

**Las dificultades para concretar cuando un contrato de interinidad por vacante tiene una duración “inusualmente larga”.**

**STS-SOC núm. 536, de 4 de julio**

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*

**Resumen:** *Contrato de interinidad por vacante que no se convierte en contrato indefinido. Debate sobre el concepto de duración “inusualmente larga” acuñado por el TJUE. Imposibilidad de apreciar de oficio por la Sala un fraude o abuso de la contratación temporal. Voto particular discrepante que postula la conversión del contrato temporal en indefinido por la larga duración del primero.*

**Palabras clave:** *Interinidad, vacante, fraude, abuso de derecho, indemnización.*

**Abstract:** *Interim contract for a vacancy that does not become an indefinite contract. Debate on the concept of "unusually long" duration coined by the ECJ. Impossibility of appreciating ex officio by the Chamber a fraud or abuse of temporary contracts. Dissenting private vote which postulates the conversion of the temporary contract into an indefinite one due to the long duration of the first one.*

---

## **I. Introducción**

Es objeto de estudio la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TS el 4 de julio, de la que fue ponente el magistrado José Manuel López y que cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Fernando Salinas, al que se adhieren las magistradas María Luisa Segoviano y Rosa Virolés.

La resolución judicial estima, en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal, el RCUd interpuesto por la Consejería de Políticas Sociales y familia de la Comunidad de Madrid contra la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Madrid el 26 de marzo de 2018 (Rec. 479/2017) de la que fue ponente el magistrado José Ramón Fernández, revocando la sentencia de instancia, dictada por el JS núm. 33 de Madrid el 20 de febrero de 2017, y desestimando la demanda.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Interinidad por vacante. Por el mero transcurso del plazo tres años del art. 70 del EBEP, no se convierte en indefinido no fijo el contrato cual sostiene la sentencia recurrida. El fraude o el abuso de la contratación temporal deben alegarse en la instancia y son cuestiones que no puede plantearse de oficio la Sala porque incurriría en incongruencia extra-petita. Voto Particular”.

## **II. Identificación de la Resolución judicial comentada.**

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia

**Órgano judicial:** Sala de lo Social del Tribunal Supremo

**Número y fecha de la resolución judicial:** 536/2019, 4 de julio

**Tipo y número de recurso:** recurso de casación para la unificación de doctrina  
núm. 2357/2018

**ECLI:** ES:TS:2019:2643.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

**Votos particulares:** sí

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda, en procedimiento por despido, por parte de una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar de hostelería para la Agencia Madrileña de Atención Social, una vez que el 30 de septiembre de 2016 se le comunicó la extinción de su contrato, de interinidad por vacante, por haber sido cubierta la plaza que ocupaba mediante concurso por otra trabajadora.

Para comprender mejor la importancia de la sentencia dictada por el TS, así como también la del voto discrepante, conviene prestar especial atención a los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Se trata de una trabajadora que prestaba servicios para la citada agencia autonómica desde agosto de 1997, primero mediante varios contratos temporales hasta junio de 2001, y a partir del julio de dicho año mediante contrato de interinidad para cobertura de una vacante vinculada a la oferta de empleo público de 2001.

La siguiente información de que disponemos en tales hechos es que se convoca “proceso selectivo para cobertura de plazas de auxiliar de hostelería” casi nueve años más tarde, por Orden de 3 de abril de 2009. Siete años más tarde, el 30 de septiembre de 2016, se adjudica la plaza a una trabajadora distinta de la que la ocupaba, por lo que se le comunica el mismo día la extinción de su contrato.

No obstante, parece que seguían existiendo necesidades que cubrir y que la trabajadora cesada debía cumplir los requisitos adecuados para prestar tales servicios de auxiliar de hostelería, ya que poco después el 17 de noviembre, fue contratada nuevamente como interina, si bien en un centro residencial distinto del que había prestado anteriormente sus servicios, “para sustituir a otra persona trasladada”.

La sentencia del JS estimó parcialmente la demanda. Primeramente, desestimó la excepción procesal formal de falta de acción alegada por la parte demandada, al considerar esta que dicha carencia derivaba del hecho de haber vuelto a prestar servicios para la misma entidad. Después, se aceptó que la extinción se había producido por ocupación o cobertura de vacante, de ahí que no existiera amortización de plaza y no fueran aplicables las tesis de la parte actora sobre nulidad de la decisión e incumplimiento de las formalidades necesarias para llevar a efecto un despido objetivo (arts. 51 y 53 de la LET). A continuación, entendió que el contrato de interinidad se había novado en indefinido no fijo por haber sobrepasado su duración el plazo máximo de tres años previsto en el art. 70 de la Ley del Estatuto Básico de Empleo Público para la ejecución de la oferta pública de empleo. Finalmente, reconoció el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de doce días de salario por año, aplicando la jurisprudencia entonces vigente, entre otras en la sentencia del TS de 7 de noviembre de 2016.

Ambas partes recurrieron en suplicación. La Sala autonómica aplica su doctrina contenida en sentencia de 12 de diciembre de 2017, en un supuesto similar y en el

que se manifestó en estos términos: “no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante un cese procedente que habría de ser indemnizado en los términos establecidos por la doctrina del alto Tribunal, en la ... sentencia de 9-3-2017, nº 201/2017, rec. 2636/2015 , con veinte días de salario por año trabajado, pero hemos de tener en cuenta que la relación laboral se ha mantenido reiniciándose dos meses después, al suscribir la actora un nuevo contrato de interinidad para prestar servicios con una categoría incluida dentro del mismo grupo que la anterior, V nivel 1, por lo que ningún perjuicio se ha ocasionado a la actora al no haber perdido su trabajo, no habiendo motivo alguno para que sea indemnizada, tal y como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias, por todo lo cual el recurso se estima parcialmente”, para concluir, ahora ya con mención al caso litigioso concreto que “...la relación de la actora es indefinida no fija (no de interinidad) y no ha habido despido puesto que tal relación continúa vigente a través de la nueva contratación, que no cambia, conforme al principio de unidad de vínculo, la naturaleza de la relación -sin que proceda analizar de oficio por ser cuestión no planteada y distinta a la acción de despido el derecho o no a salarios en el interin entre el antiguo y el nuevo contrato”.

Por consiguiente, estimó parcialmente los dos recursos, y declaró el carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora, “revocando la sentencia de instancia respecto a la indemnización fijada y dejándola sin efecto”.

#### **IV. Posiciones de las partes y normativa aplicable al caso.**

Contra la sentencia del TSJ se interpuso RCUUD únicamente por la parte empresarial demandada. Al amparo de lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“...podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia”) se acordó que el litigio sería resuelto por el Pleno de la Sala. Dado que la tesis del ponente designado no prosperó, anunciando que formularía voto particular, se acordó el nombramiento de otro magistrado al efecto.

Conviene recordar primeramente que en suplicación la Administración había alegado cuatro motivos, al amparo del art. 193 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, es decir por infracción de normativa y jurisprudencia aplicable. Además de la infracción del art. 70 y la disposición final cuarta del EBEP, se alegó vulneración del art. 49.1 b) de la LET en relación con la disposición transitoria octava del mismo texto normativo, al considerar que de deber abonarse una indemnización esta debería ser de ocho días, y no doce, por año de servicio.

Pues bien, en casación, y tal como concreta el TS en el fundamento de derecho primero, 5, solo manifiesta su discrepancia con “la declaración del carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora”, aportando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala autonómica madrileña el 23 de octubre de 2017 (Rec. 350/2017), de la que fue ponente la magistrada Alicia Catalá, que en un supuesto similar al de la sentencia recurrida estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de instancia y declaró inexistente la condición de indefinida no fija de la trabajadora demandante, habiendo extinguido su contrato, de interinidad por vacante, por causa válida, es decir por ocupación de la plaza por otra persona trabajadora.

La Sala analiza en primer término si concurren los requisitos requeridos por el art. 219.1 de la LRJS para poder unificar doctrina, es decir si hay contradicción entre las dos sentencias, recurrida y de contraste. La respuesta será afirmativa, acertadamente a mi parecer, ya que se trata de supuestos litigiosos en que los hechos son sustancialmente idénticos, el debate jurídico también y, por el contrario, los resultados son distintos por la diferente aplicación que efectúan del art. 70 EBEP para considerar existente o no la condición de trabajadora indefinida no fija de personas que prestaban sus servicios desde hacía varios años en la Administración sanitaria madrileña y que vieron extinguida su relación contractual laboral por haber sido cubierta la plaza, tras la celebración del preceptivo concurso, por otra persona.

Se trata, en suma, de sentencias contradictorias que requieren de unificación, y ello, recuerda la Sala con remisión a su sentencia de 17 de julio de 2017, “con independencia del mayor o menor acierto de los razonamientos empleados por las sentencias comparadas”. . En el apartado 2 del fundamento de derecho segundo se sintetiza la tesis de la Sala: “Realmente lo que está en juego es si la superación del plazo de tres años, artículo 70 del EBEP, convierte en indefinido al interino por vacante, cuestión que es resuelta de forma diferente y necesita ser unificada. El hecho de que el EBEP se contenga, inicialmente en la Ley 7/2007, publicada años después de la firma del contrato de la demandante en este proceso, no empece esa identidad sustancial, porque la sentencia de instancia y la de suplicación recurrida fundan la novación del contrato, precisamente, en el artículo 70 de esa Ley que entró en vigor después de la firma del contrato cuya duración se prolongó hasta el 30 de septiembre de 2016, esto es, que durante más de ocho años en los que fueron de aplicación la Ley 7/2007 y el RDL 5/2015 que aprobó un nuevo Texto Refundido del EBEP, cuyo artículo 70 reserva la misma redacción en cuanto aquí interesa”.

La tesis de la recurrente, y estamos ya en el fundamento de derecho tercero, es que se ha infringido el art. 70 del EBEP en relación con su disposición final cuarta, siendo así (“al entender, en esencia...”) que dicho artículo en su apartado 1, no es de aplicación, y por ello la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de la normativa aplicable, “al no imponer la novación del contrato por el simple transcurso de tres años”.

Recordemos los términos del art. 70.1 y de la DT 4<sup>a</sup>. El primero dispone que “Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”. La segunda, en su apartado 1, estipula que “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”.

Sin dilación, la Sala anuncia que el recurso debe prosperar, con la contundente afirmación inicial, supongo que para dar cobertura a todo lo que inmediatamente se expondrá (y con muchas discrepancias al respecto por parte del voto particular) de que la inaplicación del art. 70 del EBEP (dicho sea incidentalmente, ya no vamos a encontrar ninguna referencia a la citada DT 4<sup>a</sup>) a supuestos como el ahora enjuiciado “es doctrina reiterada de esta Sala”.

Hay que decir que esta doctrina no sólo va a encontrarse en las dos sentencias que se citan en párrafos posteriores, sino también en las que están dictando en los muy numerosos RCUD pendientes ante el TS como consecuencia de la suspensión de su tramitación hasta que el TJUE primero, y el propio TS, se manifestaran sobre la existencia o no de una causa objetiva que diferenciara (y ya sabemos que la respuesta ha sido afirmativa) la extinción del contrato de interinidad (temporal) por cumplimiento de una de las causas previstas en la normativa vigente, de la de un contrato indefinido que se extingue por causas objetivas, y sus efectos sobre el (no) abono de indemnización en el primer supuesto. Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 26 de junio, 1 y 4 de julio, habiendo sido ponente de todas ellas la magistrada María Luisa Segoviano.

Acude en primer lugar la Sala a la sentencia de 19 de julio de 2016 (Rec. 2258/2014), de la que fue ponente el mismo magistrado que el de la ahora analizada, y que también contó con un voto particular fuertemente discrepante del mismo magistrado que lo ha firmado en esta sentencia, que puso el acento en la

incompatibilidad del acceso de la condición del interino a indefinido (no fijo) sólo por la demora en la tramitación del procedimiento de selección con “el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas...”. Se refiere a continuación a la “matización” de su doctrina anterior por la sentencia dictada en Pleno el 24 de abril de este año (Rec. 1001/2017) de la que pone el acento (a diferencia de dónde lo pondrá el voto particular) en que cómo debe aplicarse el plazo de tres años al que se refiere el art. 70.1 EBEP dependerá de las circunstancias concretas de cada supuesto a los efectos de valorar su trascendencia jurídica y posible novación de contrato inicialmente de interinidad.

En la citada sentencia de 24 de abril el TS argumentó que no es automático que la superación de los tres años para “la ejecución de la oferta de empleo público” tenga consecuencias inmediatas, y por tanto que una persona con contrato de interinidad por vacante que se encuentre en tal situación contractual puede seguir (¿por cuánto tiempo?) sin que se altere la misma, debiendo estar a “las circunstancias específicas de cada supuesto. Me pregunto, por ejemplo, si las restricciones presupuestarias que llevaron durante muchos años de la presente década a la práctica congelación de la oferta de empleo público pudiera ser una causa que habilitara una interpretación “amplia y flexible” del art. 70.1 EBE, y estoy seguro de quienes son responsables de recursos humanos en las distintas Administraciones pensarán inmediatamente en ello cuando lean la sentencia.

## **V. Doctrina básica y pasajes decisivos.**

La sentencia de 4 de julio acoge la tesis de que la ejecución de la OEP tiene una duración máxima de tres años, pero que en modo alguno ello implica que el EBEP esté posibilitando automáticamente la novación de un contrato de interinidad por vacante, ni tampoco que una modalidad contractual como esta tenga una duración máxima de tres años, apoyándose ahora también en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, caso LMM, asunto C-677/16, para realizar su interpretación del tantas veces citado apartado 64, el que se refiere a la “duración inusualmente larga” de un contrato de interinidad y su posible novación, para llegar a la conclusión de que el TJUE está avalando que la modalidad contractual puede durar más de tres años y que deben ser los tribunales nacionales “quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal”.

Una vez fijada por la Sala doctrina general, es decir habiendo concluido (con tesis discrepante del voto particular) cómo debe interpretarse el art. 70.1 EBEP, llega el momento de resolver el caso concreto, y con satisfacción para la Administración recurrente ya que “no se aprecia irregularidad alguna en (su) proceder”.

¿Y en que se basa para llegar a tal conclusión? Pues en dos argumentos que no dejan ser ciertamente sorprendentes a mi parecer si tenemos en cuenta todas las fechas importantes del litigio y muy especialmente la de inicio de la prestación de servicios (2001) con contrato de interinidad por cobertura de vacante.

El primero, que por Orden de 8 de enero de 2008, publicada en el Boletín Oficial autonómico del día 23, “se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración”; la segunda, y sigo insistiendo en que nos fijemos en las fechas importantes del caso, en que las convocatorias para cubrir ofertas de empleo “quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 20/2011, de 30 de diciembre y la Ley 22/2013, de presupuestos generales, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo, aunque fuese temporal y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013)”.

Supongo que la mayoría de la Sala era consciente de las críticas que se iban a formular en el voto particular sobre cómo se había utilizado la sentencia de 24 de abril para llegar a la conclusión defendida, y que dicha sentencia admitía la posibilidad de la novación incluso antes de transcurrir los tres años fijados en el art. 70.1 EBEP para su conversión en contratación indefinida no fija. Cómo salva esta posible crítica también merece especial atención si leemos después con atención el voto particular discrepante: según la Sala, no se trata de supuestos iguales porque en la primera no hubo acción alguna de la Administración tendente a cubrir la vacante, mientras que en la ahora recurrida “hubo OEP en 2001 y 2009”; además, en la ahora enjuiciada solo se debate si es de aplicación o no el art. 70 del EBEP y por ello no se entra, a diferencia de la anterior, en si hubo existencia de abuso o fraude en la contratación temporal. Acudiendo de nuevo a la sentencia LMM del TJUE y a la remisión que efectúa este a los tribunales autonómicos para que decidan si es posible una reclasificación de la modalidad contractual teniendo presente las circunstancias concretas del caso, llega a la conclusión de que “no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia extra-petita”, apoyándose en sentencias de la Sala de 19 de octubre de 2015, 25 de abril y 18 de septiembre de 2017, concluyendo con claridad (que tendrá su réplica de contrario en el voto particular) que la jurisprudencia de la Sala impide analizar cuestiones como el fraude o el abuso de la contratación temporal que no fueron objeto de examen en la sentencia recurrida, ya que de entrar “dejaríamos indefensa a la empleadora”.

## **VI. Parte dispositiva**

El TS estima el RCU interpuesto por la representación legal de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid. Casa y anula la sentencia recurrida dictada el 26 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en recurso de suplicación nº 479/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en autos nº 1014/2016. Resuelve el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda.

## **VII. Análisis del voto particular discrepante**

Analicemos a continuación los contenidos más relevantes del voto particular discrepante con innegable contundencia en la crítica jurídica a los argumentos de la sentencia. Dicha contundencia se deja entrever ya en su apartado primero, en el que, tras subrayar que la única cuestión a debate es determinar si la trabajadora demandante ostenta la condición de indefinida no fija, señala que la contratación data del 3 de julio de 2001, y que la extinción de dicha interinidad se produce el 30 de septiembre de 2016, “es decir más de quince años después”, algo que no ha sido cuestionado por la mayoría de la Sala y que lleva al firmante, y magistradas adheridas del voto, a manifestar, me parece que con mucha ironía crítica, que la sentencia “considera normal que un trabajador pueda permanecer como interino por vacante para la Administración pública durante tal dilatado periodo temporal y que ni siquiera ello sea suficiente para conferirle la condición de “indefinido no fija”...”.

A partir de esta premisa previa, con la que se discrepa radicalmente, se entra a fundamentar la tesis defendida, partiendo de los datos fácticos de la sentencia de instancia, inalterado en el recurso de suplicación y posterior sentencia. Con cuidada argumentación, y contradiciendo de plano las tesis de la sentencia, se expone que la contratación fue realizada en 2001 en términos de vinculación a una oferta pública de dicho año, no constando en el relato de hechos probados que esta oferta pública se llevara a efecto, “ni que la Administración autonómica realizara actividad alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza”.

Con la misma ironía crítica que en el supuesto anterior, aderezada y completada ahora con sustento jurídico necesario, el voto particular afirma que la sentencia mayoritaria hace referencia a una Orden del año 2008, dictada pues con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, “no invocada ni siquiera por la Administración pública empleadora en su recurso (sin que considere que esto genere indefensión para la

parte contraria), de la que, por su mera publicación en el boletín oficial, presume que la Administración llevó a cabo realmente actuaciones con respecto a la plaza cuestionada, lo que en ningún lugar se alegó ni consta, deduciendo de ello la existencia de una oportuna y suficiente actividad administrativa a tales fines...”, para concluir que la genérica afirmación de que mediante aquella Orden se actualizó la OEP del período 1998 a 2004 “no acredita que se convocara la concreta plaza ocupada interinamente por la actora ni, en su caso, la suerte corrida por la misma, si se cubrió, si se cubrió pero la persona que obtuvo la plaza no la ocupó, si quedó desierta o cualquier otra circunstancia decisiva”.

El voto particular va a centrar su atención en el transcurso de amplios períodos temporales en que la trabajadora estuvo prestando sus servicios y durante los que la Administración demandada no llevó a cabo actuación alguna en orden a la convocatoria de la correspondiente OEP. Si se toma sólo en consideración la fecha de entrada en vigor del EBEP, el 13 de mayo de 2007, la demandante ya había prestado sus servicios durante cinco años y nueve meses, un período, recuerda el voto, tras el que cabe razonablemente entender que el sujeto empleador “había vulnerado las reglas imperativas de la contratación temporal y de la exigencia y persistencia de causa para ella, al mantener irregularmente tal forma de contratación evidenciando una larga inactividad de la Administración pública empleadora y durante un periodo que es dable de calificar como inusualmente largo e injustificado, pues excede en mucho de los límites normales previstos para la duración ordinaria de la contratación temporal, incluso para la interinidad por vacante y ello aunque se adoptara una interpretación flexible en favor de la Administración pública empleadora respecto a los empleadores privados, visto el art. 4.2 (contrato de interinidad) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre...”.

Apunta a favor de su tesis de vulneración de la normativa vigente por duración inusualmente larga (obsérvense, pues, las discrepancias sobre qué debe entenderse por ello entre la mayoría de la Sala y el voto particular) que no constaba la existencia de un proceso de selección, y que aunque no hubiera, con anterioridad al EBEP, un plazo máximo para la duración de un proceso de selección en el empleo público, ello no implicaba en modo alguno dar carta blanca a la Administración, ya que esta” ha de acreditar que no ha existido inactividad por su parte y que ha promovido los mecanismos adecuados, en el tiempo razonablemente exigible, para la provisión de las vacantes”, tesis que encuentra apoyo en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (sobre fraude de ley y abuso de derecho). En suma, ya antes de la entrada en vigor del EBEP la trabajadora debía ser considerada indefinida no fija.

Y si nos vamos más adelante en el tiempo, sigue sin conocerse actividad alguna de la Administración para la convocatoria de OEP hasta el 3 de abril de 2009, es decir cuando la trabajadora ya llevaba prestando servicios durante siete años y ocho meses, dato que refuerza la tesis anterior y que, nuevamente con ironía crítica, subraya el voto se destaca que todo ello se produce antes de la “grave crisis económica” citada por la sentencia.

Que dicha crisis existió no se pone en absoluto en duda, y que afectó especialmente al ámbito público es aún más cierto, y por ello supongo que el voto particular no entra a enfatizar la importancia de que debiéramos esperar siete años más, desde que se convoca el concurso hasta que se procede a la cobertura de la plaza (septiembre de 2016) para el cómputo de tiempo en que la trabajadora ha sido interina casi permanente, aunque no deja de subrayar que no constan las causas de la dilación de esos siete años ni hay en autos ninguna alegación de la Administración empleadora al respecto. Dicho sea incidentalmente, en el voto se hace referencia a la convocatoria del proceso selectivo el 3 de abril de 2009 para subrayar la diferencia entre aquello que se recoge en los hechos probados y la argumentación de la sentencia mayoritaria, ya que dicho proceso selectivo “en la sentencia de instancia confirmada en suplicación se niega que fuera de consolidación del empleo y la ahora recurrente no pretendió la modificación de los HP de la sentencia de instancia en los que no consta tal dato”.

8. El voto coincide con la sentencia en que la Sala puede decidir aplicar la doctrina que considera más correcta, sin quedar condicionada por las argumentaciones de las partes, y en aplicación de esta tesis es como la sentencia falla a favor de la parte empleadora, criticándole que no utilice otros argumentos que pueden servir, y así lo expone a continuación, para defender la tesis favorable a la parte trabajadora con el argumento de que ello “le generaría indefensión a la empleadora”.

Su tesis, es que la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 24 de abril hubiera podido perfectamente llevar a la desestimación del recurso empresarial y la confirmación de las sentencias de instancia y suplicación, y que incluso la sentencia del TJUE, caso LMM, “es muy cuestionable” que avale la tesis de la sentencia mayoritaria de que un contrato de interinidad pueda durar más de tres años. Formula el voto una dura crítica formal, con evidente impacto sustantivo o de fondo en la decisión adoptada, a la alegación de no poder entrar, por pretendida incongruencia extra-petita, en un hipotético fraude de ley o abuso de derecho, destacando lo siguiente: “A pesar, de cómo la propia sentencia mayoritaria reconoce, para llegar a la conclusión estimatoria del recurso formulado por la empleadora se han cambiado los términos del debate planteado por la recurrente que exclusivamente invocaba inaplicación de la DT 4ª EBEP; y dado que visto el planteamiento de la demanda y la estimación esencial de la pretensión actora en la sentencia de instancia y en la recurrida, en aplicación estricta de la doctrina de esta Sala de casación en la fecha de los hechos, no cabe entender le fuera exigible a la actora que interpusiera recursos de suplicación y de casación contra las referidas sentencias para que se le estimara igualmente su pretensión pero por motivos distintos”.

Todo ello le lleva a concluir que hubiera debido desestimarse el recurso y aplicar la doctrina de la sentencia de 24 de abril, así como también una interpretación del apartado 64 de la sentencia LMM favorable a la evitación de situaciones contractuales no conformes a los objetivos del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE de favorecer la contratación de duración indefinida y reservar la contratación de duración determinada a supuestos en los que exista causa debidamente justificada para ello y con un período temporal concreto, afirmando el voto particular con innegable dureza dialéctica que es “difícilmente entendible que la finalidad del Acuerdo Marco se cumpla con la interpretación que se efectúa en la sentencia mayoritaria”.

### **VIII. Comentario final**

A modo de conclusión, cabe decir que siete años y ocho meses (sin contar los siete años de la crisis económica) parecen ciertamente excesivos para el fundamentado y documentado voto particular, incluso con interpretaciones flexibles de las normas aplicables, para un contrato de interinidad para cobertura de vacante, y mucho más si no existió actividad alguna de la Administración empleadora para la convocatoria. Pero no es esta la tesis de la sentencia en modo alguno, como he tratado de explicar. Debemos seguir con atención las próximas sentencias del TJUE en casos en los que está en juego nuevamente la problemática de los sujetos trabajadores con contratos o nombramientos interinos en las Administraciones Públicas españolas para conocer qué impacto puede tener sobre la aceptación de la interinidad casi permanente que se observa en la más reciente jurisprudencia del TS. Y también como es aplicada la jurisprudencia del TS por los TSJ, con dos recientes ejemplos en los que se perciben con claridad las posibilidades interpretativas que ha abierto aquella, en concreto las sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha y de Castilla y León (sede Burgos) de 23 y 24 de julio, Rec. 549/2019 y 480/2019, respectivamente.