



Roj: **STSJ M 11652/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:11652**

Id Cendoj: **28079340062018100938**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **1009/2018**

Nº de Resolución: **1015/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

NIG: 28.079.00.4-2017/0012695

Procedimiento Recurso de Suplicación 1009/2018

-

ROLLO Nº: RSU 1009/2018

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACION

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 23 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 338/17

RECURRENTE: BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

RECURRIDO: D^a. Leticia

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº. 1015

En el recurso de suplicación nº **1009/2018** interpuesto por el **LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID** en nombre y representación de **BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **23** de los de MADRID, de fecha **DIEZ DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 338/17 del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. Leticia contra **BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID** en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **DIEZ DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda promovida por Dña. Leticia frente a la COMUNIDAD DE MADRID (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid) debía declarar como así declaro el derecho de la actora a ser considerada trabajadora no fija contratada por tiempo indefinido, desde el 9 de marzo de 2007, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración acatándola y cumpliéndola".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"Único.- Que la actora viene prestando sus servicios por cuenta de la demandada, Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, desde el 9 de marzo de 2007, en virtud de que, tras una convocatoria pública al efecto, las partes suscribieron ese día, un contrato de trabajo de interinidad, en el que se estipulaba que lo era "para la cobertura de vacante nº NUM000 de la categoría profesional Técnico especialista I, Especialidad de Corrector del BOCM vinculada a la resolución de PE 2007 que será provista de acuerdo con el procedimiento para los diferentes turnos en el Capítulo V del vigente Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2.018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Leticia fue contratada en marzo de 2007 en régimen de interinidad por vacante por la Comunidad de Madrid (en adelante "CM") para ocupar la plaza nº. NUM000, correspondiente al Boletín Oficial de dicha Comunidad. En marzo de 2.018 presentó demanda solicitando que su relación laboral se calificase como indefinida no fija, basándose en las previsiones del art. 70 EBEP.

Fue estimada esta pretensión por sentencia del juzgado de lo social nº. 23 de Madrid de 10 de mayo de 2.018. La decisión se asienta en este razonamiento: las Administraciones públicas se encuentran sometidas a las normas laborales pero también a las de Derecho administrativo reguladoras del acceso al sector público, entre ellas el RD. 364/95, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado. Del juego de ambos sectores normativos concluye que en este caso la relación laboral de la actora ha de considerarse fraudulenta porque ha rebasado el plazo de duración de 3 años previsto en el art. 70 EBEP, y, por tanto, resulta indefinida no fija.

La "CM" ha recurrido con amparo en el apdo. c) del art. 193 LRJS.

SEGUNDO.- De los dos motivos que integran ese recurso el primero sostiene que la decisión de instancia es contraria a los arts. 2.1, 3 y 1091 Cc, el art. 70 Ley 7/07 y el art. 15 ET. La alegada infracción de los citados preceptos civiles se debe a que el juez de instancia ha aplicado la Ley 7/07 (EBEP) de modo retroactivo, por cuanto esta disposición entró en vigor en un momento posterior a la suscripción del contrato de la actora. La infracción del resto de preceptos invocados en este motivo de suplicación trae causa de que la calificación de la relación laboral de la actora no se ha llevado a cabo conforme a la normativa laboral según la cual los contratos de interinidad por vacante en las Administraciones públicas duran todo el tiempo que requiera el proceso de selección del titular de la plaza (art. 4.1 RD. 2720/98). Niega por todo ello que quepa hablar de relación indefinida no fija y concluye que la decisión de instancia no es conforme a Derecho ni encuentra apoyo en la jurisprudencia que cita, pues ésta se refiere a contratos interinos suscritos después de la entrada en vigor del EBEP, siendo, por contra, la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27-2-13 (rec. 736/12), 13-5-13 (rec. 1666/12) y 19-7-16 (rec. 2258/14) la que fija las pautas con las que resolver el presente litigio, al igual que la recogida en sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictadas en los recursos 253/17, 340/17 y 429/17.

Se opone el escrito de impugnación de recurso, alegando que el EBEP sí se encontraba vigente cuando se suscribió el contrato de la actora, conforme resulta de la disp. final 4^a. de esa ley, y, por tanto, resulta de aplicación la regla según la cual la ejecución de la oferta de empleo público se debe desarrollar en el plazo de 3 años, de forma que el incumplimiento de esta regla conlleva que la relación indefinida que rebase 3



años se convierta en indefinida no fija, conforme a la jurisprudencia citada en la sentencia impugnada y otras resoluciones de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictadas en fechas 20-6-16, 13-11-17 y 4-5-17.

Vistas las posiciones que mantienen las partes procesales a propósito de este primer motivo de recurso, resulta oportuno examinar la evolución jurisprudencial sobre el art. 70 EBEP en la calificación de las relaciones laborales y el alcance de esa disposición en el supuesto presente.

TERCERO.- Para proceder al análisis de esas cuestiones debemos comenzar recordando qué cabe entender por oferta de empleo público (en adelante OPE).

Inicialmente se regulaba esta materia en el art. 18 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública, en estos términos (el subrayado es nuestro):

"Las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes constituyen la oferta de empleo de la Administración del Estado.

Aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, el Ministro de la Presidencia propondrá al Gobierno para su aprobación la oferta anual de empleo de personal al servicio de la Administración del Estado.

*La oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las **plazas dotadas presupuestariamente** y que se hallen vacantes, indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes.*

La publicación de la oferta obliga a los órganos competentes a proceder, dentro del primer trimestre de cada año natural a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la misma y hasta un 10 por 100 adicional. Tales convocatorias indicarán el calendario preciso de realización de las pruebas, que, en todo caso, deberán concluir antes del 1 de octubre de cada año, sin perjuicio de los cursos selectivos de formación que se establezcan.

Los Tribunales o las Comisiones de Selección no podrán aprobar ni declarar que han superado las pruebas respectivas un número superior de aspirantes al de plazas convocadas. Cualquier propuesta de aprobados que contravenga lo anteriormente establecido será nula de pleno derecho.

Las demás Administraciones Públicas elaborarán y propondrán públicamente sus ofertas de empleo ajustándose a los criterios anteriormente expuestos".

Posteriormente ese art. 18 quedó sin efecto por mor de lo acordado en la disp. derogatoria única, apdo b), de la ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo art.70 obtuvo una redacción que se ha mantenido uniforme en el R.D. Legislativo 5/15, de 30 de octubre. El precepto en cuestión dice así:

" Oferta de empleo público.

*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.*

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos".

Por tanto, vemos que en esta regulación destacan varios extremos que son de interés para el presente proceso:

1º) Ámbito de aplicación de una OPE: Se limita a las plazas " *que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso*", no a las que se cubran por otros sistemas, como el de promoción interna o traslados.

2º) Las plazas sujetas a provisión a través de la OPE deben estar dotadas presupuestariamente.

Ambos requisitos son coherentes con el art. 7 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, aprobado por RD 364/95, de 10 de marzo, conforme al cual " *Las necesidades de recursos humanos **que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes** serán objeto de oferta de empleo público, **siempre que exista crédito presupuestario** y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio*". Es también coherente con el art. 18 de la Ley



1/1986, de 10 de Abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, a tenor del cual " 1. Aprobada la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, y en el primer trimestre del año natural, se procederá a publicar la oferta de empleo público regional.- 2. La oferta de empleo público comprenderá todas las plazas, tanto de funcionarios como de personal laboral, referidas a la Administración de la Comunidad, de sus organismos autónomos y Órganos especiales de gestión, que se encuentren **dotadas presupuestariamente y no hayan sido cubiertas por los procedimientos internos de provisión de puestos de trabajo que esta Ley establece, o por los correspondientes al personal laboral**".

Por su parte la jurisprudencia contencioso-administrativa ha destacado la necesidad de que las plazas de una OPE cuenten con dotación presupuestaria y así lo resalta la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tal como vemos en su sentencia de 9 de abril de 2014 (rec. 514/13), cuyo fundamento de derecho noveno indica:

"También este Tribunal ha examinado el engarce entre Relación de Puestos de Trabajo y presupuestos municipales.

Así en la Sentencia de 28 de junio de 2011, desestimatoria del recurso de casación 6756/2009, se confirma la anulación del Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se aprobó su Presupuesto por haber superado la limitación prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El FJ Cuarto sostiene que no resulta aceptable la pretensión del sindicato recurrente " de construir el interés legítimo que dice sostener, de una manera indirecta, sobre la base de que el incremento experimentado en el capítulo I de dicho presupuesto era el resultado de las medidas acordadas previamente por dicha Corporación Local con las organizaciones sindicales, puesto que ello supone configurar los presupuestos como si se tratasen de una disposición de mera ejecución o aplicación de las previsiones contenidas en las relaciones de puestos de trabajo y el resto de acuerdos que cita, olvidando así que estamos ante instrumentos que, aunque necesariamente vinculados, son distintos, resultando plenamente posible que las relaciones de puestos de trabajo no se ejecuten en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente." (el subrayado es nuestro).

Mientras en el FJ Quinto, con mención de la Sentencia de 14 de julio de 2008, recurso de casación 3218/2004, se afirma que " no cabe duda que la anulación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobó su Presupuesto de 2005 acordada por la Sala de instancia es conforme a derecho porque los gastos de su Capítulo I superaron la limitación prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año, recayendo sobre los Presupuestos, y no sobre la Relación de Puestos de Trabajo, la obligación de respetar los criterios fijados en relación con el incremento de las retribuciones del personal, por expreso mandato del apartado 6 del referido artículo, sin que, en consecuencia, la posible existencia de un Acuerdo anterior sobre modificación de la Relación de Puestos de Trabajo justifique el incremento acordado por el Presupuesto por encima de dicha limitación presupuestaria. Y es que, no cabe aceptar la configuración que realiza el recurrente de los presupuestos municipales como si de un acto de mera ejecución de las Relaciones de Puestos de Trabajo se tratase, con independencia de cualquier otra consideración. Nada impide que un Ayuntamiento, en el ejercicio de su potestad de autoorganización y del principio de autonomía municipal, pueda alcanzar y cerrar acuerdos con las organizaciones sindicales en relación con el personal a su servicio para ejercicios futuros si bien el contenido de dichos pactos y acuerdos puede ser que no se lleve a efecto como consecuencia de los límites establecidos en la legislación presupuestaria, tal y como se señaló anteriormente. Y así, es perfectamente posible que las Relaciones de Puestos de Trabajo no se ejecuten en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente por diferentes motivos y circunstancias, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra la imposibilidad legal de aplicarlas íntegramente en atención a la limitación que pueda fijarse legalmente para cada ejercicio presupuestario, la cual, lógicamente, prevalece sobre los acuerdos que hayan podido ser suscritos."

CUARTO.- Por lo que respecta al plazo de ejecución de una OPE cabe decir que tradicionalmente la jurisprudencia mantuvo que la duración que pudiera tener el proceso de selección del titular de una plaza en una Administración pública no influía en la calificación del contrato interino por vacante de quien ocupaba la plaza en cuestión.

Muestra de esta doctrina es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 (1666/12), la cual se refiere a una demanda de despido producido en enero de 2011; es decir, pasado con creces el plazo de 3 años desde que había entrado en vigor el EBEP. Pues bien, pese a esa circunstancia, esa resolución judicial, recordando anteriores pronunciamientos (STS 20/3/96, RCU 2564/95), indicaba: "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 -)*".

Posteriormente la Sala Cuarta cambió dicha doctrina. Salvo error por nuestra parte, las primeras sentencias del Tribunal Supremo que se refirieron a la calificación de un contrato de interinidad por vacante como indefinido no fijo en función de su duración superior a 3 años fueron dictadas a raíz de una serie de recursos de casación para unificación de doctrina referidos a la Agencia de Innovación, Financiación e Internacionalización Empresarial de Castilla y León, en las que en la fase procesal de suplicación se había calificado como despido improcedente la extinción del contrato de interinidad por vacante de un trabajador del sector público cuya plaza se había suprimido, siguiendo para ello un razonamiento que, en síntesis, sostenía: esa relación era indefinida por haber superado el plazo de 3 años señalado en el art. 70 EBEP, de forma que la extinción del contrato interino, justificada por la empresa por la supresión del puesto que ocupaba, debía llevarse a cabo conforme a los procedimientos de los arts. 51 y 52 c) ET, por lo que, no seguido ese cauce extintivo y no estando ante un despido colectivo, nos encontrábamos ante un despido objetivo cuyos requisitos formales no se habían cumplido y, por tanto, suponía despido improcedente. La citada empresa recurrió esos pronunciamientos y ello dio lugar a una saga de sentencias de casación para unificación de doctrina dentro de la cual hay que distinguir dos fases.

La primera viene constituida por las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta el día 19 de mayo de 2014 en los recursos de casación para unificación de doctrina 2082/13, 2053/13, 1872/13, 2073/13 y 1881/13. En todas ellas se descartó poder entrar en el análisis del fondo del debate, dadas las diferencias existentes entre la sentencia recurrida en casación y la invocada de contraste, diferencia que (en palabras de la sentencia del recurso 2053/13) se expresó en esta forma: "*Para resumir las diferencias entre una y otra sentencia cabe decir que la sentencia recurrida ha decidido transformar la relación de interinidad en indefinida y a partir de ahí establecer la fórmula que considera idónea para su extinción en tanto que en la sentencia de contraste se ha mantenido la calificación del contrato como de interinidad se ha resuelto acerca de la forma correcta de su extinción con arreglo a dicha calificación. A partir de esas diferencias no cabe establecer las bases de la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS por la sencilla razón de que **en la sentencia recurrida el debate gira en torno a la extinción de un contrato indefinido no fijo**, lo que no ocurre en la de **contraste** y ello con independencia de si la solución en ambos casos debiera ser la misma o no pero lo cierto es que ese sería un segundo debate que tampoco se plantea en la sentencia de contraste por lo que la misma tampoco habría servido para unificar la doctrina*".

La segunda fase antes referida comienza el día 7 de julio de 2014, fecha en la que se dictan las sentencias que resuelven los recursos de casación para unificación de doctrina 1844/13 y 2285/13, que irán seguidas por las de 14 de julio de 2014 (RRCUD 1847/13, 2680/13, 1807/13, 2057/13 y 2052/13), 15 de julio de 2014 (RRCUD 1833/13, 2041713, 1801713, 2065/13 y 204313), 17 de julio de 2014 (RCU 1873/13), 16 de septiembre de 2014 (RCU 1880/13), 18 de noviembre de 2014 (RCU 2167/13) y 18 de diciembre de 2014 (RCU 1790/13). En ellas la empresa pública condenada había recurrido en casación para unificación de doctrina invocando una determinada sentencia de contraste en la que no se había abordado el tema de la conversión del contrato interino en indefinido no fijo, informando el Ministerio Fiscal en contra de la existencia de contradicción, tal como había admitido la Sala hasta entonces, si bien en esas sentencias dictadas a partir de 7 de julio de 2014 tal objeción se rechazó, sobre la base del razonamiento que se va a transcribir, común a la mayoría de las citadas resoluciones judiciales: "*Las sentencias contrastadas presentan la contradicción que el art. 219.1 LRJS requiere para la viabilidad del recurso, pues los términos en que se produjeron los debates en ambas resoluciones son realmente idénticos, **siquiera en la recurrida se hubiese resuelto la conversión del contrato por interinidad en indefinido no fijo por exceso temporal (art. 70 EBEP), y ello no se hubiese producido en la decisión de contraste, pues ese extremo es irrelevante a los efectos de contradicción de que tratamos**, habida cuenta de la identidad de tratamiento que en orden a la extinción del contrato por amortización de la plaza de corresponder a los trabajadores en interinidad por vacante y a los indefinidos no fijos*". Más claros todavía son los términos en que se pronunció la STS de 16 de septiembre de 2014: "*El recurso de casación para la unificación de doctrina que la parte empleadora aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos de 5 de febrero de 2.013 (rec. 22/2013), que igualmente contempla el supuesto de otras trabajadoras que prestaban servicios para la misma Agencia, habiendo sido igualmente también contratadas como interinas por vacantes, y a las que se cesa por la misma causa de amortización del puesto de trabajo tras modificación de la RPT. **Pero la sentencia de contraste, sin cuestionarse la transformación de la interinidad en indefinida no fija, por el transcurso del tiempo, considera que las plazas se habían amortizado por su cauce reglamentario y queera correcta la extinción de los contratos sin necesidad de acudir a los cauces del art. 52 ET***".



Así pues, parece fuera de duda que lo debatido en esos recursos fue solo la vía de extinción de los contratos de interinidad por vacante del sector público cuando se produce la amortización de la plaza ocupada por los trabajadores interinos, lo que se resolvió conforme a la nueva doctrina fijada en STS (Pleno) de 24 junio 2014 (RCUD 217/13); por el contrario, no se debatió la conversión del contrato interino por vacante en indefinido no fijo por el mero hecho de haber superado aquél el plazo de 3 años del art. 70 EBEP, ya que, como resaltan las sentencias de las que se ha hecho parcial transcripción, esta cuestión ni fue suscitada en la sentencia de contraste ni en los propios recursos de casación para unificación de doctrina que dieron pie a esas resoluciones.

A pesar de ello, las sentencias que se acaban de citar dieron pie a que el TS diese por sentado que ya había quedado analizada y fijada jurisprudencia sobre la conversión del contrato interino en indefinido no fijo por el hecho de haber superado el plazo de 3 años y empezó a aplicar tal doctrina. Al respecto la STS 14 de octubre de 2014 (RCUD 711/13), dirá: *"que esta Sala Cuarta del TS ha formulado recientemente en sus STS de 14/7/2014 (RCUD 1847/2013) y 15/7/2014 (RCUD 1833/2013) que, aunque referidas a casos de despido de trabajadores interinos por vacante, argumentan previamente que los mismos habían pasado a la condición de indefinidos no fijos y que, en calidad de tales (aunque a raíz de nuestra STS de 24/6/2014 -RCUD 217/13 - esta diferencia ha devenido irrelevante a efectos extintivos) su despido, en caso de amortización de su plaza, debe seguir los procedimientos, según los casos, de los arts. 51 o 52 y 53 ET"*. Lo mismo cabe decir de la STS de 10 de octubre de 2014 (RCUD 723/13) cuando recogió: *"Se hace preciso recordar la doctrina más reciente de esta Sala del Tribunal Supremo que ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores que han prestado servicios para la Administración pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 (STS/4ª de 14 julio 2014 -rcud. 1847/2013 y 15 julio 2014 -rcud. 1833/2013 -). Tal doctrina sirve aquí para declarar que es la sentencia de contraste la que alcanza la solución correcta, pues sucede que todos los demandantes acumulaban en el momento del juicio una prestación de servicios superior a ese trienio y, por consiguiente, debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos"*.

QUINTO.- Mientras tanto, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se había planteado la polémica sobre el alcance que debía darse al art. 70 EBP, discutiéndose en torno al mismo varias cuestiones, una de las cuales era el efecto que conlleva que una oferta de empleo público no se celebre en el plazo de 3 años citado en ese precepto. Muestra de esa polémica son las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 11 de noviembre de 2015 (rec. 85614), 26 de mayo de 2017 (rec. 760/16), 9 de febrero de 2018 (rec. 607/16) y 16 de febrero de 2018 (rec. 572/16). La tercera de ellas ha resaltado que *"en ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico se contempla, como norma general, la imposibilidad de que, tras un procedimiento caducado, pueda iniciarse y seguirse otro con idéntico objeto, esta imposibilidad sólo resulta en los casos de procedimientos sancionadores cuando, por efecto del instituto de la prescripción, la eventual infracción a perseguir en el nuevo procedimiento deba entenderse prescrita, en la medida en que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción (artículo 92.3 de la Ley 30/1992)"*. En la misma línea la sentencia de 16 de febrero de 2018 señala: *"Las actuaciones de la Administración en que concurra un vicio de anulabilidad, como sería el caso insistimos, son convalidables (artículo 67 de la Ley 30/1992 y 52 de la Ley 39/2015).-La convalidación opera respecto de actuaciones anteriores en las que, advirtiéndose un vicio o irregularidad constitutivo de anulabilidad, se pretende solventar el mismo por un acto, el de convalidación, necesariamente posterior. Pero es que, además, son razones de mínima equidad, a la que alude el artículo 3 de nuestro Código Civil como referente de ponderación a la hora de aplicar las normas, las que podrían justificar que se acuda al mecanismo de la convalidación en un supuesto como el analizado pues con ello se trata de evitar los perjuicios, ciertamente graves y considerables, que, de no haberse actuado de dicha manera, se podrían ocasionar a aquellos aspirantes que están participando en el proceso selectivo de cuya convalidación se trata que podrían ver como, por una actuación completamente al margen de su voluntad, se ven frustradas sus expectativas, tras años posiblemente de esfuerzos y estudio, de acceder a una de las plazas convocadas"*.

Es decir, esta línea de doctrina jurisdiccional sostiene que el hecho de que una OPE no se ejecute en el plazo de 3 años solo supone un vicio convalidable, cabiendo la posterior convocatoria de esa misma OPE.

SEXTO.- La envergadura de estas cuestiones litigiosas suscitadas en el orden contencioso-administrativo que giran en torno al repetido art. 70 EBEP ha dado lugar actualmente al planteamiento de diversos recursos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, encontrándose pendientes de decisión por haberse producido solo la admisión a trámite de esos recursos. No obstante, no es superfluo que veamos los términos con los que las resoluciones de admisión del recurso definen el problema debatido. Sobre este punto resultan ilustrativos los autos del TS (3ª) de 12 de febrero de 2018 (rec. 2873/17) y 21 de marzo de 2017 (rec. 209/16), razonando este último (de nuevo el subrayado es nuestro):



" Cumplidas las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA , la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende, coincidiendo en ello con la parte recurrente, que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión atinente a si el plazo de tres años para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, previsto en el inciso final del artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (actual inciso final del artículo 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) tiene la consideración de un plazo esencial, en el sentido de que su transcurso sin ejecución alguna de dicha oferta deja sin efecto, haciéndola inaplicable, la primera salvedad que establece el artículo 23.1 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre , para la prohibición general que en él se dispone. Ello, por las siguientes razones: 1. Porque **la sentencia sienta una doctrina sobre el artículo 70.1, inciso final, de la Ley 7/2007 que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales, al considerar que deja de operar la primera salvedad a la prohibición general del artículo 23.1 de la Ley 17/2012 , concurriendo así la circunstancia prevista en el artículo 88.2.b) de la LJCA . 2. Porque aquella sentencia afecta a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso, habida cuenta de que se trata de una doctrina que es aplicable a los procesos selectivos en ejecución de ofertas de empleo público; máxime cuando la prohibición contenida en la Ley 17/2012 ha sido reproducida, con posterioridad, en las Leyes 22/2013, de 23 de diciembre; 36/2014, de 26 de diciembre; y 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2014, 2015 y 2016, respectivamente; y, a su vez, el artículo 70.1, inciso final, ha sido igualmente reproducido en el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre ; razones por las que cabe apreciar la circunstancia que prevé el artículo 88.2.c) de la LJCA".**

Hemos de entender que la referencia que contiene la resolución que se acaba de transcribir parcialmente a la ley 22/13 remite al art. 23. Uno.1 de dicha disposición legal, conforme a la cual " A lo largo del ejercicio 2013 no se re procederá en el sector público delimitado en el artículo anterior, a excepción de las sociedades mercantiles públicas que se regirán por lo dispuesto en la disposición adicional vigésima de esta Ley , a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarias para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima octava. **Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público**". Es decir, se plantea el alcance de los límites presupuestarios a la convocatoria de una OPE.

A su vez la disp. transitoria cuarta del EBEP, a la que remite el art. 23.Uno.1 de la ley 22/13 que se acaba de citar establece:

"Consolidación de empleo temporal.

1. 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.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto".

De los autos de la Sala Tercera antes referidos se deduce que es objeto de debate actual en el ámbito contencioso administrativo si el superar el plazo de 3 años en la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, previsto en el inciso final del artículo 70.1 de la actualmente vigente Ley 7/2007 tiene o no carácter de vicio subsanable, considerando en orden a tomar esa decisión las normas sobre restricción de la contratación en el sector público reiterada en las sucesivas leyes presupuestarias.

SÉPTIMO.- Parece lógico entender que la jurisprudencia que se llegue a fijar en el orden contencioso-administrativo a propósito de la correcta interpretación del art. 70 EBEP resultará relevante en el orden social, pues, si se considerase que el transcurso del plazo de 3 años establecido en dicho precepto para la ejecución de una OPE no obsta a una nueva convocatoria que incluya las plazas previstas en la OPE que caducó, este efecto razonablemente tendrá incidencia en la calificación de una relación laboral, en el sentido de que, estando viva la OPE correspondiente, el contrato de interinidad por vacante cuya duración va vinculada a la resolución de esa OPE se encuentra dentro de los límites legales de la regulación del derecho laboral, tal como resulta del



art. 4.2.b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada, según el cual " *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*".

Tengamos en cuenta al respecto que la conexión entre las decisiones de ambos órdenes jurisdiccionales proviene de la doctrina constitucional dictada en la materia, de la que es exponente la STC 182/94 (de nuevo el subrayado es nuestro):

*"... la posibilidad de conocimiento incidental sobre la validez de un acto administrativo requiere como condición que esa validez sea cuestionable, por no existir sobre ella una pronunciamiento del orden jurisdiccional al que prioritariamente corresponde pronunciarse sobre esa validez, la jurisdicción contencioso-administrativa. La posibilidad implica que no exista un previo pronunciamiento de dicha jurisdicción contencioso-administrativa, pues en tal caso no es cuestionable esa validez y por ello **el Juez laboral estará vinculado al pronunciamiento que el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa haya realizado con plenitud de efectos dentro de su propia competencia material**. La cuestión prejudicial implica, pues, la necesidad de resolver incidentalmente, y a los sólo efectos de decidir la pretensión planteada, un tema "litigioso" por no haber sido objeto de resolución firme y definitiva del órgano competente para ello.*

Si bien la libertad de interpretación de la norma ha de ser respetada, como parte integrante de la propia función jurisdiccional, "los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (arts. 9.3 y 117.3 C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad" si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme en cualquier circunstancia (SSTC 77/1983 , 67/1984 , 189/1990 , entre otras).

Este efecto no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1.252 C.C .). También se produce cuando se desconoce lo resuelto por Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1.252 C.C . (SSTC 171/1991 , 58/1988 ó 207/1989). No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 C.E ., de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interesa lo aporte a los autos)".

OCTAVO.- No obstante, al margen de la jurisprudencia contencioso-administrativa que llegue a fijarse en la indicada materia, en este caso concreto de autos creemos contar ya con suficientes elementos de juicio para entender que ha existido una indebida aplicación del art. 70 EBEP, por varias razones.

La primera trae causa de que el contrato de la actora no quedó vinculado a la cobertura de su plaza a través de ninguna OPE, sino al resultado del procedimiento especial previsto para los diferentes turnos de provisión de vacantes establecidos en el capítulo V del convenio colectivo aplicable y en este punto recordamos lo dicho en el tercer fundamento de derecho de la presente sentencia: una OPE se refiere solo a la dotación de plazas " *que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes*".

Así pues, si la provisión de la plaza de la actora no estaba previsto se hiciera conforme a una OPE, tampoco se pueden aplicar los plazos de ejecución de ésta, sino sus propias reglas. Vale en este punto la distinción que recogen dos sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (RRCUD 2167/10 y 2195/10) sobre diferente régimen jurídico de provisión de vacantes en el seno de la Administración. Pues bien, sobre esas reglas de convenio aplicables en este caso nada se ha alegado ni apreciado sobre su eventual aplicación irregular

NOVENO.- La segunda razón por la que entendemos no sería aplicable el plazo de 3 años previsto en el art. 70 EBEP radica en que el contrato de la actora fue suscrito en 9/3/07 y aquella ley entró en vigor, conforme a su disposición final cuarta, al mes de su publicación (es decir, en 13-4-07), salvo en una serie de materias que no vienen al caso.



Por tanto, no cabe la aplicación retroactiva de dicha ley, reiterando la doctrina que mantiene este Tribunal Superior de Justicia a propósito de esta cuestión, de la que son exponente las sentencias de 8-5-17 (rec. 87/17), 18-6-18 (rec. 160/18), 29-6-18 (rec. 70/18 y 152/18) y 20-7-18 (rec. 158/18).

Se estima el primer motivo de recurso.

DÉCIMO.- El segundo parte del presupuesto de que, caso de haber sido aplicable el EBEP, las Leyes de Presupuestos han impedido proceder a la convocatoria de las últimas OPE, dada la limitación presupuestaria que se acordó en aquéllas, lo que excluye poder hablar de comportamiento fraudulento de la Administración autonómica, conforme a lo resuelto en la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25-9-17 (rec. 752/17), la cual sostiene: " *no se puede imputar a la Administración demandada un incumplimiento para generar un derecho cuando aquella está imposibilitada legalmente en su obligación de que la oferta de empleo público este dentro del periodo de tres años, como exige el art 70.1 del EBEP tanto en redacción dada por la Ley 7/2007 como por el R.D.Legislativo 5/2015*".

Ahora bien, dado que ya hemos dado las razones por las que entendemos no resulta aplicable el plazo de 3 años del art. 70 EBEP ni cabe derivar de él la calificación del contrato de la actora como trabajadora indefinida no fija, el recurso prospera, sin que proceda entrar en consideraciones adicionales.

UNDÉCIMO.- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS solo prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

DUODÉCIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "**BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID**" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de los de MADRID de fecha **DIEZ DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO** en virtud de demanda formulada por D^a. Leticia contra dicha recurrente, en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 1009/2018 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0289 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 1009/2018), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.