



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL A
CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA S/N
15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 Fax: 881-881133/981184853

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003442 /2020 PM

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000842 /2019

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS DA XUNTA DE GALICIA

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

RECURRIDO/S D/ña: ██████████

ABOGADO/A: GERMAN VAZQUEZ DIAZ

**ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO
PRESIDENTE**

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

Ilmo. Sr. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a diecinueve de mayo de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 3442/2020, formalizado por la AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS DA XUNTA DE GALICIA, contra la sentencia número 151/20 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de LUGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 842/2019, seguidos a instancia de ██████████ ██████████ ██████████ frente a AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS DA XUNTA DE GALICIA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a ██████████ presentó demanda contra AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS DA XUNTA DE GALICIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado

Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiuno de abril de dos mil veinte.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.-D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] mayor de edad, con DNI [REDACTED], presta servicios por cuenta y orden la AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS, con la categoría profesional de legoeiro, en virtud de un contrato temporal celebrado el 27 de junio de 2001. La causa de celebración del contrato temporal era la de cubrir temporalmente el puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (cláusula sexta del contrato). La duración del contrato se extenderá desde el día 1 de julio de 2001 hasta la cobertura de la plaza o amortización o reconversión de esta por los procedimientos legalmente establecidos (cláusula tercera del contrato). SEGUNDO.-El contrato de 27 de junio de 2001 fue celebrado entre el actor y la CONSELLERÍA DE POLÍTICA TERRITORIAL Y OBRAS PÚBLICAS (contrato). Posteriormente el trabajador fue traspasado a la AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS con efectos económicos desde el 1 de febrero de 2012 y efectos administrativos desde el 20 de enero de 2012 (folio 20). TERCERO.-La AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS es una agencia pública autonómica que se encuadra dentro de las entidades públicas instrumentales reguladas en el TITULO III de la Ley 16/2010 de organización, funcionamiento de la Admón General y del sector autonómico de Galicia. La AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS está adscrita a la Consellería competente en materia de infraestructuras, tiene personalidad jurídica propia, patrimonio y tesorería propias y autonomía en su gestión, dentro de los límites establecidos en la Ley. CUARTO.-El actor presentó recurso de alzada ante la AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS el 23 de octubre de 2019 solicitando el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo. QUINTO.-El actor está afiliado al sindicato CIG sin que conste que ostente o haya ostentado cargo de representación de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la AXENCIA GALEGA DE INFRAESTRUCTURAS DE LA XUNTA DE GALICIA y debo declarar y declaro que el carácter



indefinido de la relación laboral desde la fecha de contratación, con los derechos inherentes a tal condición.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la demandada la Sentencia estimatoria de la demanda, solicitando -vía artículo 193.a) LJS- la reposición de las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión (artículo 87.3 LJS en relación con los artículos 218, 1 y 2 LEC y 24 CE), la alteración -a través del artículo 193.b) LJS- del relato histórico y denunciando -por el cauce del artículo 193.c) LJS- la infracción del artículo 4.2.b) RD 2720/98, 3 RDL 20/2011 y STS 24/04/19; y los artículos 23 Ley 2/2008, artículo 23 Ley 26/2009, y los equivalentes a las LPGE 2013 a 2017.

SEGUNDO.- Respecto del motivo de nulidad, con ser cierto o, más adecuadamente, con poder ser cierta la concurrencia de una incongruencia por exceso, debemos destacar que en el suplico del recurso no se pide la nulidad de la sentencia, cuando, de estimarse dicha infracción de las normas del procedimiento, la consecuencia anudada es indefectiblemente la nulidad de la sentencia y la retroacción de las actuaciones al momento de dictarla. En este punto, hemos de recordar que el expediente de nulidad -no lo olvidemos- constituye «un remedio último y de carácter excepcional que debe operar únicamente en aquellos supuestos en que la falta de fundamentación causa indefensión» (SSTS 11/12/03 Ar. 2004/2577; y 30/01/04 -rcud 3221/02-) -conforme al artículo 240.3 LOPJ-, y, además, como ya apuntábamos en otras ocasiones (entre otras, SSTSJ Galicia 10/12/19 R. 4573/19, 19, 21/03/19 R. 4230/19, 20/03/19 R. 4770/18, 06/11/18 R. 2341/18, 27/10/17 R. 3343/17, etc.), debe que tenerse presente -las afirmaciones se han hecho respecto del recurso de casación, pero son extrapolables al de suplicación- que el Tribunal no puede asumir una función de defensa material de la parte, con quiebra del principio de imparcialidad inherente a la función de juzgar e improcedente aplicación del principio «da mihi factum, dabo tibi ius», que es ajeno al recurso extraordinario [STS 30/03/05 -rcud 226/04], por su carácter acentuadamente técnico-jurídico y

hallarse sometido a motivos legalmente regulados que han de ser objeto de la exposición correspondiente, lo que determina que «los poderes de la Sala están limitados por los motivos del recurso», de modo que «no puede ésta de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 27/04/05 -rcud 4596/03-; 16/01/06 -rcud 670/05-; 07/07/06 -rcud 1077/05-; y 30/05/07 -rco 167/05-). En definitiva, en trámite de recurso, aunque se denuncie infracción determinante de nulidad, si en el suplico no se solicita tal declaración el motivo se hace inviable, porque la nulidad no puede ser acordada de oficio por respeto al principio de congruencia (STS 25/09/03 -rco 147/02-). Por lo tanto, el motivo de nulidad debe rechazarse.

TERCERO.- 1.- Centrados en el campo jurídico, la recurrente incurre en una evidente contradicción, porque -por una parte- afirma que la decisión de la Instancia de excluir la relación del EBEP es la correcta, pero -por otra parte- en el recurso se funda en el EBEP y la doctrina dictada por los tribunales sobre la interpretación del plazo de 3 años prevista. En todo caso, el plazo que se plasmado en hechos probados (veinte años de interinidad) es -a todas luces- excesivo y revela un fraude en el uso de la figura contractual elegida [artículo 4.2.b) RD 2720/98], pues desde 2001 -y hasta 2012 no estaría vigente la suspensión de la contratación pública- la entidad pública ha tenido tiempo suficiente para proveer dicho puesto, con lo que la relación laboral del Sr. [REDACTED] ha devenido indefinido no fijo.

2.- A mayor abundamiento y pese a que no le resulte aplicable el EBEP, sí es posible la proyección a su caso del criterio sostenido sobre la interpretación de los contratos de interinidad por vacante en el sector público. Es preciso recordar que una consolidada línea jurisprudencial (SSTS 14/07/14 -rcud 1847/13-; 15/07/14 -rcud 1833/13-; 10/10/14 -rcud 723/13-; y 14/10/14 -rcud 711/13-) lo ha fijado en el sentido siguiente: siquiera -en principio- ese contrato de interinidad no puede convertirse en indefinido por el mero transcurso del tiempo, el EBEP ha venido a fijar un plazo máximo de tres años que permite entender superada la doctrina jurisprudencial anterior. Esta doctrina considera, en aplicación del artículo 70.1 EBEP y el artículo 4.2.b) RD 2720/1998, que la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta. Marco sobre el que ha venido a incidir la STS 24/04/19 -rcud 1001/17- (en doctrina reiterada por SSTS



09/05/19 -rcud 1154/2018-; 22/05/19 -rcud 1336/2018; [...]; 26/07/19 -rcud 1058/18-; 19/09/19 -rcud 3975/17-; 24/09/19 -rcud 1339/18-; 25/09/19 -rcud 1472/18-; 25/09/19 -rcud 3203/18-;...), que supone una matización de la línea jurisprudencial ya vigente y cuya única particularidad respecto de lo anterior es que «[e]l plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. Además, la citada STS cifra el fraude en una duración inusualmente larga (parece establecerse en diez años), lo que se recogía ya en la STJUE 05/06/18, asunto *Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social*, C-677/16, al indicar que corresponde a los tribunales nacionales examinar si deben recalificar el contrato temporal como fijo, habida cuenta de la imprevisibilidad de su finalización «y de su duración, inusualmente larga» (ap. 64). Esto significa que son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión.

Porque, como ha alertado la STJUE 19/03/20, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/2018, hay una imposibilidad de que los contratos de interinidad fraudulentos gocen de cobertura desde la perspectiva de la Directiva 199/70/CE y ha considerado como fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que, en plazos razonables, se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo. Una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o durante un período injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta.

A esta evolución se han sumado las SSTS 16/07/20 -rcud 1754/18- y 10/06/20 -rcud 3869/18-, que imprimen un cambio a la cuestión aquí debatida -pese a lo que argumenta-, habida

cuenta que desestima la indefinición de una Cocinera que había prestado servicios para la Junta de Andalucía desde 2006 en virtud de un contrato de interinidad, sin que durante los catorce años se hubiese convocado la plaza, porque en ese cómputo deben excluirse los periodos en los que hubo prohibición de convocatoria de plazas públicas. En palabras del TS, «las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre y la Ley 22/2013, de presupuestos generales, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo, aunque fuese temporal y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 de Real Decreto Ley 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013). En efecto, los arts. 23 de las LPGE 2/2012, 17/2012, 23/2013 y el art. 21 de la LPGE 36/2014 congelaron totalmente la oferta de empleo en el período 2012-2015, admitiéndose porcentajes muy reducidos en los años 2009-2011: 30% en 2009 (art. 23 LPGE 2/2008; 15% en 2010 (art. 23 LPGE 26/2009) y 10% en 2011 (art. 23 LPGE 39/2010), lo cual permite descartar que el retraso en la cobertura definitiva de la plaza de la demandante constituyera fraude de ley o abuso de derecho», añadiendo que «[l]o dicho hasta aquí no lo contradice la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal de 10 de diciembre de 2018 (R. 129/2016), porque precisamente, lo que hace es confirmar la anulación de ciertas Ordenes que convocaban concursos para ejecutar ofertas públicas de empleo por la demora en esas convocatorias y porque esa ejecución la habían suspendido normas presupuestarias por motivos económicos que habían entrado en vigor antes de la convocatoria».

Todo lo cual significa en nuestro particular caso concreto, que el actor, que viene ocupado una plaza como Legoeiro desde junio/2001 bajo la modalidad de interinidad por vacante, ha convertido su contrato en uno indefinido no fijo, pues, por una parte, temporalmente se trata de un tiempo excesivo -como el que habla el TJUE- y, por otra parte, parece concurrir el fraude, desde el momento en el que no ha habido en estos veinte años ni un solo intento de convocar la plaza.

CUARTO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la



cantidad de 750 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (artículo 235 LJS). En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por la XUNTA DE GALICIA, confirmamos la sentencia que con fecha 21/04/20 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Lugo, a instancia de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y por la que se acogió la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (750€) al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el n° **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n° del recurso y dos dígitos del año del mismo.**
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

