



Roj: **STSJ GAL 4732/2020 - ECLI: ES:TSJGAL:2020:4732**

Id Cendoj: **15030340012020103281**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2020**

Nº de Recurso: **502/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RICARDO PEDRO RON LATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**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 SUPLICACION 0000502 /2020 PM**

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000280 /2018

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

**RECURRENTE/S D/ña** María Consuelo

**ABOGADO/A:** MATIAS MOVILLA GARCIA

**RECURRIDO/S D/ña:** **CONCELLO DE PONTEVEDRA**

**ABOGADO/A:** XABIER MUNAIZ ALONSO

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 diez de septiembre de dos mil veinte.

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 SUPLICACION 502/2020, formalizado por D/Dª , María Consuelo , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de **PONTEVEDRA** en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 280/2018, seguidos a instancia de María Consuelo frente a **CONCELLO DE PONTEVEDRA**, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RICARDO RON LATAS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> María Consuelo presentó demanda contra **CONCELLO DE PONTEVEDRA**, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha quince de octubre de dos mil diecinueve.

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

PRIMERO.-La demandante D<sup>a</sup> María Consuelo, DNI n<sup>o</sup> NUM000, viene prestando servicios para el **Concello de Pontevedra** desde el 22 de noviembre de 2007, con categoría profesional de trabajadora social y salario mensual de 2.818,71 euros incluido el prorrateo de pagas extras. SEGUNDO.-La relación laboral se inició en virtud de contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado suscrito en fecha 22 de noviembre de 2007, y en el que se hacía constar como obra a realizar la "prestación de servicios sociales". El contrato suscrito se fue prorrogando sucesivamente en las distintas anualidades hasta la fecha actual. TERCERO.-En fecha 6 de septiembre de 2005 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de **Pontevedra** una Resolución de la Alcaldía por la que se anunciaba la convocatoria pública de procesos selectivos para la provisión de plazas vacantes incluidas dentro de la oferta de empleo público de 2005, siendo una de las plazas vacantes que se convocaba, la de asistente social de la escala de administración especial, subescala técnica, clase técnicos medios, integrada en el Grupo B.CUARTO.-El sistema de selección para el ingreso en las distintas plazas convocadas era el sistema de oposición libre, estableciéndolo así la base tercera de la convocatoria. En la base vigésimotercera de la convocatoria se establecía que los opositores que superasen todos los ejercicios y no obtuvieran plaza, serían incluidos de oficio en las listas que se confeccionasen para cubrir necesidades de empleo de carácter interino o temporal según la misma orden de puntuación que obtuviesen en la oposición. QUINTO.-La demandante se presentó a la oposición libre convocada por el **Concello** y obtuvo el quinto puesto, con una puntuación de 17,53 puntos, por lo que de acuerdo con su puntuación final no fue propuesta por el Tribunal Calificador para su nombramiento por convocarse la provisión de una única plaza. SEXTO.-Por decreto de la Alcaldía de 7 de marzo de 2007 se aprobó la lista única de reserva para la provisión interina de plazas o la sustitución temporal de personal funcionario o laboral del **Concello de Pontevedra** con categoría de trabajador/a social de acuerdo con la base 23 de las bases generales del proceso selectivo, y en fecha 16 de noviembre de 2007 se le comunicó a D<sup>a</sup> María Consuelo que al ser la siguiente en la lista única pendiente de llamar, debería personarse en el Servicio de Personal del **Concello de Pontevedra** para manifestar su aceptación o renuncia al nombramiento o contratación ofertados. El hecho de no manifestar aceptación o renuncia equivaldría a la renuncia, procediendo a llamar al siguiente de la lista. SÉPTIMO.-En fecha 20 de noviembre de 2007 la demandante aceptó la oferta para la provisión interina del puesto de trabajadora social y en fecha 22 de noviembre de 2007 suscribió el contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado que se ha venido prorrogando anualmente hasta la actualidad.

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

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Consuelo contra **CONCELLO DE PONTEVEDRA**, debo declarar y declaro que la demandante ostenta la condición de personal laboral indefinido no fijo, condenando al **Concello** demandado a estar y pasar por la anterior declaración y a asumir las consecuencias que de ella se deriven.

Auto de aclaración fecha 12/11/2019, cuya parte dispositiva dice: Procede aclarar el hecho probado primero y el fallo de la sentencia, quedando redactados como sigue: HECHO PROBADO PRIMERO: "La demandante D<sup>a</sup> María Consuelo, DNI n<sup>o</sup> NUM000, viene prestando servicios para el **Concello de Pontevedra** desde el 23 de noviembre de 2007, con categoría profesional de Trabajadora Social Asimilado Grupo A-2 y salario mensual de 2.818,71 euros incluido el prorrateo de pagas extras. "FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Consuelo contra **CONCELLO DE PONTEVEDRA**, debo declarar y declaro que la demandante ostenta la condición de personal laboral indefinido no fijo desde el 23 de noviembre de 2007, con la categoría profesional de Trabajadora Social, Asimilado Grupo A2, condenando al **Concello** demandado a estar y pasar por la anterior declaración y a asumir las consecuencias que de ella se deriven.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, y frente a dicha resolución interpone recurso la representación procesal de la demandante, a través de un único motivo de suplicación, con sede en el art. 193, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, infracción del art. 6.1 y 7.2 del Código Civil en relación con el art. 15.3 del ET, así como la infracción del art. 103.3 de la CE en relación con el art. 55.1 del EBEP, y



la aplicación indebida del art. 61.7 del EBEP en relación con la tasa de temporalidad establecida en los arts. 19.Uno.6 y 19.Uno.9 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 y 2018 respectivamente, en relación con el art. 25 de Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia, que establece la obligación por parte de la Administración Pública de promover la calidad en el empleo y la estabilidad laboral de las personas profesionales de servicios sociales, evitando situaciones de precariedad, como medio de lograr la calidad y permanencia de la oferta pública de servicios sociales y el Decreto 99/2012 de 16 de Marzo, por el que se regulan los servicios sociales comunitarios y su financiación en concreto su art. 35 que establece las dotaciones de personal y el anexo I del mismo que determina la caracterización de áreas sociales para la planificación de referencia de las dotaciones de servicios sociales comunitarios. que impone el número de trabajadores sociales que ha de haber en el **Concello de Pontevedra**, siendo un área urbana con carácter general se aplica la ratio de 1 persona técnica por cada 8.000 habitantes, y También se denuncia la infracción del art. 9.3 de la CE en relación a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con la doctrina jurisprudencial de los indefinidos no fijos de 20/01/1998 (Rc. 317/97), de 22/07/2013 (Rcud. 1380/2012) modificada por la doctrina de STS de Pleno de 28/03/2017 (Rcud. 1664/2015) y la STS de 04/04/2018 (Rc. 27/2017) y la jurisprudencia del TJUE que se cita, estimando, en esencia, que debe reconocerse el derecho de la recurrente a ser personal FIJO del **Concello de Pontevedra** con una antigüedad de 23.11.2007, con la categoría de Trabajadora Social, incluida en el grupo Asimilado Grupo A2.

El motivo debe prosperar. Aquí debemos partir de nuestra doctrina sobre la materia, que la parte recurrente cita en su escrito de suplicación. Así, por ejemplo, en nuestra sentencia de 15 de mayo de 2019 (Rec. núm. 280/2019), se dejó establecido lo siguiente: *" En nuestra sentencia de 28 de junio de 2018 (rec. núm. 1102/2018 ), en un caso similar al que nos ocupa se dejó dicho lo siguiente: "1º.- En primer lugar no podemos desconocer que la regla general desde el punto de vista normativo, tanto nacional como europeo, es la estabilidad en las relaciones laborales siendo la contratación indefinida la manifestación más importante de dicho principio de estabilidad. Así se desprende del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE, y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, en cuyo preámbulo reconoce que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo la forma más común de la relación laboral entre empresarios y trabajadores; ello sin perjuicio de que cuando existan razones objetivas pueda acudir a la contratación temporal, si bien estableciéndose en todo caso medidas que eviten el abuso de la contratación sucesiva tal como se recoge en la cláusula 5 del referido Acuerdo Marco.*

*Tal preferencia por la contratación indefinida se aprecia igualmente en la lectura del art. 15 del ET en donde si bien dice que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, a continuación limita las contrataciones temporales a una serie de supuestos exigiéndose siempre una causalidad para tal contratación, la cual también ha de exigirse para los supuestos de la contratación laboral temporal por parte del sector del público ya que en este punto el art. 11 del EBEP no contiene una regulación específica sino que se remite a las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, esto es art. 15 del Estatuto de los Trabajadores con desarrollo reglamentario en el RD 2720/1998, art. 11 del ET y los contratos formativos, y el contrato de relevo. Y en todos estos casos se establece como sanción, para el caso de anomalías graves como el hecho de que dicha contratación temporal sea fraudulenta por no ser causal, la presunción de que nos encontramos ante una relación laboral indefinida o fija.*

*2º.- Tal sanción de fijeza se puede aplicar con total extensión en el caso de relaciones laborales del sector privado, pero no cuando nos encontremos ante contrataciones temporales fraudulentas celebradas por la Administración Pública, y ello porque en este caso para alcanzar la condición de fijeza es necesario que el personal hubiera superado un proceso selectivo sometidos a los principios de igualdad, mérito y capacidad tal como impone los art. 23.2 y 103.3 de la CE , en relación con los art. 9.2 , 11 , 55 y 70 del EBEP .*

*Para evitar tal distorsión la jurisprudencia de los años noventa del siglo pasado creó la figura del indefinido no fijo, que si bien no coincide exactamente con el personal laboral por tiempo indefinido del que habla el art. 8.2. c) del EBEP (así nos recuerda la STS de 22 de julio de 201, rec. 1380/2012 que esta categoría se introdujo en sede parlamentaria para dar cobertura a los profesores de religión que por su normativa específica están excluidos de los procesos de selección establecidos en el art. 61 del EBEP ), han terminado siendo equiparados y a tal efecto podemos citar la STS del Pleno de 28 de marzo de 2017, rcud 1664/2015, que recuerda la creación jurisprudencial del indefinido no fijo, pero que ya está recogida en el EBEP aprobado en el RD 5/2015 de 30 de octubre, que diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales.*

*Como señalamos la figura del indefinido no fijo tiene su origen en las sentencias de 7 de octubre de 1996, rcu. 3307/1995 , así como dos Sentencias del Pleno de la Sala Cuarta, de 20 y 21 enero 1998 ( rcud. 317/1997 y rcud. 315/1997), que modifican la anterior doctrina del TS (por ejem. STS 18 de marzo de 1991 , 31 de enero de 1992 o 3 de noviembre de 1993 en la que se reconocía la condición de fijo trabajador temporal fraudulentamente*



contratado por la Administración Pública); en estas sentencias se justifica el cambio de criterio y la distinción entre uno (trabajador del sector privado) y otro (trabajador del sector público) en que la adquisición de fijeza a partir de una irregular contratación temporal supondría vulnerar las normas de derecho necesario sobre limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público, doctrina que sigue vigente en la actualidad.

Sin embargo no queremos terminar esta consideración sin recordar que esta "sanción" para el caso del contratado temporal fraudulentamente por la Administración Pública, y como ha declarado el TJUE no es tal; y para ello nos remitimos al ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto León Medialdea) en el que el TJUE deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de 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 ya que dicha declaración de indefinido no fijo no muta la naturaleza de la relación laboral, que sigue siendo temporal, declarando que "El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos". Y llegando a sugerir en uno de sus últimos pronunciamientos (STJUE 5 de junio de 2018, caso Montero Monteos) que en el caso de que el tribunal nacional considere tal contratación temporal como abusiva, y en consecuencia fraudulenta, que recalifique el contrato como "fijo", lo que de nuevo choca con la necesidad de que, conforme a la normativa nacional deban superar un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

3º. Precisamente en relación con tales principios constitucionales, ex art. 23.2 y 103.3 de la CE, el art. 55 del EBEP establece que en el acceso al empleo público, se deberán respetar los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, así como otros que no están establecidos en la CE, pero sí en las leyes y reglamentos de desarrollo (publicidad, transparencia, imparcialidad). Tales procesos han de entenderse como obligatorios tanto para los trabajadores fijos como para los temporales. Para los fijos claramente se desprende del 61.7 del EBEP que establece que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, (se refiere al proceso selectivo de los funcionarios fijos) o concurso de valoración de méritos. Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos

No debería entenderse posible la convocatoria de un proceso de selección de semejantes características para un personal indefinido ya que como señalamos el motivo de su inclusión en el EBEP es para la concreta figura de los profesores de religión cuya específica normativa les exime de los procesos selectivos fijados en el art. 61 del EBEP y extenderlo a otros posible indefinidos no fijos sería tanto como consolidar una figura que surge para solventar una irregularidad contractual.

Por el contrario y en relación con la selección del personal laboral, y aun cuando el EBEP nada dice, debería igualmente de respetarse en su contratación esos principios del art. 55 y hacer pasar - como de hecho está ocurriendo - a ese personal laboral temporal por un proceso previo de selección, que en principio debería ser menos rígido y ágil que el proceso de selección para el personal laboral fijo.

Este el argumento que utiliza la sentencia de instancia, a contrario sensu, para desestimar la pretensión principal de los actores ya que si bien reconoce que han superado un proceso selectivo, considera que el mismo no tiene la rigidez o la entidad suficiente como para permitir el acceso a la condición de personal laboral fijo por no reunir los requisitos previstos en el art. 32 del Convenio Colectivo de A Guarda, que a su vez se remite al RD 896/1991 de 7 de junio, así como los artículos 33 y siguientes del referido Convenio en donde se establece unos "mecanismos de garantía" (publicación en boletines oficiales, negociación de las bases con la mesa general de negociación) así como un temario más amplio del que aquí se utilizó.

Efectivamente ello es así pero no por ello podemos reconocer la condición de indefinido no fijo ya que:

a) La figura del indefinido no fijo está prevista para el supuesto en el que el trabajador fraudulentamente contratado como temporal ha accedido a ese puesto de trabajo sin superar un proceso selectivo, circunstancia que no se da en el caso de autos ya que ese proceso se ha seguido.

b) Que el hecho de que el proceso convocado no lo haya sido conforme a lo establecido en el convenio colectivo no priva de eficacia al mismo, ya que como señala la recurrente se ha seguido conforme a las bases establecidas en el Convenio de Colaboración suscrito entre Xunta, FGAMP y las Diputaciones Provinciales por el que crean los GES, sin que nadie hubiera impugnado las mismas, por lo que son vinculantes.





Y así existe múltiple jurisprudencia que establece que las bases son la ley de concurso (por todas sentencias de la Sala III del TS de 25 de marzo de 2014, recurso casación 362/2013 con cita de la 12 de julio de 2006, recurso de casación 1462/2001). Es verdad que también hemos dicho que ello no supone que el hecho de no haberse impugnado tales bases no pueda discutirse con posterioridad los efectos de aplicación de las mismas y así se ha admitido tal posibilidad en supuestos que la jurisprudencia contenciosa ha admitido (STS 22 de mayo de 2009, rec. 2586/2005) argumentando de que si bien existe una jurisprudencia "que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, esta ha ido modificándose, empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante un acto nulo de pleno derecho, después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, después permitiendo la impugnación, en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo". Y ninguno de estos supuestos se da en el caso de autos ya que las bases del concurso no pueden considerarse nulas de pleno derecho, ni violan principios fundamentales, ni tan siquiera principios constitucionales ya que la principal discrepancia está en que no es cumple el principio de publicidad tal como lo establece el Convenio Colectivo (publicación en BOP, DOGA, y BOE) no siendo el principio de publicidad de rango constitucional, mientras que los que sí son de rango constitucional (igualdad, mérito y capacidad) sí son respetados; finalmente tampoco se aprecia un perjuicio para tercero.

En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. Es la Administración Pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben de ser fijos.

4º.- Finalmente indicar que la sentencia que cita la parte impugnante - STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, rec. 2957/2017 - no desvirtúa nuestras conclusiones. La referida sentencia aplica para el caso de la empresa pública SEAGA lo que la jurisprudencia ha venido aplicando para todas las contrataciones temporal fraudulentas en el sector público; y así dentro de la administración local podemos citar la STS de 10 de marzo de 2010, rec. 2305/2009, cuya doctrina podría resumirse en que no es posible la consolidación de fijeza por parte de trabajadores indefinidos pero no fijos, sin participar en proceso de selección alguno que garantice el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y así señala la referida sentencia del Tribunal Supremo: "Finalmente, recordábamos la doctrina de la Sala sobre el alcance de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas, expuesta en las sentencias del Pleno de 20 y 21 de enero de 1998 y más recientemente en la sentencia, también del Pleno, de 11 de abril de 2006. "Lo que establece es que estas irregularidades no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. Dijimos entonces que la Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades "la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato". El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias, porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales".

Por ello concluíamos que "es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad". Y, en definitiva, afirmábamos que lo pretendido en la demanda "es acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección y sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal y esta pretensión no puede ser acogida, aunque el organismo demandado haya podido aplicar ese criterio en otros casos."



Y reiteramos, no es esta la situación que ahora nos ocupa ya que sí ha habido un proceso selectivo por lo que ha de operar la sanción, frente a la contratación fraudulenta, con toda contundencia, y reconocer a los actores la condición de personal laboral fijo del **Concello** de A Guarda".

En suma, no cabe más que reiterar el criterio que viene sosteniendo esta Sala, haciendo especial hincapié en que (tal y como venimos concluyendo desde hace lustros, en aplicación de la doctrina sostenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) la existencia de un fraude en la contratación o cualquier otro defecto en la misma respecto de trabajadores temporales de la Administración Pública conduce a calificarlos como indefinidos; y, de otra parte, ello será así, salvo que hayan superado un proceso selectivo bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque entonces serán fijos, aunque no funcionarios públicos; y así lo hemos expresado de manera firme en la resolución citada: "si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo".

Por lo tanto, si se ha llevado a efecto un proceso selectivo (como en el caso que nos ocupa) con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 EBEP, con independencia no sólo del sector de la Administración de que se trate (estatal, autonómica, local ...), sino también del puesto/orden en el que inicialmente se hayan situado (esto es, que su acceso haya sido posterior y no inicial), siempre que haya llegado a ser contratado de forma temporal fraudulenta y a acceder a la plaza de manera efectiva. En este sentido, no está de más indicar que el propio art. 61.7 EBEP establece que "los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos". En cualquiera de estos casos, el proceso selectivo determinará la atribución de la condición de fijo -y no sólo de indefinido no fijo- al trabajador de que se trate, por la categoría por la que haya accedido o por aquélla que le corresponda por las condiciones en las que ejerza sus funciones y desarrolle sus servicios".

En el recurso no se discute el carácter indefinido de la contratación de la actora, por cuanto que la Administración impugnante reconoce ajustada a Derecho la sentencia en cuanto a la no declaración de fijeza, por lo que el carácter no temporal de la relación de la actora queda fuera de la resolución de la suplicación. De este modo, la única cuestión discutida aquí resulta ser la condición contractual de la recurrente, más en concreto, si la misma puede ser considerada, no como indefinida no fija, y sí como trabajadora fija de la demandada. Y la respuesta debe ser necesariamente positiva, a la vista de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, de los que resulta que: 1) En fecha 6 de septiembre de 2005 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de **Pontevedra** una Resolución de la Alcaldía por la que se anunciaba la convocatoria pública de procesos selectivos para la provisión de plazas vacantes incluidas dentro de la oferta de empleo público de 2005, siendo una de las plazas vacantes que se convocaba, la de asistente social de la escala de administración especial, subescala técnica, clase técnicos medios, integrada en el Grupo B; 2) el sistema de selección para el ingreso en las distintas plazas convocadas era el sistema de oposición libre, estableciéndolo así la base tercera de la convocatoria; 3) en la base vigésimotercera de la convocatoria se establecía que los opositores que superasen todos los ejercicios y no obtuvieran plaza, serían incluidos de oficio en las listas que se confeccionasen para cubrir necesidades de empleo de carácter interino o temporal según la misma orden de puntuación que obtuviesen en la oposición; 4) la demandante se presentó a la oposición libre convocada por el **Concello** y obtuvo el quinto puesto, con una puntuación de 17,53 puntos, por lo que de acuerdo con su puntuación final no fue propuesta por el Tribunal Calificador para su nombramiento por convocarse la provisión de una única plaza; y 5) por decreto de la Alcaldía de 7 de marzo de 2007 se aprobó la lista única de reserva para la provisión interina de plazas o la sustitución temporal de personal funcionario o laboral del **Concello** de **Pontevedra** con categoría de trabajador/a social de acuerdo con la base 23 de las bases generales del proceso selectivo, y en fecha 16 de noviembre de 2007 se le comunicó a D<sup>a</sup> María Consuelo que al ser la siguiente en la lista única pendiente de llamar.

Y a la vista de lo anterior, no cabe más que reiterar el criterio que viene sosteniendo esta Sala, haciendo especial hincapié en que (tal y como venimos concluyendo desde hace lustros, en aplicación de la doctrina sostenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) la existencia de un fraude en la contratación o cualquier otro defecto en la misma respecto de trabajadores temporales de la Administración Pública conduce a calificarlos como indefinidos; y, de otra parte, ello será así, salvo que hayan superado un proceso selectivo bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque entonces serán fijos, aunque no funcionarios públicos; y así lo hemos expresado de manera firme en la resolución citada: "si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a



los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo".

Por lo tanto, si se ha llevado a efecto un proceso selectivo (como en el caso que nos ocupa) con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 EBEP, con independencia no sólo del sector de la Administración de que se trate (estatal, autonómica, local ...), sino también del puesto/orden en el que inicialmente se hayan, siempre que haya llegado a ser contratado de forma temporal fraudulenta y a acceder a la plaza de manera efectiva. En este sentido, no está de más indicar que el propio art. 61.7 EBEP establece que "los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso- oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos". En cualquiera de estos casos, el proceso selectivo determinará la atribución de la condición de fijo -y no sólo de indefinido no fijo- al trabajador de que se trate, por la categoría por la que haya accedido o por aquélla que le corresponda por las condiciones en las que ejerza sus funciones y desarrolle sus servicios, que es justo lo que sucede en este caso, al haber accedido la actora a su puesto de trabajo por causa de haber superado todos los ejercicios pero sin obtención de plaza fija, siendo incluida en la lista de empleo temporal que ha resultado ser indefinido, y por ello mismo de carácter fijo de plantilla su puesto de trabajo. En consecuencia,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña María Consuelo , contra la sentencia de fecha quince de octubre del año dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de **Pontevedra**, en proceso tramitado a instancia de la recurrente frente al **Concello** de **Pontevedra**, debemos revocar en parte la misma y estimando la demanda rectora de las presentes actuaciones, en su pretensión principal, **declaramos que la actora tiene la condición de trabajadora fija de la Administración demandada**, condenando a la demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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 nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº 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.