

El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)

STS-SOC núm. 322/2019, de 24 de abril

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

I. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos c. Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid*, C- 677/16 (ECLI:EU:C:2018:393), rectificó la doctrina de la anterior Sentencia de su Sala Décima de 14 de septiembre de 2016, de *Diego Porras I c. Ministerio de Defensa*, C-596/14, (ECLI:EU:C:2016:683). En efecto, declaró que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, no se opone a una normativa nacional, en concreto al art. 49.1.c) del ET, que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de interinidad para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, indemnización que, en cambio, se concede a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva (apdo. 65). Sin embargo, inmediatamente antes, la Sentencia *Montero Mateos* dejó dicho que corresponde a los jueces y tribunales nacionales examinar si deben recalificar el contrato temporal como fijo, habida cuenta de la imprevisibilidad de su finalización “y de su duración, inusualmente larga” (apdo. 64). En el litigio principal que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, el contrato de interinidad para la cobertura de vacante celebrado por la trabajadora demandante había durado más de ocho años.

La Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo aplica en la Sentencia objeto de este comentario la salvaguarda del apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* a un contrato de interinidad por vacante de más de veinte años de duración, tiempo “inusualmente largo” en el que la Administración Pública empleadora no había llevado a cabo actividad alguna para proveer la cobertura reglamentaria de la plaza interinada. Al hacerlo sienta una relevante doctrina a propósito de la apreciación de la duración “inusualmente larga” de un contrato de duración determinada o temporal, que corrige parte de la doctrina judicial de suplicación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 332/2019, de 24 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1001/2017.

ECLI: ES:TS:2019:1506.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es el de la calificación jurídica de un contrato de interinidad por vacante de muy larga duración.

La demandante en la instancia había prestado servicios a la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia como directora del centro de servicios sociales de Ribadavia a través de dos sucesivos contratos temporales: un primer contrato de fomento de empleo desde el 28-7-92 al 27-7-95; y un sucesivo contrato de interinidad desde el 28-7-95 para cubrir provisionalmente la vacante del puesto que desempeñaba hasta que se cubriera definitivamente por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza.

El 25-1-16 la trabajadora presentó reclamación previa del carácter indefinido de su relación laboral que no fue contestada por la Administración pública empleadora.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense en Sentencia núm. 231/2016, de 3 de mayo (autos núm. 184/16), estimó su demanda, declarando el carácter indefinido de la relación laboral con antigüedad del primer contrato de fomento del empleo, de 28-7-92, por tanto, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias legales oportunas. Consideró el juez que el contrato de interinidad para la cobertura de vacante celebrado en el año 1995 era fraudulento por causa del tiempo transcurrido desde su celebración -más de veinte años- sin la convocatoria del correspondiente proceso selectivo para la cobertura definitiva de la vacante, y, en todo caso, por el transcurso del plazo máximo de tres años fijado en el art. 70 del EBEP.

La Consellería de Traballo e Benestar formuló recurso de suplicación (núm. 3047/16), que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (A Coruña) en Sentencia núm. 368/2017, de 19 de enero, (ECLI:ES:TSJGAL:2017:243), que confirmó la de instancia y condenó en costas a la recurrente. La sentencia de suplicación se hizo eco del que consideró un cambio de la jurisprudencia que permitía entender producido por el plazo de tres años referido en el art. 70 del EBEP, señalando que la primera doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que negaba la transformación del contrato de interinidad para la cobertura de vacante en contrato indefinido por la existencia de demora en la provisión de las plazas, había “quedado superada por la más moderna doctrina del Tribunal Supremo”, que, aplicando el art. 70.1 del EBEP y el art. 4.2.b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, había determinado que “la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta” (Sentencia de 14 de octubre de 2014, recud. núm. 711/13, ECLI:ES:TS:2014:4264). Aplicando esta doctrina al caso, concluyó que el contrato de interinidad por vacante había excedido “en mucho” el plazo de tres años en la fecha de

la reclamación previa a la jurisdiccional, reafirmando la condición de indefinida no fija de la trabajadora.

Frente a la sentencia de suplicación la Conselleria de Traballo e Benestar formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina por infracción de los arts. 15.3 y 3.3.c) -rectius, art. 3.1.c), al que se alude en otros momentos de la sentencia de casación unificadora- del ET (art. 224.1.b) LRJS), fundando la contradicción de la sentencia recurrida con la Sentencia núm. 3816/2012, de 2 de julio, de la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recurso de suplicación núm. 156/09 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:6284). En el supuesto de hecho de dicha sentencia la trabajadora prestaba servicios para la Xunta de Galicia, con la categoría profesional de educadora, como personal laboral temporal, también en virtud de contrato de trabajo de interinidad por vacante de larga duración, en concreto desde el 27-9-1994. Frente a la sentencia recurrida, la referencial sostuvo que el contrato de interinidad para la cobertura provisional de vacantes en el ámbito de la función pública no está sujeto a un límite máximo de duración, sino que su duración se corresponde con el tiempo que duren los procesos de cobertura de la plaza, de acuerdo con su normativa específica, sin que el contrato de interinidad se transforme en indefinido, a pesar de la dicción del art.10.4 del EBEP.

Ante la trascendencia de la cuestión jurídica planteada la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decidió, con suspensión del señalamiento para votación y fallo, que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala.

El Ministerio Fiscal consideró procedente el recurso y solicitó su estimación por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

IV. Posiciones de las partes

La trabajadora demandó el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral que la unía a la Conselleria de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia.

Ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y del Tribunal Supremo, impugnó de contrario los recursos de suplicación y de casación unificadora interesando su desestimación; el de casación unificadora de doctrina por falta de contradicción y por falta de contenido casacional. Solicitó la confirmación de la sentencia de suplicación recurrida por ser ajustada a derecho.

La Xunta de Galicia alegó la infracción de los arts. 15.3 y 3.1.c) del ET producida por la indebida alteración de la naturaleza jurídica del contrato de interinidad por cobertura de vacante como consecuencia de la existencia de una demora en la provisión de las plazas. Apoyó ante la Sala de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la validez de la contratación efectuada, de interinidad por vacante, en doctrina del Tribunal Supremo.

V. Normativa aplicable al caso

El art. 70 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, actual art. 70.1 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), bajo la rúbrica "Oferta de empleo público", disponía y dispone, en su apdo. 1: "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".

Por su parte, el art. 4.1 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de

duración determinada, prevé que el contrato de interinidad, además de “para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual”, se celebre “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”. En este segundo caso, según establece el apdo. 2.b) del citado art. 4, su “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”. Si bien “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”. Su art. 8.1.c).4ª determina que el contrato de interinidad se extingue por el “transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas”.

El art. 15.3 del ET establece que “[s]e presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”. Y su art. 3.1.c), que “[l]os derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan [...] [p]or la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”.

La sentencia de suplicación de contraste se refiere al artículo 10.4 del EBEP, pero es éste un precepto de aplicación a los funcionarios interinos (“las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”), lo que no era el caso en aquella sentencia ni en este caso, en que se trata de trabajadoras de régimen jurídico-laboral.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la existencia de contradicción

Expuesta la doctrina sobre el requisito de la contradicción para hacer viable el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 LRJS), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo comprueba, como no podía ser de otra manera, su cumplimiento entre las sentencias comparadas. Las similitudes entre las mismas son obvias: se trata en ambas de trabajadoras ligadas a la misma Administración pública empleadora mediante un contrato de interinidad por vacante de duración inusualmente larga, que habían superado con mucho el plazo de tres años establecido en el EBEP, y que demandaban, por ello, la conversión de su contrato temporal en contrato indefinido no fijo por el carácter fraudulento de sus contratos temporales. Las soluciones de ambas sentencias son contrarias sobre la base de la superación del plazo de tres años del EBEP y la significación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014, que la sentencia de contraste no pudo tener en cuenta “por razones cronológicas” (FD 2º.3), como ha quedado expuesto en el epígrafe III.

2. Una jurisprudencia que no lo era

Precisa el Tribunal Supremo la doctrina contenida en su anterior Sentencia de 14 de octubre de 2017, con arreglo a la cual resuelve la sentencia de suplicación recurrida. Recuerda que aquella sentencia se remite a dos precedentes de la Sala, las Sentencias de 14 y 15 de julio de 2014 (recud. núm. 1847/2013, ECLI:ES:TS:2014:3319, y recud. núm. 1833/2013, ECLI:ES:TS:2014:3505, respectivamente), en las que el núcleo de la decisión no se centraba en la calificación de la relación existente entre los trabajadores y la Administración Pública demandada, sino en la extinción de contratos de interinidad por vacante convertidos en indefinidos no fijos para ser extinguidos a través de los procedimientos de despido objetivo (arts.

52 y 53 ET) o de despido colectivo (art. 51 ET) en caso de amortización de la vacante; conversión contractual innecesaria a tales efectos extintivos a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (recud. núm. 217/13, ECLI:ES:TS:2014:3081), que, rectificando doctrina anterior, exige que la amortización de la plaza interinamente cubierta se produzca a través de la causa c) del art. 52 del ET (o, de superarse, los umbrales, como despido colectivo).

Ciertamente, la Sentencia de 14 de julio de 2014 afirmó que: *“Para llegar a tal conclusión, la Sala de suplicación argumenta que el contrato de interinidad por vacante de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 [...] y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 [...], la relación contractual había devenido indefinida no fija; y la extinción de una relación de tales características debiera haberse sometido a las previsiones de los arts. 51 y/o 52 ET [...]”. También la Sentencia de 15 de julio de 2014 dijo: “La sentencia de instancia había desestimado la demanda, pero la de suplicación razona que el contrato de interinidad por vacante de la actora había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 [...] y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 [...], la relación de la demandante se había convertido en indefinida, pues la demandada se ha limitado a convocar varias ofertas de concurso de traslados, y esta actuación resulta notoriamente insuficiente e inadecuada para cubrir las plazas vacantes”.*

La sentencia de suplicación impugnada había reconocido que en las referidas sentencias el Tribunal Supremo no se pronunciaba “exactamente sobre esta cuestión, pues se trataba de dos casos de despido de trabajadores interinos por vacante”, pero considera que sí hacía “suya la doctrina de las Salas de Suplicación” (FD 2º).

Sin embargo, el Tribunal Supremo matiza en la sentencia que se analiza que esa es la doctrina judicial de suplicación, no su jurisprudencia, que “en ningún caso” ha sostenido que la superación de los plazos previstos en las mencionadas normas “sin más, dé lugar automáticamente al reconocimiento como relación de carácter indefinido no fijo de la contratación de interinidad por vacante”. La finalidad de los mencionados preceptos es otra, pues atienden a la “regulación del modo de provisión de las necesidades de recursos humanos mediante personal de nuevo ingreso, estableciéndose los oportunos mecanismos para ello” (FD 3º.1).

3. *El abuso de temporalidad; duración inusualmente larga y pasividad de la Administración empleadora*

Enjuicia a continuación el Tribunal Supremo el objeto del recurso. Lo que comienza haciendo con una referencia no exenta de un sutil deje de aceptación resignada sobre el uso de la contratación laboral temporal por las Administraciones públicas: “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 [...]”. Concede el Tribunal Supremo que las Administraciones públicas recurran al contrato de interinidad para cubrir provisionalmente plazas vacantes, que podrían y deberían cubrir a través del oportuno procedimiento reglamentario desde el principio. A este respecto, la sentencia de suplicación impugnada contiene en su FD 2º un extractado resumen de la “flexibilidad” de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el contrato temporal de interinidad por vacante desde la década de los 90 del pasado siglo, que también relata la sentencia de contraste (FJ 3º).

Lo que no concede el Tribunal Supremo –“deviene inadmisibles”- es el mantenimiento de una contratación temporal durante 20 años, sin que la Administración pública concernida haya hecho nada para proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza. En tales casos, el contrato temporal, inicialmente válido,

deja de serlo por su duración “inusualmente larga”. Esta es la doctrina que la sentencia comentada sienta, aplicando el razonamiento contenido en el apartado 64 de la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, C- 677/16, *Montero Mateos*, que, como quedó dicho, ha ordenado a los jueces y tribunales nacionales “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”; en la construcción, bien conocida, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como indefinido *no fijo* para dar satisfacción a las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 103.3 CE).

El contrato temporal deja de serlo, “se desdibuja”, cuando por su extensa duración su objeto se convierte en una actividad necesariamente incorporada “al habitual quehacer” de la empleadora, pública o privada. Su duración “inusualmente larga” es “un indicio de su conversión en fijo” (FD 3º.2).

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2. CC) por su duración “inusualmente larga” en las Sentencias 784 y 787/2018, de 19 de julio, también del Pleno de la Sala (recud. 824/2017 y 1037/2017), aunque refiriéndose a la contratación por obra o servicio determinado vinculada durante más de diez años a sucesivas novaciones de la contrata, convertida en actividad ordinaria de la empresa contratista. Y, aunque en la sentencia comentada lo diga, no aplicó allí las previsiones del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada entre la CES, la UNICE y el CEEP, anexo a la Directiva 1999/70/CE, ni la doctrina *Montero Mateos*, que alegaba en su favor, en el caso de la Sentencia 787/2018, la trabajadora recurrida, por el poco comprensible argumento de que, “al margen de que se consideren o no directamente aplicables a empleadores privados, *no alcanzan a contrataciones preexistentes*” [FD 4º.1.B)].

En esta ocasión la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo quiere reafirmar como buena aquella doctrina. Y confirma la sentencia de suplicación recurrida, pero no por sus razonamientos, sino por los suyos propios. El contrato de interinidad para la cobertura de vacante no es válido no sólo por su “muy dilatada duración”. También porque “no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna”; y muy particularmente, por la pasividad de la Administración empleadora, que no había hecho nada en los más de veinte años de prestación de servicios de la trabajadora en relación con la plaza que interinaba (“brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización”) (FD 3º.2).

4. La superación del plazo de tres años del artículo 70 del EBEP no determina automáticamente la conversión en fijo, o en indefinido no fijo en el sector público, del contrato de interinidad para la cobertura de vacante

Vuelve la argumentación de la sentencia casacional a su principio, a los efectos de la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP, precepto que está en el análisis contradictorio de las sentencia de suplicación, cuyo alcance, aunque no haya sido objeto de censura jurídica y no precise analizarlo para resolver el recurso, la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo quiere precisar.

Lo hace, corrigiendo parte de la doctrina judicial de suplicación y de las decisiones de los juzgados de lo social, señalando que dicho plazo disciplina “la ejecución de la oferta de empleo público”, pero no, con carácter general, la conversión en ilícito de un contrato temporal de interinidad por cobertura de vacante inicialmente lícito. Lo que comporta que el plazo de tres años del art. 70 del EBEP no pueda entenderse “en general como una garantía inamovible” que haya que respetar para afirmar la desnaturalización del contrato temporal de interinidad, que, “sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades”, puede tener lugar antes del cumplimiento de dicho plazo, o después, aunque no “de modo automático”, lo que dependerá de la conducta de la empleadora (FD 3º.3).

Tras esa argumentación la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo sienta la conclusión que cabía esperar: “son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión” (FD 3º.3), método de apreciación casuística de circunstancias y conclusiones que confiere valor definitorio a cada decisión judicial y que se compadece mal con la seguridad jurídica. Desde luego, la duración “inusualmente larga” del contrato temporal es circunstancia indicadora de su utilización abusiva y de su ilicitud, de la desaparición de la causa de su celebración y de su extinción. De ahí su recalificación como fijo -o indefinido no fijo- que ordena el apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos*. La cuestión es determinar qué sea esa duración excesivamente larga que puede identificarse, pero que no se identifica en todo caso, con la mera superación del plazo de tres años al que se refiere el artículo 70 del EBEP.

Llegados aquí, el Tribunal Supremo considera innecesario “resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante”, ya que, “notoriamente”, en el caso que debe decidir, la duración del contrato de interinidad para la cobertura de vacante había sido inusualmente larga. Con la consecuencia de declarar su carácter fraudulento en aplicación de la doctrina de la Sala y del TJUE por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ, que ordena a los jueces y tribunales aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (FD 3º.3).

VII. Parte dispositiva

La sentencia dispone en su fallo:

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de la CONSELLERIA DE TRABALLO E BENESTAR, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 19 de enero de 2017 [...], en el recurso de suplicación número 3047/2016, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 3 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, en autos número 184/2016, seguidos a instancia de [la trabajadora] contra la CONSELLERIA DE TRABALLO E BENESTAR de la Xunta de Galicia.

2º.- Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3º.- Condenar a la recurrente al pago de las costas, incluyendo la minuta de honorarios del Letrado que impugnó el recurso con el límite cuantitativo legalmente establecido, dando al depósito constituido para recurrir, en su caso, el destino legal”.

VIII. Pasajes decisivos

- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo “en ningún caso” ha sostenido que “al amparo de lo dispuesto en el art. 70.1 del EBEP y art. 4.2.b) del RD 2720/1998 de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 ET, la superación de los plazos previstos en dichas normas, sin más, de lugar automáticamente al reconocimiento como relación de carácter indefinido no fijo de la contratación de interinidad por vacante (FD 3º.1).

- “Dichos preceptos se refieren a la regulación del modo de provisión de las necesidades de recursos humanos mediante personal de nuevo ingreso, estableciéndose los oportunos mecanismos para ello” (FD 3º.1).

- [D]eviene inadmisibile [...] el mantenimiento de una contratación temporal [...] en virtud [...] de un contrato de interinidad [...] para cubrir la vacante [...] hasta que se cubriera [...] 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” (FD 3º.2).

- [L]a doctrina de la STJUE de 5 junio 2018, Montero Mateos, C- 677/16 [...] en su ap. 64, se refiere a la duración inusualmente larga de un contrato temporal como indicio de su conversión en fijo” (FD 3º.2).

- “[E]l 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 [...]” (FD 3º.2).

- “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 [...] brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización” (FD 3º.2).

- [E]l plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP [...] va referido a “la ejecución de la oferta de empleo público” (FD 3º.3).

- “El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP [...] 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” (FD 3º.3).

- “En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión” (FD 3º.3).

IX. Comentario

Se trata de una sentencia muy relevante del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como ha puesto de manifiesto la doctrina que inmediatamente ha dado cuenta y se ha ocupado de ella (ROJO TORRECILLA, BELTRÁN DE HEREDIA). Y lo es por varios motivos.

La Sala de casación deshace el equivocado entendimiento que los Tribunales de suplicación habían hecho de su Sentencia de 14 de octubre de 2017, que razonó con cita de sus anteriores Sentencias de 14 y 15 de julio de 2014, que, a su vez, recogían la fundamentación de sentencias de suplicación en las que se ligaba la suerte de la conversión de los contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos a la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70.1 del EBEP. Esa era la doctrina de suplicación, pero nunca fue jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y tampoco lo es en la sentencia comentada, que se encarga de poner de manifiesto que la invalidez del contrato temporal de interinidad para la cobertura de vacantes no resulta automáticamente y con carácter general de la superación de referido plazo de tres años, contra lo que vienen entendiendo los tribunales de suplicación y los jueces de lo social, aunque el debate judicial no esté pacificado. La superación de dicho plazo puede ser un indicio de una duración inusualmente larga del contrato de interinidad por vacante, unida a otros elementos indiciarios del carácter fraudulento del contrato temporal como, de manera sobresaliente destaca la sentencia, la pasividad de la Administración empleadora en proceder a la cobertura definitiva de la plaza provisionalmente cubierta, pasividad que realmente permite concluir que no hay vacante alguna que cubrir y que la contratación temporal se ha convertido en permanente o tiene trazas de hacerlo. Lo contrario significaría dejar la validez del contrato, y su cumplimiento acomodado a la causa de su temporalidad, en uno de los contratantes, en la arbitrariedad de las Administraciones públicas, lo que prohíbe el art. 1256 del CC.

Es obvio que en la conversión en permanentes –para la atención de necesidades permanentes y duraderas- de los contratos temporales no sujetos a plazo máximo determinado, a través de su dilatada duración, se incumple su causa de celebración. Por lo mismo, en tales casos no se justifica su extinción por una causa extintiva propia de un contrato de duración determinada o temporal, que, en realidad, no lo es. La recalificación como “fijo” del contrato deviene obligada, al dejar de operar la razón justificativa del trato diferente entre la contratación temporal y la indefinida, y su finalización ha de compartir el régimen extintivo de los contratos indefinidos para no vulnerar el principio de no discriminación de los trabajadores con contratos temporales en sus condiciones de trabajo que enuncia la cláusula 4ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Todo ello explica la argumentación del apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* que, como se recordará, se pronuncia sobre la cláusula 4ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, sobre el principio de no discriminación, y no sobre su cláusula 5ª, sobre medidas destinadas a evitar la utilización abusiva sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La duración “inusualmente larga” del contrato temporal es concepto jurídico indeterminado, que encuentra un principio de determinación en una duración dilatada superior a la usual. Pero, ¿cómo se determina la usual cuando los contratos temporales no tienen una duración máxima legalmente establecida? La sentencia acoge un método de apreciación casuística para fijarla, y no rechaza, en la tarea de ajuste fino o afinado que efectúa de los contratos de interinidad por vacante, que pueda hacerlo el plazo de tres años del art. 70.1 del EBEP. Lo que rechaza es que ese plazo, ordenado a la ejecución de la oferta pública de empleo, funcione terminantemente para derivar indefectiblemente de su superación la invalidez del contrato temporal, de modo que, para declarar esa invalidez y recalificar el contrato como indefinido no fijo por su carácter fraudulento, habrá casos en que no será preciso esperar a su transcurso, y otros en que su superación no conducirá a ese resultado si no se acompaña de otros criterios indiciarios de abuso de la temporalidad.

La consecuencia inevitable es la inseguridad de los resultados, de las conclusiones concretas, de esa regla de apreciación judicial indiciaria y casuística, su falta de certeza y de previsibilidad en su aplicación a contratos no sujetos a término determinado o a una duración máxima. La intervención del legislador fijando un plazo máximo de duración de los contratos sin término determinado para asegurar la delimitación temporal del vínculo contractual es la solución no sólo adecuada, sino necesaria para proporcionar previsibilidad y certeza y, por ende, seguridad jurídica.

Nada dice la sentencia comentada sobre la imprevisibilidad de la finalización del contrato en el momento de su celebración, si es elemento autónomo en el juicio de indicios, como debe ser en una recta interpretación del apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* en mi opinión, o si queda embebido en la duración “inusualmente larga” del contrato temporal.

Es llamativo que la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo ni siquiera cite la norma europea que interpreta la Sentencia *Montero Mateos*, el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la Directiva 1999/70/CE. Y que tras concluir en el carácter fraudulento del contrato por su duración inusualmente larga, más de veinte años, justifique la aplicación de su anterior jurisprudencia, y solo después de la Sentencia *Montero Mateos*, pese a reproducir el art. 4 bis de la LOPJ. Cierta es la competencia exclusiva de la Sala de casación para interpretar el Derecho nacional, pero parece traslucirse el problema de la identificación del denominado “vértice jurisdiccional” en un sistema jurídico con pluralidad de “vértices jurisdiccionales”.

X. Apunte final

En la estela de esta sentencia, y del fundamento 64 de la Sentencia *Montero Mateos*, hemos de estar atentos a los resultados de la apreciación judicial indiciaria y

casuística de la duración “inusualmente larga” de los contratos de interinidad por vacante.

Naturalmente, la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo se circunscribe a esta modalidad de contrato de interinidad, que unía a la trabajadora con la Administración pública empleadora durante más de veinte años. La jurisprudencia anterior ha aplicado la misma doctrina a contratos para obra o servicio determinado de duración “inusualmente larga” (diez años de duración por su vinculación a la renovación sucesiva de las contrataciones), y es posible presumir su aplicación a los contratos que tienen en la ley una duración máxima o un término resolutorio determinado. Queda la gran cuestión de conocer la incidencia de la duración “inusualmente larga” de los contratos temporales en los contratos de interinidad por sustitución de personas trabajadoras con derecho a reserva de puesto de trabajo.

No deben olvidarse los razonamientos de la Sala en su Sentencia 207/2019, de Pleno, de 13 de marzo de 2019 (recud. núm. 3970/2016, ECLI:ES:TS:2019:945), en el caso de *Diego Porras*, sobre la singularidad de los contratos de interinidad por sustitución y de su necesaria temporalidad, que sirve incluso a la garantía del derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE), por lo que no necesitan de técnicas que desestimulen su utilización (FD 4º.4). Aquella, a diferencia de ésta no fue una sentencia unánime, expresándose la discrepancia también en no aplicación por la sentencia mayoritaria de la doctrina del apdo. 64 de la Sentencia *Montero Mateos* al caso.