



Roj: **STSJ AND 1559/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:1559**

Id Cendoj: **41091340012019100806**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2019**

Nº de Recurso: **366/2018**

Nº de Resolución: **660/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 0366/18-C, sentencia nº 660/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. M^a BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a siete de Marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 660/19

En el recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0134/17; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D^a. Isidora , en demanda declarativa, se celebró el juicio y el 4 de octubre de 2017 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando que la relación que vincula a la actora con la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA es de naturaleza laboral indefinida no fija, desde el 03-09-12, con los derechos inherentes a la misma, condenando a la Consejería a estar y pasar por dicha declaración.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"Primero.- D^a. Isidora , con D.N.I. nº. NUM000 , presta actualmente sus servicios para la Consejería demandada, con categoría profesional de "Educatora Infantil", desde el 03-09-2012, con centro de trabajo en "E.I. Blas Infante" de San Fernando y un salario conforme al C.C. del Personal Laboral de la Junta de Andalucía.



Segundo.- Con fecha 03-09-12 la actora formalizó un Contrato de Interinidad con la Consejería demandada para prestar servicios como "Educatora Infantil" (cod. NUM001) en " E.I. Blas Infante" de San Fernando, para cubrir vacante de la RPT (R.D. 2720/98, 18 de diciembre-Interinidad art. 4 °.BOE 8/1/99).

Tercero.- Con fecha 25-01-17 la actora presentó demanda solicitando se le declarara que su relación laboral era indefinida no fija de plantilla. "

TERCERO.- La CONSEJERÍA demandada recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión declarativa, de indefinida no fija, se alza la CONSEJERÍA demandada por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS la infracción del art.15 ET , en relación con el art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre ; el art. 70 del EBEP con el argumento de que el art. 70.1 del EBEP no obliga a efectuar una oferta pública de empleo (OPE) cada tres años y que en este caso tal precepto ha estado suspendido en su vigencia por las sucesivas "leyes anticrisis" reflejadas en las leyes de Presupuestos Generales del Estado (PGE), salvo los procesos selectivos de las OPE anteriores a 2009 y la cobertura de determinados colectivos hasta un 10% de la tasa de reposición en determinados sectores estratégicos, lo que no es el caso.

No podemos ignorar **el apartado 64 del caso Montero Mateos - STJUE de 5-6-2018 asunto C-677/16** - que mandata al juez nacional para verificar si las circunstancias concurrentes en el caso: imprevisibilidad de la duración del contrato de interinidad y su duración inusualmente larga, no darían lugar a su calificación como contrato fijo, con lo que se debe dar la solución que corresponda con la presente sentencia, aplicando el ordenamiento y jurisprudencia nacionales.

Es obvio que el contrato de interinidad de la demandante tiene una "duración imprevisible" aunque se trate de un contrato cuya causa extintiva está prefijada al momento de su suscripción: cobertura de la plaza por sistema reglado y es en esos términos conocida por la demandante. Pero de lo que no es conocedora es la fecha concreta en la que ese acontecimiento tendrá lugar.

Respecto a la cuestión relativa a la "duración excesivamente larga" y, ahora sí, determinar una eventual calificación de fijeza, hemos de seguir a la STJUE citada de modo que debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya duración no puede precisarse de forma determinada al momento de suscribirlos.

En nuestro ordenamiento tenemos los arts. 15.1.a y 15.5 ET y D.A. 15ª ET , que son la transposición interna de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, y según una interpretación conforme estamos obligados a analizar el ordenamiento para verificar si nos ofrece un conjunto de disposiciones, que interpretadas de conformidad con la Directiva 1990/70, permita considerar que existen límites legales que se impongan a la duración excesivamente larga de los contratos de interinidad por vacante en el seno de las Administraciones.

Así en las Administraciones, en los contratos de interinidad por vacante la fecha de extinción es indeterminada pero sometida a una condición habilitante de su validez: que la vacante que se esta cubriendo se ocupe a través de un proceso selectivo, que para las Administraciones, la norma que regula este modelo contractual, el citado RD 2720/98 en su art. 4.2.b) no fija un término exacto, si bien precisa que su duración coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme la normativa específica y obviamente la duración de la interinidad por vacante no se puede dejar en manos de la mera voluntad de las Administraciones - art. 1256 CC -.

Sentado lo precedente podemos extraer dos conclusiones del marco jurídico aplicable a estas situaciones (arts. 2 , 8 , 11 , 69.1 .e y 70 EBEP):

1º. La actuación de las diversas Administraciones en materia de planificación de sus recursos humanos debe desarrollarse dando cumplimiento a las previsiones del art. 70 EBEP : la provisión de plazas ha de realizarse mediante un proceso reglado de selección cuya ejecución debe desarrollarse en el improrrogable plazo de tres años; y los términos "debe" e "improrrogable" son definitorios del obligado respeto que los procesos para obtención de los recursos humanos precisos, deben necesariamente observar.

2º. Conforme dicho apartado 3, la OEP puede además contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos. Por tanto no se limita únicamente a servir de instrumento para la incorporación de personal de nuevo ingreso, sino también en consonancia con el art. 69 EBEP adoptar medidas de promoción interna que afecten a plazas ya dotadas con independencia del régimen contractual conforme el que las mismas están siendo ocupadas.



Así pues, si superados los 3 años desde la contratación, excluido del cómputo el periodo 1-1-12 al 1-1-16, y sin articular un procedimiento para cobertura de OEP, nos situamos extramuros del EBEP y en concreto a su art. 70 que como se ha visto establece como norma de obligada observancia para todas las Administraciones que la provisión de plazas ha de realizarse mediante un proceso reglado de selección cuya ejecución debe desarrollarse en el improrrogable plazo de tres años. Otra interpretación supondría desconocer el sometimiento de todas las Administraciones a las reglas del EBEP y admitir que en este caso la Junta de Andalucía esta facultada para promover una OEP sin verse sometida más que a su propia voluntad decisoria para fijar los plazos de convocatoria del proceso reglado de acceso a puestos públicos.

En suma, sostenemos que los contratos de interinidad para cobertura de vacante tienen una limitación temporal máxima de tres años desde su concertación y hasta que esta efectivamente se cubra conforme el procedimiento reglado de selección, luego si el contrato suscrito como temporal para la cobertura reglada de vacante en el seno de las Administraciones a las que resulta aplicable el EBEP, no se extingue en el plazo previsto de tres años por el acontecimiento de la causa que justificaba su temporalidad, deja de acomodarse a la legalidad en tanto que contrato temporal y la solución dada por la jurisprudencia, para los contratos temporales suscritos por las Administraciones, que no se ajustan a las previsiones legales que justificaban su naturaleza temporal pasa por la calificación de tales contratos como indefinidos no fijos.

SEGUNDO.- En suma, por aplicación de la STJUE 5-6-18, asunto Montero Mateos C -677, debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión. Al no estar fijado por la legislación vigente, corresponde a los órganos judiciales fijarlo por vía interpretativa. Pueden servir de referencia dos posibles criterios:

- a) La duración acumulada de dos o más contratos temporales: veinticuatro meses - art.15 ET -.
- b) La duración de la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar: plazo improrrogable de tres años - art.70 EBEP -.

Aquí se nos plantea el caso del apartado b).

TERCERO.- La Consejería recurrente denuncia la infracción del art. 70.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público con el argumento de que en todo caso la adquisición de la mencionada condición de indefinidos no fijos por el transcurso de dicho lapso temporal se produciría en situaciones de normalidad pero no cuando como sucede en el supuesto de autos la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la Oferta Pública de Empleo se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015. En apoyo de su tesis invocan la doctrina fijada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 2015.

Venimos reiterando, **con carácter general, que el contrato de interinidad por vacante al servicio de las administraciones públicas deviene indefinido no fijo por superación del plazo de tres años establecido en el art. 70.1 EBEP** sin que se haya proveído regularmente la plaza a la que se refería la interinidad, tratándose de una conversión automática según doctrina jurisprudencial contenida en STS de 9 de marzo de 2017 (rcud. 2636/2015); en STS de 14 de octubre de 2014 (rcud 711/2013); en STS de 7 de julio de 2014 (rcud 2285/2013), en SSTS (tres) de 14 julio de 2014 (rcud 2052/2013, rcud 1807/2013 y rcud 2680/2013); y en STS de 15 de julio de 2014 (rcud 2057/2013) pero sin olvidar que **las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado** (Ley 2/2012, de PGE para 2012; Ley 17/2012, de PGE para 2013; Ley 22/2013, de PGE para 2014; y Ley 36/2014, de PGE para 2015) **vetaron el ingreso de nuevo personal** al servicio de las administraciones públicas, a salvo las excepciones que contienen las de 2014 y 2015, que no afectan al puesto de la actora.

La consecuencia para el contrato objeto de este recurso es que **contratada la actora cuando le estaba vetado a la recurrente, devino fraudulento desde el principio.**

Así, en el caso presente sucede que **el contrato temporal de interinidad por vacante se concertó en fechas 3 de septiembre de 2012, cuando ya estaba vigente la prohibición legal de incorporación de nuevo personal** al servicio de la administración pública, no tratándose de personal estratégico, pues ya el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, impuso la prohibición legal de incorporar nuevo personal en el sector público a partir del 1 de enero de 2012; y que las previas leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (Ley 2/2008), 2010 (Ley 26/2009) y 2011 (Ley 39/2010) impusieron importantes restricciones a las tasas de reposición de personal de modo que si dicha concurrencia de normas (entre el art. 70.1 EBEP y las leyes de PGE citadas) hemos sostenido que debe resolverse entendiendo que durante tales años 2012 a 2015 el plazo de tres a que alude el art. 70.1 del EBEP se encontraba suspendido, por imposibilidad legal de contratación, y del mismo modo si se fue contratado estando prohibido, se incurre desde el inicio en fraude legal, por no ser



posible legalmente efectuar dichas contrataciones con tal carácter, que determina el que deba considerarse las mismas como indefinidas no fijas, por ser la empleadora una administración pública, por aplicación de lo dispuesto en el art. 15.3 ET y 9.3 RD 2720/1998 .

Fracasado el motivo del recurso, se confirma la sentencia por argumentos diversos a los en ella contenidos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 0134/17, en los que el recurrente fue demandado por D^a. Isidora , en demanda declarativa, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .

Se condena a la CONSEJERÍA recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de seiscientos euros (600€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66-0023-18, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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