

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 536/2019, de 4 de julio de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 2357/2018***SUMARIO:**

Fraude en la contratación temporal. Agencia Madrileña de Atención Social. Trabajadora con contrato de interinidad por vacante desde el año 2001 que es cesada por cobertura de la plaza en el año 2016. Solicitud de reconocimiento de la condición de trabajadora indefinida no fija por el transcurso del plazo de tres años del artículo 70 del EBEP. Improcedencia. El artículo 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido solo a la ejecución de la oferta de empleo público. Conforme sostiene la sala, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero también su prolongación (supuestos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial). En el caso analizado, no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración, porque, aparte de que por Orden de 8 de enero de 2008 se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración, 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 que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público. De igual forma, como el fraude o el abuso de la contratación temporal no se alegaron en la sentencia recurrida, son cuestiones que no puede plantearse de oficio la sala so pena de incurrir en incongruencia *extra-petita*. Sala General. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

RDLeg. 5/2015 (TRLEBEP), art. 70.
Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don José Manuel López García de la Serrana.

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Doña MARIA LOURDES ARASTHEY SAHUN
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGU
Doña MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Doña CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2357/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 536/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina
D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea
D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga
D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana
D^a. Rosa Maria Viroles Piñol
D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Angel Blasco Pellicer
D. Sebastian Moralo Gallego
D^a. Maria Luz Garcia Paredes
D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 4 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, representada y asistida por el Letrado de la Comunidad de Madrid, contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 479/2017 , interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid , en autos nº 1014/2016, seguidos a instancias de D^a. Amelia contra la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid sobre despido.

Ha comparecido como parte recurrida D^a. Amelia , representada y asistida por la letrada Doña María Dolores Moreno Leiva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 20 de febrero de 2017 el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. D^a. Amelia presta servicios como auxiliar de hostelería para la Agencia Madrileña de Atención Social y en su Residencia de Mayores La Paz percibiendo un salario de 1.685,97 euros mensuales con prorrata de pagas.

SEGUNDO. El 3-7-2001 suscribe la demandante contrato de interinidad para cobertura de vacante n° NUM000 vinculada a la oferta de empleo público de 2001. Previamente la demandante había estado, vinculada a la Agencia mediante diversos contratos temporales cuya naturaleza no consta en los períodos 1-8-1997 a 4-1-1998 y 2811-2000 a 13-6-2001.

TERCERO. Por Orden de 3-4-2009 se convocó proceso selectivo para cobertura de plazas de auxiliar de hostelería adjudicándose la plaza NUM000 en dicho proceso a la Sra. Delia que para ocuparla suscribió el 30-9-2016 contrato indefinido.

CUARTO. El 30-9-2016 se comunica a la demandante la finalización del contrato de interinidad que tenía suscrito.

QUINTO. El 17-11-17 la demandante ha sido contratada como auxiliar de hostelería interina en el centro Ángel de la Guarda para sustituir a otra persona trasladada".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Tras rechazar la falta de acción y acumulación indebida de acciones suscitada por la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA CAM, estimo parcialmente la demanda de despido formulada por D^a. Amelia y condeno a la demandada a que por la extinción del contrato indefinido que les vinculaba hasta el 30-9-2016 fecha de la cobertura de la vacante que ocupaba por el proceso de consolidación de empleo acordado por la Orden de 3-4-2009 de la Comunidad de Madrid la indemnice con la suma de 10.284,91 euros."

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Amelia y por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2018 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando en parte el recurso de la demandada y asimismo en parte el de la actora, y declarando el carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora, revocamos la sentencia respecto a la indemnización que establece, dejándola sin efecto. Sin costas."

Tercero.

Por la representación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 23 de octubre de 2017 (RS 350/2017).

Cuarto.

Por esta Sala se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el día 21 de mayo de 2019.

Sexto.

Por providencia de 21 de mayo de 2019 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado, se convocó a todos los Magistrados de esta Sala y se fijó un nuevo señalamiento para la votación y fallo para el día 19 de junio actual en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar, acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al anunciar el anterior designado, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1. La cuestión que plantea la Administración pública (CAM) recurrente en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la trabajadora demandante ostenta o no la condición de indefinida no fija.

2. La sentencia de instancia declara, como más relevantes, los siguientes hechos probados: a) la trabajadora demandante prestaba servicios como auxiliar de hostelería para la Agencia Madrileña de Atención Social en una Residencia de Mayores; b) En fecha 03-07-2001 suscribió un contrato de interinidad para cobertura de vacante nº NUM000 vinculada a la oferta de empleo público de 2001; c) previamente había estado vinculada a la Agencia mediante diversos contratos temporales. cuya naturaleza no consta. en los periodos 01-08-1997 a 04-01-1998 y 28-11-2000 a 13-06-2001; d) por Orden de 03-04-2009 se convocó proceso selectivo para cobertura de plazas de auxiliar de hostelería adjudicándose la plaza NUM000 en dicho proceso a otra trabajadora que para ocuparla suscribió el 30-09-2016 contrato indefinido; e) el 30-09-2016 se comunica a la demandante la finalización del contrato de interinidad que tenía suscrito; y f) el 17-11-2017 la demandante fue contratada como auxiliar de hostelería interina en el centro Ángel de la Guarda para sustituir a otra persona.

3. Con base en tal resultancia fáctica y a las pretensiones de las partes, el Juez de instancia, entre otros extremos, razona y resuelve: a) desestimar la excepción de falta de acción esgrimida por la empleadora con base a que en la actualidad volvía la demandante a prestar servicios para ella; b) entender que la extinción contractual no se había producido como consecuencia de amortización de plaza sino por cobertura de vacante y, en consecuencia, que el art. 51 ET deviene inaplicable y que las invocaciones de nulidad de las extinciones de contratos de los interinos se deben rechazar de plano; c) rechazar, por iguales razones, el argumento alternativo referido a la inobservancia de las formalidades del art. 53 ET para los despidos objetivos individuales y la calificación de las extinciones como despidos improcedentes con derecho a la indemnización ex art. 56 y DT 11ª ET ; d) con invocación de la STS/IV 14-10-2014 (rcud 711/2013), 14-07-2014 (rcud 1847/2013), 15-07-2014 (rcud 1833/2013) del art. 70.1 EBEP y DT 4ª.1 EBEP , concluye que el contrato suscrito entre las partes como interino para la cobertura de vacante había adquirido, por haber sobrepasado el plazo máximo de ejecución de la OEP, la calificación de " indefinido no fijo "; y e) aplicando la doctrina de esta Sala de casación en la fecha de dicha sentencia vigente, reflejada, entre otras, en la STS/IV 07-11-2016 (rcud 755/2015), le reconoce una indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET a razón de 12 días de salario por año de servicio de 10.284'91 euros.

4. La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por ambas partes procesales. En la sentencia de suplicación (STSJ/Madrid 26-03-2018-recurso 479/2017), en esencia, se decide que:

a) La relación laboral de la actora con la Administración pública empleadora, -- como ya había declarado la sentencia de instancia y por sus mismos fundamentos que expresamente asume, aplicando el plazo de 3 años del art. 70 EBEP y no su DT 4ª --, tiene el carácter de indefinida no fija (no de interinidad), << La base argumental de la demanda se centra ... en considerar que como consecuencia de haberse superado, desde la fecha de la contratación, año 2001, hasta la solución del concurso, el plazo de tres años previsto en el art. 70 EBEP para que se ejecuten las ofertas de empleo público, el contrato suscrito como de interinidad ha perdido tal condición y se debe calificar de indefinido no fijo. La CAM se opone alegando la no aplicación de dicha norma legal con fundamento en la DT 4ª EBEP y la regulación específica contenida en el convenio colectivo en materia de

promoción y acceso a puestos fijos. El art. 70,1 EBEP (RD Legislativo 30-10-15) señala que: "las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años". El requisito del plazo de tres años para la ejecución de la OEP ha sido considerado determinante a efectos de la calificación de los contratos de interinidad para cobertura de vacante como contratos indefinidos no fijos en la STS de 14-10-14 rec. 711/13 , que cita otras en el mismo sentido y también por la STSJ de Madrid de 20-6-16 rec. 330/16 . No permite llegar a conclusión contraria el argumento de la CAM referido a que no es aplicable el art. 70 EBEP debido a su propia DT 4ª.1 que indica: "las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005". Y ello porque la OEP a la que se vinculan las vacantes referidas en este proceso es de 2009. Tampoco consta que dicha OEP haya sido anulada en sede judicial. Lo que es evidente además por el hecho mismo de que se llevó a cabo en su integridad. - Por tanto, el contrato suscrito entre las partes como interino para la cobertura de vacante ha adquirido, por haberse sobrepasado el plazo máximo de ejecución de la OEP, la calificación de indefinido no fijo >>; argumentos que la sentencia de suplicación dice que coinciden con la doctrina reiterada por ese Tribunal, entre otras en su sentencia de 12 de diciembre de 2017 que pasa a reproducir y que resumimos en el siguiente apartado.

b) En esa sentencia que reproduce se dice ... "Así pues efectivamente el contrato de la actora devino indefinido no fijo por datar el último del año 2010, habiéndose prolongado durante seis años, debiéndose confirmar este pronunciamiento del juzgador a quo, pero hemos de tener en cuenta que, tal y como consta acreditado, la vacante que ocupaba la trabajadora ha sido adjudicada a una persona seleccionada a través de la oferta pública de empleo y, consecuentemente la actora ha de cesar por tal causa, sin que la misma sea equiparable a la amortización de la plaza a la que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo que indebidamente aplica dicho magistrado, no siendo aquí necesario seguir los trámites establecidos legalmente para un despido por causas objetivas, porque en este caso lo que se ha llegado es el vencimiento del plazo ínsito en la relación laboral indefinida no fija, sujeta a término, que se extingue con la cobertura de la vacante conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad." .

"Por tanto no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante un cese procedente que habría de ser indemnizado en los términos establecidos por la doctrina del alto Tribunal,... con veinte días de salario por año trabajado, pero hemos de tener en cuenta que la relación laboral se ha mantenido reiniciándose dos meses después, al suscribir la actora un nuevo contrato de interinidad para prestar servicios con una categoría incluida dentro del mismo grupo que la anterior, V nivel 1, por lo que ningún perjuicio se ha ocasionado a la actora al no haber perdido su trabajo, no habiendo motivo alguno para que sea indemnizada >> y resuelve concretamente, respecto al caso enjuiciado, que <<Así pues y en definitiva la relación de la actora es indefinida no fija (no de interinidad) y no ha habido despido puesto que tal relación continúa vigente a través de la nueva contratación, que no cambia, conforme al principio de unidad de vínculo, la naturaleza de la relación y en su fallo dispone <<Que estimando en parte el recurso de la demandada y asimismo en parte el de la actora, y declarando el carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora, revocamos la sentencia respecto a la indemnización que establece, dejándola sin efecto".

5. La trabajadora demandante no recurre la referida sentencia de suplicación y es la Administración pública la recurrente en casación unificadora para combatir únicamente la declaración del carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora.

6. La recurrente señala como sentencia contradictoria a los fines del art. 219.1 LRJS , la STSJ/Madrid 23-10-2017 (recurso 350/2017). Se contempla en ella un caso en el que la sentencia de instancia había declarado la satisfacción extraprocésal de la demandante por haberse repuesto el vínculo laboral con la Administración pública empleadora, desestimado la acción de despido, pero declarando la condición de indefinida no fija de la actora con efectos de 02-06-2008. En la sentencia de suplicación, en cuanto ahora afecta, se concluye que la demandante

era una trabajadora interina y que su cese fue conforme a derecho, no atribuyéndole la cualidad de indefinida no fija. Se partía, en ella de los siguientes hechos: a) la demandante venía prestando servicios en unas Residencia de Personas Mayores de la CAM, desde el 02-06-2008, por medio de un contrato de interinidad a tiempo completo para cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público correspondiente al año 2002 (vacante nº NUM001), con la categoría de Auxiliar de Hostelería; b) por escrito de la demandada de fecha 15-09-2016, se comunicó a la actora la rescisión de su contrato, por finalización del proceso de consolidación en dicha categoría; c) como consecuencia de la adjudicación de destinos al personal seleccionado correspondiente a la convocatoria de Oferta de Empleo Público para personal laboral, el puesto ocupado por la actora fue adjudicado a otra trabajadora; y d) desde el 27-10 al 07-11-2016, la actora suscribió contrato de interinidad con la categoría de Auxiliar de Hostelería y con fecha 18-11-2016, suscribió contrato de interinidad de vacante con la categoría de pinche de cocina. Para llegar a la referida conclusión, se razona en la sentencia referencial: "Una reflexión más profunda de la cuestión litigiosa, nos obliga a replantear la solución dada en nuestra sentencia de 24 de abril de 2017 ... respecto a la naturaleza jurídica del vínculo entre las partes a la luz del artículo 70 del EBEP concretamente, en el particular referido a los efectos que el transcurso de un plazo de tres años puede producir en la relación entre las partes hasta el punto de convertir a la trabajadora en indefinida no fija >>; <<En este sentido, esta Sección considera que deben acogerse las consideraciones que sobre la superación del indicado plazo, se contemplan en la antes citada sentencia de la Sección Sexta de 8 de mayo de 2017, RS nº 87/2017 ... al entender ahora, que no resulta aplicable la previsión de duración máxima de tres años de la que habla el inciso final del citado precepto, ... concluyéndose en el sentido de que <<solo del transcurso del plazo previsto en el art. 70 del EBEP, en la forma entendida y aplicada en la sentencia de instancia, no deviene la transformación de la relación laboral de la actora, de interinidad por vacante, en otra de naturaleza indefinida, no fija >>. Por esta razón, se estima el primer motivo del recurso planteado por la Comunidad de Madrid y se, declara que la trabajadora no tiene la condición de indefinida no fija y que su contrato se ha extinguido por la causa válida que establece la norma para la extinción del contrato.

Segundo.

1. Debemos, en primer lugar, analizar si concurre o no el presupuesto o requisito de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, en el que se dispone que "El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

2. Los hechos de las sentencias comparadas presentan sustanciales identidades, -- salvo la relativa en su caso, a la fecha de celebración del contrato de interinidad por vacante de una u otra trabajadora con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, lo que ninguna de las referidas sentencias toma en cuenta --, centrado sus opuestas decisiones, en que la sentencia recurrida considera aplicable el art. 70 EBEP, mientras que la sentencia de contraste considera que no es aplicable dicho art. 70 EBEP sino su DT 4ª, al tratarse de un proceso de consolidación y no estar sujeto a plazo.

En definitiva, con base en las mismas disposiciones del EBEP una califica el contrato de indefinido no fijo por haber durado más de tres años y la otra no. Realmente lo que esta en juego es si la superación del plazo de tres años, artículo 70 del EBEP, convierte en indefinido al interino por vacante, cuestión que es resuelta de forma diferente y necesita ser unificada. El hecho de que el EBEP se contenga, inicialmente en la Ley 7/2007, publicada años después de la firma del contrato de la demandante en este proceso, no empuja esa identidad sustancial, porque la sentencia de instancia y la de suplicación recurrida fundan la novación del contrato, precisamente, en el artículo 70 de esa Ley que entró en vigor después de la firma del contrato cuya duración se prolongó hasta el 30 de septiembre de 2016, esto es, que durante más de ocho años en los que fueron de aplicación la Ley 7/2007 y el RDL 5/2015 que aprobó un nuevo Texto Refundido del EBEP, cuyo artículo 70 reserva la misma redacción en cuanto aquí interesa.

Por lo demás, señalar que el núcleo de la contradicción reside en determinar si los contratos de interinidad por vacante se convierten en indefinidos no fijos por el paso del tiempo por aplicación de las disposiciones del EBEP y esa es la cuestión que han resuelto de forma diferente las sentencias comparadas en supuestos de hecho

sustancialmente iguales en los que se formularon similares pretensiones y alegaron los mismos fundamentos de derecho, razón por la que concurre la contradicción doctrinal en los términos requeridos por el artículo 219 de la LJS, pues en supuestos iguales han recaído resoluciones con soluciones divergentes. Dicho esto carecen de relevancia los diferentes argumentos utilizados por una y otra sentencia, porque lo importante es que habiéndose alegado y aplicado los mismos preceptos legales se han dictado sentencias contradictorias que precisan ser unificadas con independencia del mayor o menor acierto de los razonamientos empleados por las sentencias comparadas porque, como dijimos en nuestra sentencia de 17 de julio de 2007 (R. 4367/2005) "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas, por las sentencias comparadas>> (STS 30/01/03 -rec. 1429/01 -); o lo que es igual, <<la Sala debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como doctrina unificada>> (SSTS 14/07/92 -rec. 2273/91 -; 22/09/93 -rec. 4123/92 -; y 21/12/94 -rec. 1466/94 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, pues <<el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores>>, siempre que resuelva <<el debate planteado en suplicación>>, tal como impone el art. 225.2 LPL (STC 172/1994, de 7/Junio , FJ 3).".

Tercero.

1. La recurrente denuncia sustancialmente infracción del artículo 70 del EBEP en relación con la disposición final cuarta del mismo al entender, en esencia, que el artículo 70-1 del EBEP no resulta de aplicación, cual sostiene la sentencia recurrida, al no imponer la novación del contrato por el simple transcurso de tres años.

2. El recurso debe prosperar porque la inaplicación del art. 70 del EBEP a supuestos como el presente es doctrina reiterada de esta Sala.

En efecto, ya esta Sala en su sentencia de 19 de julio de 2016 (R. 2258/2014) dijo: "No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la "falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada" (STS 20/03/96 -rcud 2564/95 -), "la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección" (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 -rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05 -; y 29/06/07 -rcud 3444/05 -).".

Esta doctrina ha sido matizada por nuestra reciente sentencia del Pleno de 24 de abril de 2019 (R. 1001/2017) en la que se dice. "3. Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP , precepto citado en el análisis de la contradicción de las sentencias comparadas, aunque no sea objeto de censura jurídica como es de ver del motivo único de censura jurídica, cuarto del recurso, ha de señalarse que dicho precepto va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público".

El 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.

En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar la una concreta conclusión."

Como señalan las sentencias citadas, entre otras, el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres

años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público. Conforme tenemos dicho, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero, también, su prolongación, casos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial. Así lo ha entendido, también, la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) que acabó diciendo: "En el caso de autos, la Sra. ... no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo", conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años y que sean los Tribunales españoles quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal.

3. La aplicación de la anterior doctrina obliga a estimar el recurso porque no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración, porque, aparte que por Orden de 8 de enero de 2008 (BOCM del 23 de enero de 2008) se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración, resulta que debe recordarse que las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dió lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 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 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013).

Lo 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.

4. Ya hemos señalado antes que nuestra doctrina, Sentencia de 24 de abril de 2019 (R. 1001/2017), entre otras mantiene que el plazo del art. 70 del EBEP va referido, solamente, a la ejecución de la oferta pública de empleo, pero que ello no es óbice a la posible conversión del contrato en indefinido no fijo, incluso antes del transcurso de tres años, si ha existido fraude o abuso en la contratación temporal por su excesiva duración. Pero esa doctrina no es aplicable al presente caso porque los supuestos de hecho no son iguales, (aquí hubo OPE en 2001 y en 2009, mientras que en el caso de nuestra sentencia de 24-04-2019 no consta acción alguna tendente a cubrir la vacante) y, sobre todo porque la única cuestión examinada y resuelta por la sentencia recurrida fue la de si se aplicaba o no el art. 70 del EBEP , sin que se abordaran en ella otras cuestiones como las de existencia de fraude o de abuso de la contratación temporal. No debemos olvidar que en la sentencia del caso Montero Mateos (apartado 64) el TJUE dice que incumbe al juzgado, atendidas las circunstancias del caso, determinar si la inusual duración del contrato permite recalificar su naturaleza y ello lo reiteramos en este momento nosotros, pues, en un recurso como el presente no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia extra-petita, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias del Pleno de 19 de octubre de 2015 (R. 99/2015), 25 de abril de 2017 (R. 2570/2015) y 18 de septiembre de 2017 (R. 3554/2015). En la última de ellas, se dice: "Tercera. Porque debe salirse al paso de las afirmaciones relativas a que la existencia de fraude de ley debe apreciarse de oficio, ya que, en otro caso pudiera entenderse que con nuestro silencio aceptamos esas alegaciones como acertadas. Nada más lejano de la realidad, como muestra la sentencia del Pleno de esta Sala de 19 de octubre de 2015 (RO 99/2015) en la que se anuló una sentencia de la misma Sala de Sevilla que había estimado de oficio la existencia de fraude de ley en un supuesto de hecho muy parecido al presente. En esta sentencia a cuyos argumentos damos aquí por reproducidos en aras a la brevedad dijimos que existe incongruencia "extra-petita" cuando se cambian los términos del debate planteado por las partes, como ocurre cuando el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión no debatida y se accede a una pretensión no formulada dejando indefensa a la parte que se vió privada de la posibilidad de hacer alegaciones en defensa de

sus intereses sobre esa cuestión que es resuelta sin haberse suscitado por las partes, sin que el principio "iura novit curia" permita al juez apartarse del principio "iuxta allegata y probata" y basarse en hechos y fundamentos diferentes a los alegados, por cuanto dejaría indefensa a la parte que no pudo rebatir los argumentos que creó "ex novo". Por ello, en aquella sentencia del Pleno concluimos que existe incongruencia "extra-petita" cuando la sentencia declara la existencia de un fraude de ley que nunca se alegó, ni razonó como fundamento de la pretensión ejercitada, lo que equivale a decir que no cabe estimar de oficio la existencia de fraude de ley, so pena de incurrir en incongruencia y de violar el art. 24 de la Constitución, máxime cuando nos encontramos ante un recurso extraordinario que se da para unificar doctrinas contrapuestas, disparidad doctrinal que no se da cuando las sentencias comparadas no abordan las mismas cuestiones."

Esta doctrina impide el análisis de cuestiones como el fraude o el abuso de la contratación temporal que no se analizaron en la sentencia recurrida, porque dejaríamos indefensa a la empleadora.

Cuarto.

Las precedentes consideraciones obligan, como ha informado el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda. Sin costas en ninguna de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid.

2. Casar y anular la sentencia recurrida dictada el 26 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 479/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en autos nº 1014/2016.

3. Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda.

4. Sin costas en ninguna de las instancias y con devolución de depósitos y consignaciones que se hubieran podido constituir para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea
D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana
D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D^a Maria Luz Garcia Paredes
D^a Concepcion Rosario Ureste Garcia

Que formula el Excmo. Sr. Magistrado DON FERNANDO SALINAS MOLINA a la sentencia de fecha 04-julio-2019 (rcud 2357/2018, Pleno), al que se adhieren las Excmas. Sras. Magistradas DOÑA MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA y DOÑA ROSA MARIA VIROLES PIÑOL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en fecha 19-junio-2019 (rcud 2357/2018); fundado en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.

1. Con carácter previo no debe olvidarse que lo único que se cuestiona en el presente recurso de casación unificadora por parte de la Administración pública empleadora consiste en determinar si la trabajadora demandante ostenta o no la condición de " indefinida no fija ", con las limitaciones jurisprudenciales que tal figura comporta y que ahora no se cuestionan.

2. Debiendo resaltarse que se trata del supuesto de una trabajadora contratada por interinidad por vacante en el año 2001 (03-07-2001) y que es cesada por cobertura de la plaza que desempeñaba en el año 2016 (30-09-2016), es decir, más de 15 años después.

3. La sentencia mayoritaria considera normal que un trabajador pueda permanecer como interino por vacante para la Administración pública durante tal dilatado periodo temporal y que ni siquiera ello sea suficiente para conferirle la condición de " indefinido no fija ", concluyendo que:

<< ... no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración, porque, aparte que por Orden de 8 de enero de 2008 (BOCM del 23 de enero de 2008) se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración, resulta que debe recordarse que las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dió lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 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 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013) >> (FD 3º, punto 3).

4. De la anterior conclusión y de los razonamientos que conducen a ella se discrepa en el presente voto particular.

Segundo.

1. Destacar como datos fácticos esenciales, -- únicos que constan como probados en la sentencia de instancia inalterados en suplicación --, que: a) la trabajadora demandante prestaba servicios como auxiliar de hostelería para la Agencia Madrileña de Atención Social en una Residencia de Mayores; b) en fecha 03-07-2001 suscribió un contrato de interinidad para cobertura de vacante nº NUM000 vinculada a la oferta de empleo público de 2001; c) por Orden de 03-04-2009 se convocó proceso selectivo para cobertura de plazas de auxiliar de hostelería adjudicándose la plaza NUM000 en dicho proceso a otra trabajadora que para ocuparla suscribió el 30-09-2016 contrato indefinido; y d) el 30-09-2016 se comunica a la demandante la finalización del contrato de interinidad que tenía suscrito.

2. De tales hechos puestos en relación con la normativa aplicable, entiendo, resulta que:

a) La trabajadora demandante fue contratada como interina por vacante el 03-07-2001 vinculada a una oferta de empleo público del año 2001; oferta pública del año 2001 que no consta que se llevara a efecto ni que la Administración empleadora realizara actividad alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza. La sentencia mayoritaria hace referencia, como se ha transcrito anteriormente, a una Orden del año 2008 (después de la entrada en vigor del EBEP) no invocada ni siquiera por la Administración pública empleadora en su recurso (sin que considere que esto genere indefensión para la parte contraria), de la que, por su mera publicación en el boletín oficial, presume que la Administración llevó a cabo realmente actuaciones con respecto a la plaza cuestionada, lo que en ningún lugar se alegó ni consta, deduciendo de ello la existencia de una oportuna y suficiente actividad administrativa a tales fines (<<... por Orden de 8 de enero de 2008 (BOCM del 23 de enero de 2008) se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración ...>>). La genérica afirmación de que Orden de 08-01-2008 se actualizó la Oferta de Empleo Público de los años 1998 a 2004 no acredita que se convocara la concreta plaza ocupada interinamente por la

actora ni, en su caso, la suerte corrida por la misma, si se cubrió, si se cubrió pero la persona que obtuvo la plaza no la ocupó, si quedó desierta o cualquier otra circunstancia decisiva.

b) El EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público -BOE 13-04-2007) entró en vigor el 13-05-2007 (DF 4ª.1), por lo que, en dicha fecha, la trabajadora ya llevaba al servicio de la demandada un total de 5 años y 9 meses. A la entrada en vigor del EBEP, ya cabe entender que la empleadora había vulnerado las reglas imperativas de la contratación temporal y de la exigencia y persistencia de causa para ella, al mantener irregularmente tal forma de contratación evidenciando una larga inactividad de la Administración pública empleadora y durante un periodo que es dable de calificar como inusualmente largo e injustificado, pues excede en mucho de los límites normales previstos para la duración ordinaria de la contratación temporal, incluso para la interinidad por vacante y ello aunque se adoptara una interpretación flexible en favor de la Administración pública empleadora respecto a los empleadores privados, visto el art. 4.2 (contrato de interinidad) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada), puesto que el contrato de interinidad celebrado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo " durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva " se preceptúa que " la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima ", pero que " En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica ", pues, además de que no consta la real existencia de un proceso de selección, estaríamos ante una duración del mismo inusualmente larga. Nótese que al tiempo de ser contratada la actora no existía previsión específica alguna respecto al tiempo que habrían de durar los procesos de selección o promoción para la cobertura de vacantes en las Administraciones Públicas, pero tal ausencia de regulación no puede llevar a la conclusión de que no hay límite alguno en la duración de dichos procesos. En efecto, la Administración ha de acreditar que no ha existido inactividad por su parte y que ha promovido los mecanismos adecuados, en el tiempo razonablemente exigible, para la provisión de las vacantes.

c) Recuérdese, además, que la normativa vigente en dicha fecha, contenida especialmente en el art. 6.4 Código Civil ("Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"), así como en el art. 15.3 ET (" Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley "), entre cuyos supuestos es dable incluir la desaparición de la causa para la contratación temporal por incumplimiento empresarial de la cobertura de la plaza en tiempo razonable (arg, ex arts. 1274 a 1277 CC) o la existencia de abuso de derecho ex art. 7.2 CC (" La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso "), pues incluso nuestra reciente jurisprudencia ha interpretado que el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido (dos SSTS/IV Pleno 19-07-2018 -rcuds 823/2017 y 1037/2017). Lo que, en definitiva, posibilitaba entender que a la entrada en vigor del EBEP la trabajadora ya debería haber ostentado la condición de indefinida, aun con la matización de " no fija " establecida jurisprudencialmente.

d) Desde la entrada en vigor del EBEP el día 13-05-2007 hasta la convocatoria del único proceso selectivo que consta probado en fecha 03-04-2009 tampoco consta actividad alguna de la Administración empleadora tendente a la convocatoria de la plaza ocupada interinamente por la demandante. La convocatoria de un proceso selectivo, -- la que en la sentencia de instancia confirmada en suplicación se niega que fuera de consolidación de empleo y la ahora recurrente no pretendió en suplicación la modificación de los HPs de la sentencia de instancia en los que no consta tal dato --, no se produce hasta el 03-04-2009 (casi dos años después de la entrada en vigor del EBEP), es decir cuando la trabajadora ya llevaba al servicio de la empleadora un total de 7 años y 8 meses; y cuando aún no se había producido la << grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dió lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos >> a la que se hace referencia en la sentencia mayoritaria.

e) El referido proceso selectivo convocado el 03-04-2009 no se resolvió hasta el mes de septiembre del año 2016, sin que consten las causas de tal dilación una vez convocado ni se aleguen por la empleadora recurrente las causas de la demora; por lo que cuando la empleadora procede a la extinción del contrato de la

actora ya llevaba a su servicio un total de 15 años y 2 meses. La sentencia mayoritaria, de oficio, justifica tal dilación argumentando, como se ha adelantado, que << debe recordarse que las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dió lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 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 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013) >>

2. En definitiva, aunque no se valorara el periodo transcurrido desde la convocatoria del proceso selectivo (03-04-2009) hasta su resolución (septiembre 2016), -- aplicando la citada doctrina sustentada en la sentencia mayoritaria sobre las consecuencias de la grave crisis económica en la ofertas de empleo público a partir del RDL 20/2011, de 30 de diciembre --, se evidencia una inactividad de la Administración pública empleadora, como mínimo, desde el 03-07-2001 al 03-04-2009, antes y después de la entrada en vigor del EBEP (13-05-2007), manteniendo a la trabajadora en situación de interinidad por vacante y sin realizar actividad alguna tendente a la cobertura reglamentaria de la plaza.

Tercero.

1. La sentencia mayoritaria, parte, en lo que coincide, de que, superado el requisito de la contradicción, la Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas y que debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, sin que tal proceder en manera alguna suponga incongruencia, pues << el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores >>, siempre que resuelva << el debate planteado en suplicación >> (FD 2º.2 in fine).

2. En el presente caso, la sentencia de suplicación recurrida considera aplicable el art. 70 EBEP y no su DT 4ª, por lo que, visto el tiempo transcurrido superior a tres años, considera que la trabajadora es indefinida no fija; en tanto la sentencia de contraste interpreta que no es aplicable dicho art. 70 EBEP sino su DT 4ª por tratarse de un proceso de consolidación de empleo y no estar sujeto a plazo, por lo que no había perdido la trabajadora su condición de interina por vacante.

3. Resulta que el único y exclusivo motivo del recurso de la empleadora se fundamenta en que es aplicable la DT 4ª EBEP ; y la sentencia mayoritaria entendiendo que no es aplicable el EBEP (ni, por tanto, su art. 70 ni su DT 4ª), le da la razón a la recurrente en base a otros motivos distintos y priva a la trabajadora de su condición de " indefinida no fija " reconocida en la sentencia recurrida, pero, sin embargo, no utiliza otros argumentos para mantener tal condición en favor de la trabajadora afirmando que esto último le generaría indefensión a la empleadora.

4. La sentencia mayoritaria para estimar el recurso empresarial se fundamenta en una interpretación jurisprudencial del art. 70 EBEP en relación con las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado que podría haber conducido igualmente a su desestimación. En esencia, se fundamenta:

a) En la sentencia del Pleno de 24-04-2019 (R. 1001/2017) en la que se dice " 3. Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP , ... ha de señalarse que dicho precepto va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público". El 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. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión "; añadiendo que <<... el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los

contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público. Conforme tenemos dicho, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero, también, su prolongación, casos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial >>.

b) E incluso en la STJUE 05-06-2018 (C-677/16 , Gran Sala, Lucia Montero Mateos), afirmando que << Así lo ha entendido, también, la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) que acabó diciendo: "En el caso de autos, la Sra. ... no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo", conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años y que sean los Tribunales españoles quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal >>; no se comparte tal afirmación de la sentencia mayoritaria, pues es muy cuestionable que dicha STJUE avale genéricamente que un contrato de interinidad pueda durar más de tres años.

c) Concluyendo la sentencia mayoritaria, como se ha adelantado, -- lo que no se comparte --, con invocación de la Orden de 08-01-2008 (BOCM 23-01-2008) y el RDL 20/2011, de 30 de diciembre y la Ley 22/2013, que << las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dió lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos >>, que << La aplicación de la anterior doctrina obliga a estimar el recurso porque no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración >>.

d) Niega la sentencia mayoritaria la aplicabilidad de circunstancias que pudieran permitir apoyar la calificación de " Indefinida no fija " otorgada a la trabajadora demandante en la sentencia recurrida, en base a que << en un recurso como el presente no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia extra-petita >> y con invocación de jurisprudencia de esta Sala a que << existe incongruencia "extra-petita" cuando se cambian los términos del debate planteado por las partes, como ocurre cuando el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión no debatida y se accede a una pretensión no formulada dejando indefensa a la parte que se vió privada de la posibilidad de hacer alegaciones en defensa de sus intereses sobre esa cuestión que es resuelta sin haberse suscitado por las partes, sin que el principio "iura novit curia" permita al juez apartarse del principio "iuxta allegata y probata" y basarse en hechos y fundamentos diferentes a los alegados, por cuanto dejaría indefensa a la parte que no pudo rebatir los argumentos que creó "ex novo" >>. A pesar, de cómo la propia sentencia mayoritaria reconoce, para llegar a la conclusión estimatoria del recurso formulado por la empleadora se han cambiado los términos del debate planteado por la recurrente que exclusivamente invocaba inaplicación de la DT 4ª EBEP ; y dado que visto el planteamiento de la demanda y la estimación esencial de la pretensión actora en la sentencia de instancia y en la recurrida, en aplicación estricta de la doctrina de esta Sala de casación en la fecha de los hechos, no cabe entender le fuera exigible a la actora que interpusiera recursos de suplicación y de casación contra las referidas sentencias para que se le estimara igualmente su pretensión pero por motivos distintos.

Cuarto.

1. En definitiva, entiendo que era dable aplicar al presente caso la doctrina contenida en la STS/IV Pleno 24-04-2019 (rcud 1001/2017), en la que, -- precisamente se estimaba la tesis de la trabajadora aun por motivos distintos a los por ella utilizados (<< La doctrina anterior nos lleva a sostener que la solución de la sentencia recurrida es ajustada a derecho, si bien por los razonamientos que se exponen en la presente resolución >>) --, entre otros extremos, se razona:

a) <<... aun admitiendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan utilizar la contratación temporal no solo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, a los que se refieren los arts. 15.1.c) del ET y 4 del RD. 2104/1984 de 21 de noviembre , sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través del procedimiento establecido al efecto, lo que deviene inadmisibles es el mantenimiento de una contratación temporal en

circunstancias como la concurrente en el presente caso en el que consta acreditado que la demandante ha venido prestando servicios para la demandada como directora del centro de servicios sociales de Ribadavia, en virtud primero de un contrato de fomento de empleo desde el 28/7/92 al 27/7/95, y después de un contrato de interinidad desde el 28/7/95 para cubrir la vacante de directora del centro de servicios sociales de Ribadavia hasta que se cubriera la vacante por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza, sin que después de 20 años la Administración demandada haya promovido actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo cual no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo, como ha tenido ocasión de matizar esta Sala IV/ TS en sentencias (2) de 19 de julio de 2018 (rec. 1037/2017 y 823/2017) - aunque refiriéndose a la contratación por obra o servicio determinado-, con referencia la doctrina de la STJUE de 5 junio 2018, Montero Mateos, C- 677/16, que en su ap . 64, se refiere a la duración inusualmente larga de un contrato temporal como indicio de su conversión en fijo, señalando que el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer, reafirmando como buena esa doctrina.

La doctrina anterior nos lleva a sostener que la solución de la sentencia recurrida es ajustada a derecho, si bien por los razonamientos que se exponen en la presente resolución, concluyendo que nos encontramos ante un supuesto en el que no existe una contratación temporal válida. No se trata solo de la muy dilatada duración (más de 20 años), sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización >>

b) << Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP ... ha de señalarse que dicho precepto va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público".

El 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.

En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión >>; y

c) << Así, dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP , ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente -como se ha señalado- estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta, y que justifica la aplicabilidad de la doctrina expuesta de esta Sala IV/TS, y del TJUE por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ ("Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea") >>.

2. Entiendo, igualmente, que corrobora la interpretación que se propone en este voto particular la citada STJUE 05-06-2018 (C-677/16 , Gran Sala, Lucia Montero Mateos), recaída en supuesto similar al del enjuiciado en la sentencia alegada como referencial en el presente recurso de unificación de doctrina, -- relativa a una trabajadora que tras un corto periodo con contrato de interinidad por sustitución (desde el 13-03-2017), en 01-02-2008 su contrato es transformado en un contrato de interinidad por vacante, afecta a la convocatoria de consolidación de empleo para auxiliares hostelería activada en octubre de 2009; en julio de 2016 el proceso finaliza desfavorablemente para la trabajadora y es cesada el 30-09- 2016 --, puesto que, -- si bien mantiene la doctrina de la anterior STJUE 05-06-2018 (C-574/16 , Grupo Norte Facility), luego reiterada en las posteriores SSTJUE 21-11-2018 (C- 619/17, De Diego Porras II), 11-04-2019 (C-29/18, C-30/18 y C-44/18 acumulados, Cobra Servicios Auxiliares, S.A.) y Auto TJUE 19-03-2019 (C-293/18 , CCOO y UGT Galicia vs Universidad Santiago de Compostela), respecto a que << La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco ... debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato

de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva >> --, añade un elemento de importancia en orden a combatir judicialmente los excesos de la contratación temporal, la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración inusualmente larga que posibilitaría recalificar el contrato temporal como contrato fijo, lo que incumbe examinar al juzgado remitente; afirmándose, en el apartado 64 de dicha STJUE, -- al que no cabe configurar como un mero " obiter dicta " -- que << En el caso de autos, la Sra. Bernarda no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo" >>. Por lo que, entiendo, en el presente caso esta Sala debería haber concluido que, << habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga >>, debía mantenerse la calificación de " indefinida no fija " de la trabajadora demandante declarada en la sentencia de suplicación recurrida, siendo difícilmente entendible que la finalidad del Acuerdo Marco se cumpla con la interpretación que se efectúa en la sentencia mayoritaria.

Quinto.

1. Por lo que, en conclusión, entiendo que, en el presente caso, la duración del contrato de interinidad por vacante de la actora, -- aunque se excluyera el periodo transcurrido desde la convocatoria del proceso selectivo (03-04-2009) hasta su resolución (septiembre 2016); y aunque la vacante ocupada por la trabajadora demandante existiera realmente --, evidencia una larga inactividad de la Administración pública empleadora, como mínimo, desde el 03-07-2001 al 03-04-2009, antes y después de la entrada en vigor del EBEP (13-05-2007), manteniéndose a la trabajadora en situación de interinidad por vacante y sin realizar la Administración pública empleadora actividad alguna tendente a la cobertura reglamentaria de la plaza durante un periodo que es dable de calificar como inusualmente largo durante de 7 años y 8 meses, lo que lo transforma en una situación legalmente irregular pues excede en mucho de los límites normales previstos para la duración ordinaria de la contratación temporal, incluso para la interinidad por vacante aunque se adoptara una interpretación flexible en favor de la Administración pública empleadora respecto a los empleadores privados, visto el art. 4.2 (contrato de interinidad) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada).

2. Por todo lo hasta ahora expuesto, entiendo que el recurso de casación para la unificación de doctrina debería haber sido desestimado y declararse la firmeza de la sentencia impugnada.

Madrid, 4 de julio de 2019

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.