



Roj: **STSJ GAL 675/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:675**

Id Cendoj: **15030330012017100078**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2017**

Nº de Recurso: **320/2016**

Nº de Resolución: **49/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA : 00049/2017

PONENTE: DOÑA DOLORES RIVERA FRADE RECURSO DE APELACION 320/2016

APELANTE: Concello de A Coruña

APELADA: Doña Tomasa

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Fernando Seoane Pesqueira

presidente

Doña DOLORES RIVERA FRADE

Don Julio César Díaz Casales

A CORUÑA , 1 de febrero de 2017.

En el Recurso de apelación **320/2016** pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por el Concello de A Coruña, representado por el Letrado de los servicios jurídicos de ese ayuntamiento, contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2016 dictada en el procedimiento abreviado 103/2016 por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 4 de los de A Coruña sobre cese de interino. Es parte apelada Doña Tomasa , representada por el procurador Don Javier Garaizabal García de los Reyes y asistida de la letrada Doña Elena María Díaz Valverde.

Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. DOLORES RIVERA FRADE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Tomasa , representada por el procurador D. Javier Garaizabal García de los Reyes y bajo la dirección letrada de Doña Elenena Díaz Valverde, frente al Concello de A Coruña, representado y bajo la dirección de la letrada de sus servicios jurídicos, Doña María José Macías Mourelle, contra la resolución de la Concejala de Hacienda y Administración por delegación de la Junta de Gobierno Local de fecha 29 de septiembre de 2015 por la que se acuerda finalizar el proyecto temporal del Servicio de Medio Ambiente "Tramitación de procedimientos



administrativos y de gestión informática para la Sección de Servicios Funerarios", que finalizará el 31 del mismo mes. Anular el cese de la demandante realizado con efectos de 31 de diciembre de 2015. Condenar a la Administración demandada a reponer a la demandante en su puesto de trabajo de auxiliar de cementerios del Ayuntamiento de A Coruña, sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia. Desestimar la pretensión indemnizatoria de la demanda, en los términos indicados en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Cuarto".

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 JURÍDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en cuanto no se contradigan con los que se pasan a exponer a continuación:

PRIMERO .- Objeto del recurso de apelación:

Los servicios jurídicos del Concello de A Coruña recurren en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de A Coruña recaída en los autos de procedimiento abreviado número 270/15, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por Doña Tomasa contra la resolución de la Concejala de Hacienda y Administración del Concello de A Coruña, por delegación de la Junta de Gobierno Local, de fecha 29 de septiembre de 2015, que acuerda autorizar la última prórroga, por un plazo máximo de tres meses (hasta el 31 de diciembre de 2015) del nombramiento de la técnico auxiliar de cementerios Doña Tomasa como funcionaria interina para la realización de las acciones y trabajos necesarios para finalizar el programa temporal denominado "Tramitación de procedimientos administrativos y de gestión informática para la Sección de Servicios Funerarios" que finalizaba el 31 de diciembre de 2015; y contra el acuerdo de 4 de diciembre de 2015 de la Conselleira delegada de Facenda e Administración del Concello de A Coruña de finalización del proyecto temporal del Servizo de Medio Ambiente "Tramitación de procedimientos y de gestión informática para la Sección de Servicios Funerarios".

La sentencia de instancia anula el cese de la Sra. Tomasa , realizado con efectos de 31 de diciembre de 2015, y condena al Concello de A Coruña a reponerla en su puesto de trabajo de auxiliar de cementerios del Concello, sin perjuicio de que la Administración municipal provea la plaza mediante el correspondiente procedimiento de concurrencia competitiva, o la amortice; desestimando la pretensión indemnizatoria ejercitada en la demanda, de ahí la estimación parcial del recurso.

Los antecedentes que tuvo en cuenta la juzgadora de instancia para llegar a la solución estimatoria del recurso en cuanto dirigido frente al acuerdo de cese, se reflejan en la propia sentencia, y se pueden resumir de la siguiente manera: la Sra. Tomasa vino siendo contratada por el Ayuntamiento, vinculando los contratos a un programa temporal denominado "tramitación de procedimientos administrativos y de gestión informática para la sección de cementerios". Sin embargo la trabajadora venía desarrollando las funciones de auxiliar de cementerios, realizando trabajos estructurales hasta el extremo de realizar guardias de sábados como los demás compañeros así como horas extraordinarias, de manera que fue contratada como interina para desarrollar un trabajo temporal, pero desarrolló el trabajo estructural del puesto de trabajo al realizarse no solo el volcado informático de las fichas existentes, sino también el trabajo de altas y bajas, de actualizaciones de precios, y en definitiva, la trabajadora no desarrollaba un trabajo puntual para la puesta al día de los ficheros, sino que tramitaba los expedientes completos, de modo que los sucesivos llamamientos respondieron a una necesidad estructural que se prolongó durante más de siete años.

Concluye la juzgadora a quo, que en el presente caso se ha producido una desviación de poder toda vez que un puesto de trabajo que debería de estar siendo cubierto por personal fijo se estuvo cubriendo con contratos de naturaleza temporal, o bajo el título de programa temporal, consiguiendo un resultado no querido por la norma, ya que desde su creación en la RPT nunca se ha realizado convocatoria para su cobertura, siendo desarrolladas sus funciones por la Sra. Tomasa .

Y en cuando a las consecuencias jurídicas de este proceder, la juez de instancia sostiene que nos encontramos ante lo que pudiéramos reputar como una relación jurídica indefinida temporal, que por su naturaleza priva de virtualidad a la cláusula temporal de duración prevista en el nombramiento suscrito entre las partes, por lo que el cese de la Sra. Tomasa en el puesto de trabajo litigioso solo puede venir determinado por la cobertura en propiedad de la plaza o por su amortización.

SEGUNDO .- Motivos del recurso de apelación:



En el recurso de apelación el Concello de A Coruña destina un primer antecedente de hecho a reflejar la trayectoria laboral de la Sra. Tomasa desde que comenzó a prestar servicios en la Corporación municipal en el año 1987, bajo tres vínculos diferentes: El primero bajo la modalidad de contrato laboral temporal, que abarcó el periodo temporal comprendido entre el 21 de mayo de 1987 al 25 de enero de 1988. El segundo como personal eventual, que abarcó el periodo comprendido entre el año 1988 al 2009. Y el tercero

-objeto de discordia en este procedimiento- que abarcó el periodo comprendido entre el 20 de julio de 2009 hasta que el 31 de diciembre de 2015, como funcionaria interina para la ejecución del programa de carácter temporal a que se refiere la presente litis.

A continuación, el Concello apelante invoca como motivos en los que se apoya para solicitar la revocación de la sentencia de instancia, los siguientes:

1) Infracción de los preceptos que rigen el cese de funcionarios interinos, así como de las normas que rigen el acceso a la condición de funcionario interino.

Bajo este apartado alega en síntesis, que el puesto que figura en la RPT con la denominación de Auxiliar de cementerios fue introducido en la reforma aprobada por resolución de la Junta de Gobierno Local de 18 de diciembre de 2009, tratándose de un puesto de trabajo incardinado en el Subgrupo C2 y con nivel 18 de complemento de destino, pero el puesto que desempeñaba la recurrente no era este, sino el de técnico auxiliar de cementerios incardinado en el Subgrupo A2 nivel 14 de complemento de destino, asociado a la ejecución de un programa temporal, con unos cometidos claramente delimitados en la Memoria (proceso de informatización y volcado de datos). Y la causa del cese de su nombramiento vino motivada por la finalización del programa temporal al que estaba asociado el puesto ocupado por la Sra. Tomasa .

2) Incongruencia extra petita en la que incurre la sentencia de instancia, al conceder algo distinto de lo pedido, con infracción de los artículos 33.1 de la LJCA y 216 de la LEC .

Bajo este apartado los servicios jurídicos del Concello alegan que en el caso que nos ocupa existe un claro desajuste entre lo solicitado en la demanda (que vincula a la recurrente al puesto de técnico auxiliar de cementerios) y lo concedido en sentencia (que condena al Ayuntamiento a reponer a la actora al puesto de Auxiliar de cementerios), cuando ambos se trata de dos puestos diferenciados.

3) Por último, alega una indebida aplicación de la jurisprudencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo.

Bajo ese apartado el Concello de A Coruña argumenta en su defensa que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se hace referencia en la sentencia de instancia, se dictó en aplicación de lo previsto en el artículo 15.3 del ET , que consagra el principio de que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley; pero que similar pronunciamiento no se contiene en las normas reguladoras de la función pública, por lo que no resultan de aplicación las consecuencias que tiene para las Administraciones Públicas por indebida contratación de los trabajadores.

TERCERO .- Normativa de aplicación:

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 artículo 10 ofrece una regulación de los Funcionarios interinos y de las causas de la interinidad, estableciendo en su apartado primero que:

"Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: (...) c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto".

En cuanto al cese de los funcionarios interinos, el apartado tercero del mismo artículo establece que:

"El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento".

Y ya específicamente por lo que se refiere al personal interino que ha sido designado para la ejecución de programas de carácter temporal, el apartado sexto establece que:

" El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter



temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas".

Este precepto se corresponde con el homólogo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, solo que en su redacción originaria fue objeto de modificación por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

Ya la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en su artículo 9.1 (Personal estatutario temporal), admitía la posibilidad de nombramiento de este tipo de personal "para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario".

Respecto de la redacción originaria del artículo 10 del EBEP, la Ley 15/2014 sujetó los nombramientos de interinos a un límite temporal cuando la causa de la interinidad sea la ejecución de programas de carácter temporal, impidiendo que estos nombramientos tengan una duración superior a tres años "ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto". Esta última previsión se ha traducido en la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, en la posibilidad de que esa ampliación hasta doce meses más, sea decidida por la propia Administración si así lo justifica la duración del correspondiente programa.

Y es que, con el EBEP en el año 2007 se incorporó la posibilidad de acudir al nombramiento de funcionarios interinos en supuestos que fuesen más allá de los contemplados en la vieja legislación "por razones de urgencia y necesidad", buscando con ello el legislador una solución al desarrollo de programas, proyectos, y en general actividades que no tienen vocación de permanencia sin necesidad de crear un vínculo funcional fijo con el personal nombrado para desarrollarlas, de manera que la situación de interinidad debe cesar una vez que finalice el plazo de vigencia del programa.

En la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaria General para la Administración Pública, por la que se publicaron las Instrucciones de 5 de junio de ese mismo año, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, se decía, a propósito de estas nuevas causas de interinidad (apartados c) y d) del artículo 10.1 del EBEP), que el objetivo que se pretendía conseguir era reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción.

La redacción del artículo 10.1 del EBEP, unida a la modificación que tuvo lugar en el año 2014, ponen de manifiesto que la nueva causa de interinidad recogida en el apartado c) del precepto, busca un objetivo muy claro: ejecutar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades no permanentes, que se adapten a los objetivos del programa. Lo cual ha de tener, a su vez, reflejo en el procedimiento de selección del/os funcionario/s interino/s que lo vayan a desarrollar, de manera que el procedimiento de selección debe adaptarse a tales objetivos y no a las características de algún puesto de trabajo de la Administración que lo aprueba.

En cuanto a la nota de temporalidad, estos programas deben tener una temporalidad predefinida, como ya advertía la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, en cuyo informe se recogen dos sugerencias al respecto: que estos programas deben de tener una duración determinada a priori, y que debe quedar prohibido el nombramiento de interinos para programas que se prorroguen o que reiteren otros inmediatamente anteriores de similar contenido, pues en este último caso lo que procede es una planificación que conduzca al nombramiento de personal fijo.

CUARTO.- Antecedentes que resultan de lo actuado en el expediente administrativo y de la prueba practicada:

Los antecedentes que resultan de lo actuado en el expediente administrativo y de la prueba practicada se pueden resumir de la siguiente manera:

El 19 de mayo de 2009 se publicaron las bases de selección de un técnico auxiliar de cementerios para su nombramiento como funcionario interino para la ejecución del programa temporal "tramitación de procedimientos administrativos y de gestión informática para la sección de servicios funerarios", de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1 c) del EBEP ; procedimiento en el que participó la Sra. Tomasa , resultando seleccionada para ocupar el puesto convocado.

En la memoria de convocatoria de este puesto de trabajo se trata de justificar la necesidad de acudir a la causa de interinidad prevista en el artículo 10.1 c) del EBEP, al objeto de llevar a cabo la gestión de los expedientes administrativos que se incoasen en el ejercicio de su competencia en la sección de servicios funerarios, así como control y actualización de la Unidad Fiscal, base de la expedición de la Tasa anual de cementerios.

En la memoria se dice que con este programa se pretende una gestión moderna, ágil, eficaz y económica de la gestión administrativa y de los archivos generales de los cementerios dependientes del Concello de A Coruña,



que facilitaría su interconexión con otros departamentos municipales, principalmente el área económica, en especial la gestión de la tasa anual que por custodia y vigilancia de cementerios se giran a los contribuyentes, así como para las tasas correspondientes y gestión administrativa concreta de los cambios de titularidad, conducción de cadáveres, aperturas y adjudicaciones de instalaciones funerarias, y demás.

Esta gestión se hacía necesaria teniendo en cuenta que en los tres cementerios municipales existen alrededor de 30.000 instalaciones funerarias (nichos, panteones, sepulturas, ceniceros, etc) cada una de las cuales tiene su correspondiente ficha histórica en la que figuran los titulares actuales, los anteriores, actualizaciones, enterramientos, etc..., y en especial en el Cementerio de San Amaro (23.000 instalaciones funerarias, aproximadamente) se llevaba un sistema de registro prácticamente decimonónico, cuando tal número de instalaciones conlleva una serie de trámites que dan lugar a la incoación de expedientes administrativos como cambios de titularidad, prórrogas, renunciaciones, caducidades, ampliaciones, etc.

En el acta de toma de posesión de la Sra. Tomasa en el puesto litigioso (acta que toma de posesión que tuvo lugar el día 20 de julio de 2009), se indicaba que tomaba posesión en una plaza de técnico auxiliar de cementerios (C2-14) como funcionaria interina en base a lo dispuesto en el artículo 10.1 c) de la Ley 7/2007 por un periodo aproximado de un año, y en todo caso hasta la finalización de los trabajos objeto del programa.

Unos meses más tarde, en la RPT publicada en BOP de A Coruña de 29 de diciembre de 2009, se creó el puesto de trabajo de auxiliar de cementerios, Grupo C2, nivel 18, que junto con los dos de auxiliar para atención al ciudadano, constituyen las tres únicas plazas de auxiliar de cementerios que se recogen en la RPT, las tres pertenecientes al Grupo C2, nivel 18.

Las funciones que llevaba aparejado el puesto de auxiliar de cementerios Grupo C2, nivel 18, creado en la RPT del año 2009 son las que figuran en la propuesta de creación del puesto firmada por el Jefe de sección de servicios funerarios, a saber: tramitación de ampliaciones y prórrogas de las distintas instalaciones funerarias, tramitación de renunciaciones y declaraciones de caducidad de las distintas instalaciones funerarias, expedición de títulos en régimen de concesión de las anteriores, así como de sus duplicados, autorizaciones de entrada con vehículo al Cementerio de Feans, autorizaciones de recogida de huesos, actualización y coordinación de los procesos informáticos con el correspondiente Departamento Municipal de Informática, gestión informática de registro de instalaciones funerarias de los 3 cementerios municipales, coordinación informática con el Departamento de gestión informática, gestión de asuntos generales, registro informático de entrada y salida de cementerios, solicitud de material de oficina para los distintos cementerios municipales, colaboración en la relación del resto de asuntos competencia de la sección, casos de ausencia, enfermedad, etc., de alguna de las personas adscritas a la sección, en especial en materia de atención al público, y aquellas otras que pueda encomendarle la Jefatura de sección dentro del ámbito competencial correspondiente.

Por lo que al nombramiento de la Sra. Tomasa como funcionaria interina se refiere, obran unidas a las actuaciones las propuestas firmadas por el Jefe de sección de servicios funerarios que se fueron sucedieron en el tiempo a medida que se acercaba el vencimiento del plazo de duración de su nombramiento, con el objeto de proponer su prórroga.

En estas propuestas se identifica el puesto que venía ocupando la interina como de auxiliar de cementerios, y en ellas se trataba de justificar la prórroga de su nombramiento, en el hecho de que de no continuar con sus funciones, las actuaciones que le eran encomendadas quedarían paralizadas, pues el resto del personal adscrito a la sección tiene la categoría de auxiliar administrativo de atención al ciudadano y su trabajo consiste en el 95 % de su actividad a atender al público y funerarias, tramitación de enterramientos, expedición de documentos de titularidad, placas, lápidas, etc... no pudiendo por tanto encargarse de la gestión administrativa, tramitación de los asuntos ordinarios, como cambios de titularidad, prórrogas, renunciaciones, informes jurídicos, contrataciones, etc..., cuando además la Sra. Tomasa formaba parte de las guardias de los cementerios, tampoco podría actualizarse el soporte informático necesario para la tasa anual, así como los ingresos municipales en materia de prórrogas, cambios de titularidad, etc. Así se hace constar en la propuesta de 2 de diciembre de 2011.

En los siguientes informes-propuesta de prórroga, como el de 21 de junio de 2012, se trata de justificar su necesidad, no ya en la continuidad de la gestión ordinaria del servicio, sino en que el proceso de volcado de datos en el programa informático de cementerios no había concluido, estimando su finalización alrededor del último trimestre "del año en curso", "no pudiendo preverse un periodo mínimo de tiempo (propuesta de 17 de septiembre de 2012), "estando su próxima finalización en un plazo aproximado de seis meses" (propuesta de 19 de diciembre de 2012), "el último trimestre del año en curso" (propuesta de 31 de mayo de 2013), "alrededor del primer semestre del próximo año" (propuesta de 24 de febrero de 2014). Y en el informe final de 2 de marzo de 2015 se propone la prórroga para tramitar la caducidad de las instalaciones que existen en los cementerios municipales, en una duración de entre 12 y 18 meses.



Y en base a todas estas propuestas la Junta de Gobierno local del Concello de A Coruña fue autorizando la continuidad del nombramiento de la Sra. Tomasa como funcionaria interina (acuerdos de 21 de mayo de 2010, 12 de julio de 2011, 15 de diciembre de 2011, 11 de mayo de 2012, 14 de junio de 2012, 14 de septiembre de 2012, 17 de diciembre de 2012, 4 de junio de 2013, 3 de marzo de 2014, 12 de marzo de 2015, y 29 de septiembre de 2015); acuerdos a los que precedieron las correspondientes propuestas favorables de la Jefa de Departamento de Gestión de Recursos Humanos del Concello.

Finalmente, por acuerdo de 4 de diciembre de 2015 la Concelleira delegada de Facenda e Administración del Concello acordó finalizar el proyecto temporal del Servizo de Medio Ambiente "Tramitación de procedimientos y de gestión informática para a Sección de Servizos Funerarios" al transcurrir el plazo señalado para su finalización, y cesar a la Sra. Tomasa con efectos del día 31 de diciembre de 2015, como funcionaria interina con cargo a lo dispuesto en los artículos 23.2 c) y 24 de la ley 2/2015, de 29 de abril, y en el artículo 10.1 c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, al finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento.

QUINTO.- Sobre el carácter fraudulento de la actuación municipal en los nombramientos de Doña Tomasa :

Los antecedentes que se reflejan en el precedente razonamiento jurídico, puestos en relación con la normativa aplicable, son claramente indicativos de que la sentencia de instancia no ha infringido los preceptos que rigen el cese de los funcionarios interinos, ni los que rigen el acceso a la condición de funcionario interino.

Por el contrario, ha sido la Administración municipal apelante la que los ha infringido, pues con su actuación, nombrando a la Sra. Tomasa para el desarrollo de un programa que respondía a necesidades de carácter permanente, y permitiendo que esa situación se prolongase durante siete años, ha contravenido lo dispuesto en la Ley, y el espíritu de la norma.

Los servicios jurídicos del Ayuntamiento reprochan la afirmación que se contiene en la sentencia de instancia según la cual el puesto de auxiliar de cementerios no se ha cubierto por funcionario alguno, ni se ha amortizado, y que sus funciones fueron desarrolladas por la Sra. Tomasa hasta el momento del cese.

Frente a esta afirmación alegan que la prueba practicada no permite extraer ninguna de estas conclusiones. Pero debe referirse a la última, pues lo que no puede negar la Administración municipal es que el puesto de auxiliar de cementerios creado en la RPT de diciembre de 2009, está vacante, y no ha sido amortizado.

Y en cuanto a la afirmación de que las funciones de ese puesto fueron desarrolladas por la Sra. Tomasa hasta el momento del cese, no solo resulta así del testimonio del Jefe de sección de servicios funerarios en el acto de la vista oral, sino también de lo actuado en el expediente administrativo y de la propia memoria de convocatoria del puesto litigioso. Aunque en ella se diga que su objetivo iba encaminado a conseguir una gestión moderna, ágil, eficaz y económica de la gestión administrativa y de los archivos generales de los cementerios dependientes del Concello, lo cierto es en ese programa se incluyen funciones de tramitación de procedimientos administrativos, como su propio nombre indica "Tramitación de procedimientos administrativos (...)", que su propia naturaleza representan funciones de gestión ordinaria, de las que forman parte trámites que se indican en la memoria como integrantes del programa de ejecución temporal aprobado: los trámites que dan lugar a la incoación de expedientes administrativos como cambios de titularidad, prórrogas, renunciaciones, caducidades, ampliaciones, etc.

Pero es que además estas funciones eran prácticamente coincidentes con las que se recogían en la propuesta de creación del puesto de trabajo de "Técnico Auxiliar de Cementerios" elaborada por el Jefe de sección de servicios funerarios el día 20 de noviembre de 2009, y que sirvió de precedente a la creación del puesto de auxiliar de cementerios en la RPT publicada el mes siguiente.

De tal manera resulta que las funciones que llevaba aparejado el puesto convocado de técnico de auxiliar de cementerios, a ocupar por funcionario interino, iban más allá del "volcado de datos informáticos y grabación en la sección de servicios funerarios", a que alude el oficio firmado por el jefe de sección de servicios funerarios el día 1 de abril de 2009, o el firmado por el Jefe de departamento de equipamiento.

En el informe emitido por el Jefe de sección de servicios funerarios de 17 de diciembre de 2015 se dice que la Sra. Tomasa, con independencia de planes o programas relacionados con necesidades específicas y temporales, ha venido desempeñando desde hace 25 años (se incorporó a cementerios en mayo de 1990) las competencias propias del cargo de auxiliar administrativo, cubriendo por tanto las necesidades estructurales dentro de la sección, llevando la tramitación ordinaria de expedientes administrativos, tales como cambio de totalidad de instalaciones funerarias, prórrogas, ampliaciones, renunciaciones, caducidades, así como el soporte informático del archivo de cementerios, y así como la elaboración y archivo informativo, en colaboración con el Jefe de la sección, de pliegos de diversas contrataciones, resoluciones de recursos, informes varios, redacción de varios proyectos de ordenanza municipal, etc... y desde el año 2011 viene formando parte de las guardias de cementerios que se realizan los sábados, domingos y festivos de todo el año sin excepción.



En efecto, así resulta también de la documentación complementaria aportada. Su análisis permite comprobar que ya en los años 2004 a 2008, la Sra. Tomasa prestaba servicios en la sección de cementerios habiéndose autorizado en varias ocasiones la percepción de horas extraordinarias; coincidiendo sorprendentemente dicho periodo con aquel en el que estaba vinculada al Concello por un nombramiento como personal eventual.

En el acto de juicio el jefe de sección de servicios funerarios ha sido, si cabe, más explícito en su testimonio, reforzando lo informado por escrito en el expediente administrativo y demás documentación aportada al procedimiento, con los siguientes datos: que Doña Tomasa vino desempeñando las funciones de auxiliar administrativo de cementerios desde el año 1990, con desarrollo de las funciones de gestión ordinaria de la sección; que esas funciones coinciden con las del puesto de trabajo credo en el RPT del año 2009, ampliándose incluso en fechas posteriores para extenderse a funciones informáticas y de gestión de personal de oficios (calendarios, altas, bajas, moscosos, etc), y que la situación actual del departamento es de colapso, pues al permanecer vacante el puesto de auxiliar de cementerios no hay ningún funcionario que desarrolle las funciones que venía desempeñando la Sra. Tomasa, al no poder hacerlo los otros dos auxiliares, que centran su actividad en la atención al público.

En definitiva, las funciones de carácter permanente desarrolladas por la Sra. Tomasa como funcionaria interina al amparo de un programa de ejecución temporal, coincidían con las del puesto de auxiliar administrativo de cementerios creada en la RPT publicada en diciembre de 2009, pues aunque no coincida exactamente la denominación de ambos puestos de trabajo, ni su nivel de complemento de destino, la realidad que subyace tras la ocupación del puesto de técnico para el que la Sra. Tomasa fue nombrada funcionaria interina, es que las funciones que desarrollaba eran del puesto de auxiliar que finalmente fue creado por el Concello, y que se mantuvo vacante durante el tiempo en que duró su nombramiento como funcionaria interina en la sección de cementerios.

Prueba de ello es que incluso en el informe de propuesta de creación del puesto de auxiliar de cementerios, elaborado por el Jefe de sección de servicios funerarios el día 20 de noviembre de 2009 se denomina el puesto como "Técnico Auxiliar de cementerios", y en las propuestas de prórroga del nombramiento de la apelada se dice que el cargo que desempeñaba era el de auxiliar de cementerios.

SEXO.- Sobre las consecuencias jurídicas de la actuación fraudulenta:

El incumplimiento por el Concello de A Coruña de la normativa de aplicación, se ha producido en una doble vertiente: tanto en el carácter de las funciones desarrolladas por la funcionaria interina, que lo fueron de carácter permanente, como en la nota de la temporalidad del programa al amparo del cual se produjo su nombramiento, al ser nombrada para la ejecución de un programa que carecería de una temporalidad predefinida, prolongándose la situación irregular durante siete años.

Véase como el acuerdo autorizador de su nombramiento, de 19 de mayo de 2009, se pronuncia de forma vaga e imprecisa sobre este extremo, al decir que el cese se produciría "además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalizase la causa que dio lugar a su nombramiento".

O como en los siguientes informes-propuesta de prórroga, a la hora de indicar una fecha de finalización del programa, se utilizaban también expresiones vagas e imprecisas como la de "no pudiendo preverse un periodo mínimo de tiempo (propuesta de 17 de septiembre de 2012), o se fijaba como plazo de finalización el "último trimestre", un "plazo aproximado de seis meses", "alrededor del primer semestre del próximo año", y, en definitiva, periodos que se fueron sucediendo durante siete años de forma ininterrumpida, por lo que su determinación en los informes-propuestas de prórroga y las autorizaciones que le siguieron, cumplían el único objetivo de dar apariencia formal al desarrollo de un programa de ejecución de tareas, que carecía del carácter temporal, y de los demás requisitos que exige el artículo 10.1 del EBEP. De hecho la necesidad de desarrollar las funciones que se incluían en él, se mantuvo a partir del cese de la Sra. Tomasa.

Tales incumplimientos, y en consecuencia, el fraude de Ley en el que incurrió el Concello, impiden declarar conforme a derecho el cese acordado por esta Administración.

La asesoría Xurídica del Concello emitió informe sobre el alcance de la duración máxima de los nombramientos de funcionarios interinos de programas de carácter temporal, concluyendo que para los nombramientos anteriores al 18 de septiembre de 2014 la duración máxima vendrá determinada por la finalización del programa temporal que justificó su nombramiento, y que para los contratos de interinidad posteriores a esa fecha, la duración máxima vendrá determinada igualmente por la duración del programa, pero con la particularidad de que el nombramiento no podrá exceder en ningún caso tres años de duración.

Y que a la vista de la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, la nueva regulación pone el acento sobre el carácter temporal tanto de los programas como de los nombramientos que se hagan para ejecutarlos, que no podrán ser superiores a tres años, como establece el artículo 10 c) de la Ley



15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa; que son de carácter temporal y de duración determinada (artículo 23.2 c) de la Ley 2/2015, de 29 de abril).

Mantiene la Administración que nos encontramos ante la ejecución de un programa o proyecto de carácter temporal, que debe tener un inicio y una fecha final de conformidad con la normativa vigente. Y que la última prórroga obedeció a autorizar los trabajos de gestión y acciones necesarias para finalizar el proyecto que motivó el nombramiento, concurriendo a juicio de la Administración la causa de cese previsto en el artículo 24 de la ley 2/2015, apartado a) "Finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento".

Ahora bien, no se trata de determinar la naturaleza del programa regulado en los citados preceptos, siendo la propia ley la que le confiere un carácter temporal y de duración determinada.

De lo que se trata ahora es de conocer el alcance del incumplimiento por parte de la Administración de los requisitos que se exigen para que tengan lugar nombramientos de funcionarios interinos al amparo del indicado precepto, y por tanto el alcance del fraude de Ley en el que incurrió.

Y sobre ello esta Sala acepta la solución a la que llega la sentencia de instancia, cual es la de reponer a la Sra. Tomasa en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice.

Es la solución a la que llegó esta misma Sala en la Sentencia de 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015), si no en un supuesto idéntico al presente (pues en aquel el nombramiento del funcionario temporal no derivó de la aprobación de un programa de ejecución temporal del artículo 10.1 c) del EBEP), sí en uno en el que, al igual que aquí, se han sucedido varios nombramientos como funcionario interino de forma ininterrumpida que no respondían a necesidades coyunturales de la Administración, sino que, tal como se razona en la sentencia:

"se trataba de ocultar, por esa vía fraudulenta, una vinculación indefinida de personal que, en el caso de las actoras, se prolongó en el tiempo más de seis años ininterrumpidos. Y calificamos de fraudulenta esa relación jurídica porque siempre que en los nombramientos del personal estatutario temporal eventual se hubieren rebasado los plazos máximos (12 meses en un período de 24 - artículo 9.3 de la Ley 55/2003 -), no se hubiera definido con claridad y precisión el motivo de la temporalidad o, habiéndose referido el mismo, la plaza cubierta fuera de carácter estructural, habrá de entenderse que se ha realizado en fraude de ley y, por tanto, de forma irregular.

Nos hallamos, por tanto, ante lo que pudiéramos reputar como unas relaciones jurídicas indefinidas temporales que, por su naturaleza, privan de virtualidad a la cláusula temporal de duración prevista en el nombramiento suscrito entre las partes, por lo que los ceses solo pueden venir determinados por la cobertura en propiedad de las plazas o por su amortización (...)".

Solución que además viene amparada por la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que es fiel expresión la sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, y que acaba declarando lo siguiente:

"1) La cláusula 5, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión".



Por lo demás el supuesto de hecho analizado en esta sentencia no se asemeja al resuelto por este Tribunal en la de 6 de mayo de 2015 (Recurso 259/2014), que cita el Concello de A Coruña en su recurso de apelación, pues versa sobre la terminación anticipada de un programa temporal por falta de consignación presupuestaria.

Ni se asemeja al resuelto en esta misma fecha (recurso 337/2016) respecto de otra funcionaria interina del Concello de A Coruña. Las diferencias entre uno y otro procedimiento son evidentes, y las hacen merecedores de soluciones distintas. Y así, en el supuesto de hecho analizado y resuelto en el recurso 337/2016) el nombramiento de la recurrente como funcionaria interina lo fue para la ejecución de un programa de estudios y prevención y control de riesgos (planes de autoprotección) de edificios públicos del municipio, aprobado en el mes de enero de 2008, cuya implantación exteriorizaba la existencia de una necesidad conyuntural impuesta por las modificaciones y exigencias contenidas en el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, que aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia. De manera que los trabajos encomendados a la funcionaria interina nombrada a tal fin, se trataba de trabajos con fecha de finalización y no de tipo permanente, sin que por lo demás se llegase a acreditar que realizase íntegramente funciones que excediesen del plan temporal.

SEPTIMO .- Sobre la incongruencia extra petita alegada:

Bajo este apartado los servicios jurídicos del Concello alegan que en el caso que nos ocupa existe un claro desajuste entre lo solicitado en la demanda (que se vincula a la recurrente al puesto de técnico auxiliar de cementerios) y lo concedido en sentencia (que condena al Ayuntamiento a reponer a la actora al puesto de Auxiliar de cementerios), cuando ambos de se trata de dos puestos diferenciados.

Pero, según lo analizado y razonado a lo largo de esta sentencia, la realidad constatada y resultado de la prueba practicada, es que la Sra. Tomasa ha venido desarrollando las funciones propias del puesto de auxiliar de cementerios, puesto creado en el RPT de diciembre de 2009, y que cuando fue nombrada funcionaria interina lo ha sido, no para la ejecución de un programa temporal con cometidos de carácter no permanente, sino precisamente para el desempeño de las funciones propias del puesto de auxiliar de cementerios. Y esta denominación la emplea la actora indistintamente en su demanda para identificar tanto el puesto que estuvo ocupando, como aquel para el que fue nombrada. Como también de forma indistinta ha sido empleada por el jefe de sección de servicios funerarios en sus informes; por lo que cuando la Sra. Tomasa en el suplico de la demanda insta como reconocimiento de la situación jurídica individualizada que se le reconozca su condición de funcionaria interina vinculada al puesto de Técnico Auxiliar de Cementerios, y el mantenimiento en el puesto mientras no se cubra por funcionario de carrera o se amortice, se está refiriendo claramente al puesto de auxiliar de cementerios. No se aprecia pues la incongruencia alegada.

Por todo ello el recurso ha de ser desestimado, y la sentencia de instancia debe ser confirmada.

OCTAVO .- Imposición de costas:

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, en sede de costas procesales, en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

No concurriendo en el caso ninguna de las circunstancias que justifiquen la no imposición, han de imponerse al apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso, si bien en la cuantía máxima de mil euros (apartado 3 del artículo citado), comprensiva de los honorarios de defensa y derechos de representación.

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

FALLAMOS:

Que con desestimación del Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia de veinticinco de mayo de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 4 de los de A Coruña en autos de Procedimiento Abreviado número 270/15, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma; con imposición de costas a la parte apelante, en la cuantía máxima de mil euros, comprensiva de los honorarios de defensa y derechos de representación.

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 dé 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 (1570-0000-85-0320-16), 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 acordamos, mandamos y firmamos.

– **PUBLICACION.**- La presente sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Dona DOLORES RIVERA FRADE, al estar celebrando audiencia publica la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el día de la fecha, lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ