y no las aprovechó.

No es posible hablar de concatenación de nombramientos irregulares para encubrir la verdadera finalidad de cubrir una necesidad permanente, pues lo realmente ocurrido es que cada curso académico fue necesario ocupar el puesto de la especialidad de contrabajo del cuerpo de profesores de música y artes escénicas, y al acudir a la lista de interinos y sustitutos le correspondía el puesto al recurrente, para quien cada curso se hacía un nombramiento diferente, de modo que se trataba del funcionamiento regular de ese sistema al que el actor se adscribió.

Debe recordarse que la recurrente, al igual que los restantes componentes de dicha lista, se beneficia de formar parte de la misma, como medio de acceso al empleo público, si bien interinamente y por tiempo determinado.

Por lo tanto, la situación es muy diferente a la que se presenta en el empleo privado, en el que la concatenación irregular de contratos temporales entraña una práctica abusiva y fraudulenta que causa perjuicio al empleado, de modo que la conversión del contrato en indefinido entraña un estímulo idóneo para que el empleador cese en esa práctica irregular.

Ni esa situación se produce en el caso presente ni tiene sentido la conversión en fija de una vinculación temporal derivada de una lista de la que el actor forma parte voluntariamente en unas condiciones previamente establecidas y acordes a la finalidad que cumple.

No procede la aplicación de los efectos de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15), máxime



a la vista de la posterior sentencia de 5 de junio de 2018 del mismo Tribunal (asuntos Lucía Montero Mateos C 677/16, y Grupo Norte Facility, S.A. C 574/16) en lo que constituye un freno a la anterior tendencia.

En la cláusula 5ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se obligó a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas para evitar la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, como podían ser el establecimiento de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o la conversión de la relación laboral temporal en indefinida, con la finalidad última de sancionar y estimular al empleador para que no incurra en dichas prácticas, a la vez que proteger al empleado que se encuentra en una situación de desamparo e incerteza.

Pero no es el caso objeto de análisis, en estos autos, en cuanto queda claro que la única finalidad perseguida era el correcto funcionamiento del servicio público educativo mediante la cobertura cada curso académico del puesto cuya vacante no podía ser ofrecida al empleo fijo, dadas las limitaciones presupuestarias existentes. Además, tampoco se puede hablar de situación de inseguridad del recurrente ya que desde el principio conocía el tiempo de duración de su nombramiento y el momento en que había de producirse el cese.

Se ha acudido a la figura del funcionario interino, recogida en los artículos 10.1.a) 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 (que se corresponde con igual precepto de la Ley 7/2007), 8 del DL autonómico 1/2008, y 23.2.a de la Ley gallega 2/2015, que la prevén precisamente para ese caso de existencia de puesto vacante, con dotación presupuestaria, cuando no es posible su cobertura por personal funcionario de carrera.

Por otra parte, si bien es cierto que esa necesidad se ha prolongado, se ha justificado que la Administración ha tratado de cubrirlo con funcionario/a titular, por lo que no puede tacharse de abusiva ni fraudulenta el sucesivo nombramiento anual del recurrente.

Tampoco se ha justificado la alegada vulneración de la normativa reguladora del personal funcionario interino, que la demandante argumentaba en base a que se ha rebasado el plazo máximo de tres años para convocar procesos selectivos en la especialidad de la demandante y por no sacar en las últimas ofertas de empleo público todas las plazas vacantes existentes. Y es que frente a ello cabe afirmar: 1º Ya hemos visto antes que sí se ha convocado proceso selectivo en la especialidad de la demandante dentro del plazo máximo de tres años, tratando de cubrir el puesto también en 2017 con la inclusión del mismo en un concurso de méritos, sin que se hubiera sido solicitado por funcionario de carrera alguno, 2º La falta de inclusión en la OEP de todas las plazas vacantes no podría dar lugar a que quien, como la demandante, ocupe una de ellas se convierta en funcionaria de carrera, vea transformada su relación en fija ni que haya de permanecer en el puesto de trabajo que actualmente ocupa con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad y las mismas causas y requisitos de cese que rigen para los funcionarios de carrera, por lo que no puede servir de fundamento para que prosperen las pretensiones articuladas por la demandante, y es que, tal como han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril, 12 y 20 de noviembre y 3 de diciembre de 2019, la superación del plazo de tres años, a que se refiere el artículo 70.1 del RDL 5/2015, no transforma automáticamente los contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos, 3º La potestad de autoorganización de la Administración le permite decidir la aplicación del sistema de provisión o selección para cubrir una vacante, lo que en el caso presente ha conducido a optar por el sistema de promoción interna primero y por la provisión por concurso de méritos después, sin que resulte relevante que ni en uno ni en otra se haya cubierto el puesto con funcionario de carrera, y 4º Ya hemos visto que en 2019 se ha iniciado un proceso de estabilización de empleo público del que se podrá beneficiar la actora.

Obviamente las funciones a realizar por los funcionarios interinos, con carácter general, son las propias del funcionario de carrera, así como las labores a desarrollar tienen por objeto satisfacer necesidades permanentes y estructurales anexas al puesto de trabajo que desempeñan, y lógicamente gozan de los mismos derechos que los funcionarios de carrera (artículo 10.5 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: " *A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera*"). Pero ello no puede justificar, sin más, el éxito de la pretensión actora, en modo alguno cabe apreciar que se actuara por parte de la Administración con fraude de Ley o con abuso de derecho a que hacen referencia los artículos del Código Civil 6.4) y 7.2) cuya estimación exige que se haya practicado una prueba plena que acredite sin género de dudas que por la Administración se ha actuado de forma irregular, bien haciendo una aplicación indebida de la norma a fin de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o por apartarse de los fines que debe de perseguir dirigidos hacia el interés público o general, argumentos que a su vez hacen decaer las referencias a las sentencias dictadas por los Tribunales



Superiores de Justicia que cita, en las que se aprecia actuación fraudulenta en la contratación de personal interino durante sucesivos años.

Ha de tenerse en cuenta que no resulta decisivo el hecho de que la recurrente cubra necesidades permanentes, puesto que el funcionario interino nombrado para plaza vacante, tiene encomendada las labores propias de un funcionario de carrera, y lógicamente estos están destinados a atender esas necesidades estructurales. Una cosa es que la plaza, por ser estructural, cubra necesidades permanentes del servicio educativo que la Administración ha de atender, y otra muy distinta que el nombramiento en favor de un interino, como el actor, tenga lugar con carácter definitivo pues, de hecho, es con carácter temporal para la cobertura coyuntural del puesto debido a que temporalmente no es posible que lo ocupe un funcionario de carrera, que es precisamente el supuesto previsto en el artículo 10.1.a del EBEP.

Todo lo expuesto, acredita, como la situación de la recurrente se adapta al régimen de los funcionarios interinos, recogido en el 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, y 23 y siguientes de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia. Y, del mismo modo, se adecúan a dicha regulación los sucesivos ceses que se iban produciendo, por finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento, con arreglo a los artículos 10.3 del RDL 5/2015 y 24.2.a y d de la Ley 2/2015.

Ninguno de los parámetros a los que la actora apela como de aplicación y citados en la sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 para determinar la existencia de abuso, puede entenderse concurren en el supuesto de autos.

Ni fraude en los nombramientos ni concatenación irregular de los mismos, por lo que no concurre el presupuesto en que se fundan las pretensiones del suplico de la demanda.

Este motivo de impugnación no puede servir a las pretensiones del recurrente.

QUINTO.- Sobre las pretensiones de reconocimiento de la condición de funcionario de carrera o de empleado público fijo.-

No puede prosperar.

Es cierto que en la cláusula 5ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se obligó a los Estados miembros a adoptar determinadas medidas para evitar la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, como podían ser el establecimiento de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o la conversión de la relación laboral temporal en indefinida, con la finalidad última de sancionar y estimular al empleador para que no incurra en dichas prácticas, a la vez que proteger al empleado que se encuentra en una situación de desamparo e incerteza.

Pero ya hemos expuesto en precedente fundamento jurídico la inexistencia de fraude ni abuso en la concatenación de contratos ofrecidos al recurrente.

Desde el momento en que no cabe apreciar abuso alguno en los sucesivos nombramientos ni fraude en los mismos, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende.

Como se expresa en sentencias de esta Sala y sección dictadas en os Procedimientos Ordinarios 407/2019 y 417/2019 *Desde el momento en que no cabe apreciar abuso alguno en los sucesivos nombramientos ni fraude en los mismos, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende. Queda cerrada de ese modo, en el caso presente, la posibilidad que dejan abiertas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 y la más reciente de 11 de febrero de 2021.*

De todos modos, aunque se hubiera apreciado aquel abuso y fraude en los distintos nombramientos, nunca cabría acoger la pretensión principal de conversión en funcionario de carrera, porque ello resultaría contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española , pues, conforme a los artículos 62 del RDL 5/2015 y 60 de la Ley 2/2015 , el único modo de adquirir la condición de funcionario de carrera es a través del cumplimiento de los requisitos y exigencias que dichos preceptos contemplan y, entre ellos, el de superar el correspondiente proceso selectivo, desarrollado de conformidad a los sistemas establecidos en los artículos 61.1 del EBEP y 57.1 de la Ley 2/2015 (oposición o concurso-oposición), entre los cuales no se prevé la inclusión en listas de funcionarios interinos o de vinculación temporal. Es más, el artículo 25.4 de la Ley 2/2015 establece que "La prestación de servicios en régimen interino no constituye mérito preferente para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera".



Carece de sentido en este caso la aplicación de los efectos de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15), máxime a la vista de la posterior sentencia de 5 de junio de 2018 del mismo Tribunal (asuntos Lucía Montero Mateos C 677/16, y Grupo Norte Facility, S.A. C 574/16), en lo que constituye un freno a la anterior tendencia.

Y hay Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que de manera expresa y directa, se apunta, a los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan esos contratos sucesivos, y así, la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2014, asuntos C-22/13, C-61/13 y C-62/13 (Caso Mascollo), dispone en sus Considerandos 102 y 103 que:

(102) *Se han de examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (véase, en este sentido, la sentencia Küçük, EU:C:2012:39 , apartado 40 y jurisprudencia citada).*

(103) *Por lo tanto, la existencia de una "razón objetiva" en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco excluye en principio la existencia de un abuso, salvo si un examen global de las circunstancias que rodean la renovación de los contratos o las relaciones laborales de duración determinada en cuestión revela que las prestaciones requeridas del trabajador no corresponden a una mera necesidad temporal (sentencia Küçük, EU:C:2012:39 , apartado 51).*

Planteamiento que también aparece en otras Sentencias del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea como son la Sentencia de 26 de enero de 2012 (asunto C-586/10, Bianca Küçük, Considerando 40) o la Sentencia de 3 de julio de 2014 (asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13 Fiamingo, Considerando 72).

Ni fraude en los nombramientos ni concatenación irregular de los mismos, ni el argumento ni la primera pretensión del recurrente puede ser estimada.-

Por otro lado, ni la Directiva comunitaria 1999/70/CE invocada, ni normativa nacional alguna, puede servir de sustento a la pretendida conversión de un interino en funcionario de carrera, ni la transformación de un vínculo temporal en fijo. La única categoría de empleado público fijo que existe en nuestro ordenamiento jurídico es la de funcionario de carrera; de acogerse la tesis de la parte actora se estaría creando una nueva categoría contraria a derecho.

Sobre este particular en sentencia de esta Sala y sección STYJ de Galicia dictada en el PO 432/2019 se indica:

"... De todos modos, aunque se hubiera apreciado aquel abuso y fraude en los distintos nombramientos, nunca cabría acoger la pretensión principal de conversión en funcionario de carrera, porque ello resultaría contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española , pues, conforme a los artículos 62 del RDL 5/2015 y 60 de la Ley 2/2015 , el único modo de adquirir la condición de funcionario de carrera es a través del cumplimiento de los requisitos y exigencias que dichos preceptos contemplan y, entre ellos, el de superar el correspondiente proceso selectivo, desarrollado de conformidad a los sistemas establecidos en los artículos 61.1 del EBEP y 57.1 de la Ley 2/2015 (oposición o concurso-oposición), entre los cuales no se prevé la inclusión en listas de funcionarios interinos o de vinculación temporal. Es más, el artículo 25.4 de la Ley 2/2015 establece que "La prestación de servicios en régimen interino no constituye mérito preferente para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera".

Tampoco resulta procedente el acogimiento de la pretensión subsidiaria relativa al reconocimiento de la condición de empleada pública fija, porque para la adquisición de esa condición siempre sería imprescindible la superación de un proceso selectivo, de modo que si no es como funcionaria de carrera sólo podría ser como personal laboral fijo y para ello resulta necesaria la selección por los sistemas de oposición o concurso-oposición o, excepcionalmente, por concurso de méritos, tal como se establece en el artículo 57.2 de la Ley 2/2015 ("El personal laboral fijo puede ser seleccionado por los sistemas de oposición o concurso-oposición, con las características establecidas en el artículo anterior, o, excepcionalmente, por el sistema de concurso de valoración de méritos").

....(...) Por lo demás, aunque se pudiera acoger la pretensión del reconocimiento de la condición de empleada pública fija, lo que no cabría es la pretendida permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa, ya que incluso a quienes superan el proceso selectivo no se les puede garantizar un puesto concreto, pues lo que se logra es una plaza que no se concreta en un puesto concreto hasta que, finalizado todo el proceso selectivo, se convocan puestos específicos, debiendo tener presente que entre la convocatoria y la culminación del proceso selectivo son muchas las variaciones e incidencias que pueden producirse en torno a las plazas a cubrir en su día.



Incluso para la estimación de la última petición subsidiaria contenida en el suplico de la demanda, es decir, el mantenimiento en el puesto que ocupa hasta la cobertura definitiva o amortización, sería imprescindible la constatación previa de la utilización abusiva de los sucesivos nombramientos, tal como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo nº 1425/2018, de 26 de septiembre, y ya hemos visto que en el caso presente no existe base para dicha apreciación...."

Tampoco puede prosperar el argumento ni la pretensión.

Procede la desestimación del recurso.

SEXTO .- Costas.-

Dispone el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 11 de octubre, que, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

No concurriendo en el caso ninguna de las circunstancias que justifiquen la no imposición, han de imponerse al recurrente las costas de esta primera instancia, al desestimarse totalmente el recurso, si bien en la cuantía máxima de mil quinientos euros (apartado 4 del artículo citado), comprensiva del total de los honorarios de defensa y representación.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación legal de **Dña Emma** *contra resolución de 18 de septiembre de 2019* dictada por el Director Xeral de Centros e Recursos Humanos de la Consellería de Educación, Universidad e Formación Profesional de la Xunta de Galicia, por la que se deniega la solicitud de que se reconozca a la recurrente la condición de funcionario de carrera/empleador público fijo de la Xunta de Galicia ...(...).

Con imposición de costas en los términos fijados.

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 (1570-0000-85-0429-19), 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 se acuerda, manda y firma.