

# El apartado 64 del caso *Montero Mateos*: impacto en las relaciones laborales

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

*Comunicación presentada a la Ponencia: “En la cultura de la temporalidad, en nuestra experiencia y en relación al modelo comunitario: Diego Porras como paradigma”*

## Sumario

1. Introducción .....	1
2. La literalidad del apartado 64 y su encaje con la doctrina del TJUE .....	2
3. La literalidad del apartado 64 y su interpretación a nivel interno .....	3
3.1. Finalización imprevisible.....	4
3.2. Duración inusualmente larga .....	4
3.3. El caso específico del art. 70.1 EBEP: ¿cómo se computa el plazo de 3 años?.....	6
a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP? .....	8
b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP? .....	9
c. ¿Qué incidencia ha tenido el apartado 64 del caso <i>Montero Mateos</i> ? .....	10
d. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?) .....	11
e. ¿El hecho de que el plazo sea ‘esencial’ tiene algún efecto sobre el contrato de interinidad por vacante? .....	12
f. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable? .....	13
4. Las reacciones internas al caso <i>Montero Mateos</i> .....	14
4.1. Interinos por vacante del sector público .....	15
4.2. El contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata.....	18
5. Valoración final.....	20

## 1. Introducción

El régimen jurídico de las compensaciones económicas por finalización de un contrato temporal experimentó un inesperado sisma a propósito del caso *de Diego Porras (I)* (STJUE 14 de septiembre 2016, C-596/14). En efecto, tras ratificar que la indemnización es una “condición de empleo”<sup>1</sup> y entender que no existía una razón objetiva que justificara un trato diferenciado, el

---

<sup>1</sup> En efecto, el TJUE en la sentencia 13 de marzo 2014 (C-38/13), *Nierodzik*, ya había apuntado que, a efectos de la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, no solamente el preaviso, sino también la indemnización por extinción del contrato es una “condición de trabajo”.

TJUE exigía para los contratos temporales la misma compensación en caso de extinción por motivos objetivos que la prevista para los contratos indefinidos<sup>2</sup>.

Doctrina que fue posteriormente corregida por el propio TJUE a través de las sentencias 5 de junio 2018 (C-677/16 y C-574/16, casos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*), dando respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el JS\33 de Madrid y TSJ de Galicia (respectivamente, sobre un contrato de interinidad y un contrato de relevo).

En efecto, manteniendo que la indemnización es una “condición de trabajo”, a la luz de la nueva doctrina (y sin que el TJUE argumente los motivos de su giro interpretativo) debe entenderse que existe una razón objetiva que justifica un trato diferenciado en los importes indemnizatorios entre temporales e indefinidos (especialmente, porque las expectativas no son homogéneas)<sup>3</sup>.

No obstante, el TJUE, a través del apartado 64 del caso *Montero Mateos*, emplazaba al juzgado remitente a examinar “si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”.

El contenido de este apartado ha suscitado una extraordinaria controversia judicial, muy especialmente, en relación al personal del sector público laboral y funcionarial. Y, en particular, en lo relativo a qué debe entenderse por “imprevisibilidad de la finalización” y “duración inusualmente larga” y cuáles deben ser los efectos jurídicos derivados de la concurrencia de ambos factores.

El objeto de este estudio es abordar estas cuestiones, desde el punto de vista de la propia doctrina del TJUE, como de la interpretación y reacciones judiciales que, en la jurisdicción social, se han llevado a cabo al respecto.

## **2. La literalidad del apartado 64 y su encaje con la doctrina del TJUE**

El contenido del citado apartado es como sigue:

«En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó

---

<sup>2</sup> Aunque el TJUE no determinaba a qué compensación exactamente se refería, como se sabe, la mayor parte de la doctrina judicial entendió que se refería a la prevista para la resolución por causas de empresa. Aunque

<sup>3</sup> Criterio que, en relación a otros casos relativos al derecho interno, ha ratificado posteriormente en los casos de *Diego Porras (2)* (sentencia 21 de noviembre 2018, C-619/17), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia* (auto del TJUE 19 de marzo 2019, C-239/18) y *Cobra Servicios Auxiliares* (sentencia 11 de abril 2019, C-29/18, C-30/18 y C-44/18).

debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar **si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo**” [la negrita es mía].

Lo cierto es que, en el marco de la propia doctrina comunitaria, el contenido de este apartado plantea algunas dudas interpretativas.

En particular, porque en un caso reciente (sentencia 28 de febrero 2018, C-46/17, *John*<sup>4</sup>) el TJUE ha admitido que la sujeción a una cláusula de jubilación forzosa prevista normativamente permitía que el contrato fuera calificado como temporal. De hecho, entiende que un contrato sometido a un término de estas características, en realidad, otorga una gran estabilidad en el empleo (pues, puede durar décadas – hasta el término de la vida laboral del trabajador). Lo que le lleva a concluir que una disposición de esta naturaleza (y que es controvertida) no favorece una utilización sucesiva de contratos temporales que propicie abusos para los trabajadores. Fundamentación que, quizás, podría contradecir lo apuntado en el citado apartado 64 del caso *Montero Mateos*.

### 3. La literalidad del apartado 64 y su interpretación a nivel interno

La literalidad del apartado 64 habilita un criterio hermenéutico para posibilitar una conversión de los contratos temporales lícitos a indefinidos al margen de los supuestos (y requisitos) descritos en el art. 15.5 ET y la DA 15ª ET.

En concreto, es posible calificar como indefinida una relación si se dan dos elementos: que *ab initio* sea imprevisible y que sea inusualmente larga<sup>5</sup>.

Factores que, *a priori* y teniendo en cuenta sus específicas características, podrán darse en dos tipologías de contratos temporales: los interinos por vacante del sector público y los contratos de obra y servicio vinculados a la duración de una contrata formalizados con carácter previo al RD Ley 10/2010<sup>6</sup> (lo que, en este segundo caso, puede plantear las dudas sobre la posible aplicación de la doctrina entre privados).

---

<sup>4</sup> Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). «Jubilación forzosa y Directiva 1999/70 (caso John): ¿un término en la contratación indefinida?». *Blog del autor*. <https://ignasibeltran.com/2018/03/01/jubilacion-forzosa-y-directiva-1999-70-caso-john-un-termino-en-la-contratacion-indefinida/>

<sup>5</sup> STSJ CyL/Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018). De hecho, se trata de un pronunciamiento ciertamente referencial.

<sup>6</sup> Pues en estos casos no se existe un límite temporal al contrato de obra y servicio (como sí se prevé hoy en el art. 15.1.a) ET).

### 3.1. Finalización imprevisible

En cuanto a este primer factor, la doctrina judicial<sup>7</sup> ha entendido que se refiere a la imposibilidad de “inducir con el nivel mínimo de certeza exigible” la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción.

Es importante tener en cuenta que, aunque se conozca el hecho concreto que precipitará la ineficacia del contrato (por ejemplo, la cobertura reglamentaria de la plaza o el fin de la contrata), lo determinante en este caso es que, en el mismo instante de la formalización, no pueda anticiparse en qué momento se producirá<sup>8</sup>. Especialmente porque, como apunta la STSJ Madrid 26 de junio 2018 (rec. 56/2018), “si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y por lo tanto surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación”.

Así, por ejemplo, la mera referencia a la vinculación de la plaza a una Oferta de Empleo Público (OPE) hecha en el momento de la contratación debe calificarse como insuficiente como para que el trabajador afectado pueda conocer la fecha en la que el contrato llegará a su fin.

### 3.2. Duración inusualmente larga

En estas condiciones de imprevisibilidad de la fecha en la que se produciría el acontecimiento extintivo, entra en juego el segundo factor: la duración “inusualmente” larga. Esto es, “debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión”<sup>9</sup>. Y este umbral, parece referirse a la “duración normal o habitual” o “si se

---

<sup>7</sup> STSJ CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018). Doctrina seguida, entre otras, por SSTSJ CyL\Valladolid 5 de diciembre 2018 (rec. 1308/2018); 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018); y (2) 12 de julio 2018 (rec. 1066/2017; y rec. 982/2018); y Cantabria 23 de noviembre 2018 (rec. 641/2018).

<sup>8</sup> Como apunta la STSJ Asturias 11 de diciembre 2018 (rec. 2391/2018), lo determinante es “Que la causa pactada no consista en una fecha cierta o en un hecho o acontecimiento que por sus propias características permita determinar desde el inicio con suficiente precisión la fecha de extinción”. Y, a mayor abundamiento, la STSJ CLM 26 de junio 2018 (rec. 410/2018) entiende que “la imprevisibilidad de la terminación tiene su natural repercusión en la calificación de la extinción de la relación laboral concertada, lo cual no debe confundirse con que, siendo previsible la causa de dicha terminación, sea por ello susceptible de integrar una causa de contratación temporal al amparo del art. 15 del ET. Ahora bien, también pueden concurrir causas de terminación imprevisibles ab initio, distintas a las que justificaron la contratación temporal, que por ello obliguen a recurrir al despido objetivo en el caso de un trabajador temporal. Por otro lado, los contratos temporales pueden incorporar en su inicio una cierta imprevisibilidad, al menos referida al momento de su terminación, sin que por ello se altere su naturaleza”.

<sup>9</sup> STSJ CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018). Pronunciamiento que además, añade que “Observa la Sala que diferentes versiones lingüísticas del párrafo 64 de la sentencia Montero (‘ungewöhnlich lange Laufzeit’; ‘durée inhabituellement longue’, ‘unusually long duration’, ‘durata insolitamente lunga’, ‘duração anormalmente longa’...), proporcionan el mismo significado que la versión española, esto es una duración que excede lo que es habitual o normal. Lo que no define la sentencia Montero es cuál sea el parámetro de lo habitual o normal”

evidencia una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada”<sup>10</sup> (sin que la sentencia *Montero Mateos* especifique qué debe entenderse por tal).

De hecho, el marco normativo interno tampoco describe cómo debe concretarse este factor. Como expone la STSJ CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018), no parece razonable que este elemento quede fijado en función de la realidad sociológica de la contratación temporal (“determinando estadísticamente cuál es la duración habitual de los contratos temporales”), “porque puede dar lugar a resultados muy disímiles por territorios o sectores”. No obstante, sin seguir un criterio estadístico, en algún caso<sup>11</sup>, se ha hecho la evaluación comparando la duración con la habitual en otros supuestos como excedencias forzosas por conciliación o incapacidad temporal.

Así pues, *a priori*, parece que cabrían dos posibles opciones<sup>12</sup>: por un lado, al período de 2 años (en un marco temporal de 30 meses) del art. 15.5 ET<sup>13</sup>; y, por otro lado, el período de 3 años que aparece en diversas normas vigentes (DA 1ª Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP).

No obstante, algunos pronunciamientos no plantean la cuestión en términos disyuntivos, considerando que el único plazo posible es el de 3 años<sup>14</sup>.

Sobre esta cuestión, lo cierto es que la doctrina, hasta la fecha, está optando por el plazo de 3 años. De hecho, salvo error u omisión, no se tiene constancia de ningún pronunciamiento que haya calificado la relación como inusualmente larga con una duración entre 2 y menos de 3 años<sup>15</sup>.

No obstante, esta interpretación suscita algunas controversias, especialmente, porque, centrándose en el objeto de este estudio, compromete la posibilidad de que la negociación colectiva amplie en 12 meses los 3 años de duración máxima de un contrato de obra y servicio determinado vinculado al fin de una contrata (*ex art. 15.1.a ET*).

---

<sup>10</sup> STSJ Madrid 26 de junio 2018 (rec. 56/2018).

<sup>11</sup> STSJ Cataluña 24 de enero 2019 (rec. 5958/2018).

<sup>12</sup> Entre otras, SSTSJ CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); Asturias 11 de diciembre 2018 (rec. 2391/2018); y Cataluña 8 de noviembre 2018 (rec. 4210/2018).

<sup>13</sup> Lo que, como apunta el propio TSJ CyL, evidencia la incoherencia del marco normativo interno, pues, “parece absurdo que se establezca un límite de veinticuatro meses cuando se encadenan dos o más contratos temporales (con posibles hiatos temporales entre ellos, por lo cual se establece un límite de cómputo de treinta meses consecutivos) y sin embargo un único contrato temporal pueda exceder los veinticuatro meses y llegar a durar, como ocurre en este caso, siete años y medio o incluso varias décadas”.

<sup>14</sup> Por ejemplo, SSTSJ Cantabria 31 de octubre 2018 (rec. 592/2018); 8 de marzo 2018 (rec.114/2019); 1, 4 y 13 de febrero 2019 (rec. 873/2018; rec. 7/2019; rec. 26/2019); 18 de enero 2019 (rec. 840/2018); y 12 de diciembre 2018 (rec. 745/2018);

<sup>15</sup> Así, son diversos los pronunciamientos que entienden que si no se ha superado este término no cabe aplicar el citado apartado 64. Entre otras, SSTSJ Madrid 5 de octubre 2018 (rec. 357/2018); 16 de julio 2018 (rec. 370/2018); Andalucía\Granada 5 de julio 2018 (rec. 248/2018); Andalucía\Málaga 14 de noviembre 2018 (rec. 1363/2018); CyL\Valladolid 21 de febrero 2019 (rec. 1962/2018); y Cantabria 18 de enero 2019 (rec. 838/2018);

De hecho, si bien es cierto que el establecimiento de un término bien delimitado tiene la virtud de dar mayor certeza a los operadores jurídicos (aspecto no menor, atendiendo a los precedentes y la propia complejidad de la cuestión), lo cierto es que la doctrina del TJUE parece enmarcar dicha evaluación respecto de cada situación en concreto, esto es, *ad casum*. De modo que, siempre que se evidencie una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada, podría declararse la relación como indefinida. Por consiguiente, podrían tenerse en cuenta otras duraciones (superiores o inferiores a los 3 años). No obstante, no puede obviarse que este enfoque podría proyectar una disparidad de resultados superior a la que sería deseable.

### 3.3. El caso específico del art. 70.1 EBEP: ¿cómo se computa el plazo de 3 años?

La jurisprudencia ha entendido que el EBEP establece un plazo máximo que permite entender que relación laboral de un interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para la cobertura de la plaza previsto en el art. 70.1<sup>16</sup>.

No obstante, un sector de la doctrina administrativa<sup>17</sup> ha entendido que del contenido del art. 70.1 EBEP,

“no queda claro si el improrrogable plazo de tres años opera únicamente como plazo máximo para convocar el proceso selectivo, en el caso de que no se fije otro plazo en la OEP [Oferta de Empleo Público]. O si, como parece desprenderse del tenor de este artículo, dentro de este plazo improrrogable debe desarrollarse todo el proceso selectivo, incluyendo convocatoria y resolución del proceso convocado. Por otra parte, surge la duda de cuál es la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de este plazo improrrogable”.

Recientemente, la STS\C-A 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) ha aclarado algunos aspectos al respecto, al entender:

- por un lado, que el art. 70.1 EBEP es aplicable a OEP anteriores a la entrada en vigor del EBEP, porque lo determinante es la fecha de la convocatoria del proceso selectivo; y,
- por otro lado, que el citado plazo de 3 años es esencial, de modo que, transcurrido el mismo, la OEP caduca (aspecto sobre cuyos efectos volveré más tarde).

---

<sup>16</sup> SSTS 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013); 15 de julio 2014 (rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014 (rec. 711/2013).

<sup>17</sup> CORVINOS BASECA, P. y AGÜERAS ANGULO, J. M. (2018). «Sobre la caducidad de las ofertas de empleo público». *Blog del autor* <http://pedrocorvinosabogado.es/sobre-la-caducidad-de-las-ofertas-de-empleo-publico/>

No obstante, siguiendo de nuevo a la doctrina administrativa<sup>18</sup>, quedan muchas incógnitas por resolver sobre la naturaleza de este plazo y los efectos del incumplimiento del mismo (de hecho, se han admitido 3 recursos de casación relacionados con el art. 70.1 EBEP que, al cierre de este ensayo, están pendientes de resolución)<sup>19</sup>.

Por otra parte, el apartado 64 del caso *Montero Mateos* y la necesidad de concretar qué debe entenderse por duración inusualmente larga, entre las diversas opciones posibles (tal y como describe entre otras la STSJ CyL\Valladolid 11 de junio 2018, rec. 833/2018), ha atribuido al art. 70.1 EBEP un mayor protagonismo si cabe.

Estos factores describen un marco particularmente controvertido, debiéndose resolver las siguientes cuestiones:

- a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP?
- b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP?
- c. ¿Qué incidencia ha tenido el apartado 64 del caso *Montero Mateos*?
- d. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?)
- e. ¿El hecho de que el plazo sea “esencial” tiene algún efecto sobre el contrato de interinidad por vacante?
- f. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

No obstante, antes de proceder a su análisis, es oportuno reproducir la literalidad del precepto en cuestión:

“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

---

<sup>18</sup> CORVINOS BASECA, P. (2018). «El improrrogable plazo de tres años para ejecutar la oferta de empleo público es esencial». *Blog del autor* <http://pedrocorvinosabogado.es/el-improrrogable-plazo-de-tres-anos-para-ejecutar-la-oferta-de-empleo-publico-es-esencial/>

<sup>19</sup> De hecho, la doctrina en suplicación (entre otras, STSJ\C-A Madrid 29 de marzo 2019, rec. 1474/2018; y 14 de septiembre 2018, rec. 25/2018), adoptando un criterio muy controvertido, está “tratando de limitar el alcance de la caducidad de las ofertas y la invalidez de las convocatorias”, declarando “la posibilidad de subsanar este vicio de anulabilidad mediante un Decreto”. CORVINOS BASECA, P. (2019). «Consecuencias de la caducidad de las ofertas de empleo público». *Blog del autor* <http://pedrocorvinosabogado.es/consecuencias-de-la-caducidad-de-las-ofertas-de-empleo-publico/>

todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

**a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP?**

La doctrina judicial social ha entendido (al menos, como se apuntará, hasta el cambio de doctrina que el apartado 64 del caso *Montero Mateos* provoca), que el plazo de 3 años establecido en el art. 70.1 EBEP no se refiere a todos los sistemas de cobertura de vacantes.

Siguiendo las SSTSJ Madrid 8 de mayo de 2017 (rec. 87/2017) y 1 y 23 de febrero 2018 (rec. 812/2017; rec. 1173/2017), pueden distinguirse los siguientes:

- El plazo de 3 años se refiere a las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión); y por otro lado,
- Quedan fuera del art. 70.1 EBEP otros sistemas de cobertura de vacantes como es son la promoción interna, traslados o de consolidación de empleo (SSTSJ Madrid 12 de noviembre 2018, rec. 1009/2018; y 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017).

No obstante, no existe unanimidad al respecto, pues, para las SSTSJ Andalucía\Granada 21 de enero 2019 (rec. 2035/2018); y 20 de diciembre 2018 (rec. 1876/2018) el traslado sí quedaría subsumido en el art. 70.1 EBEP.

En los casos de consolidación (siguiendo el criterio de la STSJ Madrid 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017), esto implicaría que,

Primero, “el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo”.

Segundo, este proceso especial está regulado en la DT 4ª EBEP, cuyo apartado 1º establece lo siguiente:

“Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005”.

Y, tercero,

“estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP”<sup>20</sup>.

El efecto de esta doctrina recién sintetizada es relevante en la medida que, al no aplicarse el art. 70.1 EBEP a estos casos, el TSJ de Madrid ha entendido que tales trabajadores interinos por vacante no pueden ser calificados como indefinidos no fijos (INF); y, por otra, parte que, en virtud del art. 4.2.b) del Decreto 2720/1998, la cobertura de la vacante describe un motivo extintivo válido. Creo que es relevante añadir que esta doctrina se articula estando vigente la doctrina de *Diego Porras (1)* (lo que, a la luz de la misma, implica el reconocimiento de 12 días de indemnización y no de los 20 días *ex* STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015).

No obstante, como se apuntará posteriormente, esta doctrina ha sido objeto de matización (al menos, en el TSJ de Madrid) a raíz del apartado 64 del caso *Montero Mateos*.

#### **b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP?**

Una derivada de la doctrina anterior (y siguiendo de nuevo con la STSJ Madrid 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017), es que el plazo establecido en el art. 70.1 EBEP no es aplicable a relaciones iniciadas una vez ha entrado en vigor el EBEP. O, cuanto menos, a aquéllas a las que han acumulado desde su inicio un período de 3 años con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP:

“No podemos admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad. El hecho de que sea precisamente una disposición transitoria de esa ley la que establece el indicado sistema de consolidación de empleo para cobertura de puestos o plazas de carácter estructural que se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 sin ajustarlo al sistema de su art. 70 es claramente revelador de la voluntad del legislador de que este precepto que se acaba de citar quede excluido de la regulación de dicho sistema especial. De no ser así, dicha disposición transitoria cuarta sería manifiestamente contradictoria”.

---

<sup>20</sup> Siguiendo esta doctrina, entre otras, STSJ Andalucía\Málaga 20 de junio 2018 (rec 615/2018).

### c. ¿Qué incidencia ha tenido el apartado 64 del caso *Montero Mateos*?

La doctrina descrita en el apartado anterior se ha mantenido, incluso, estando vigente el apartado 64 del caso *Montero Mateos*<sup>21</sup>.

Aunque también es cierto que (como se ha avanzado) el propio TSJ de Madrid, en otros pronunciamientos<sup>22</sup> ha adaptado la fundamentación a esta doctrina del TJUE, argumentando que:

“Desde esta nueva perspectiva deviene indiferente la fecha de suscripción del contrato (antes o después del EBEP) y el proceso de cobertura (ordinario o extraordinario) seguido para la cobertura de la plaza porque lo relevante, se reitera, es que el legislador de una u otra manera ha venido considerando que, sin perjuicio de determinadas peculiaridades como el supuesto de la interinidad por sustitución, de las cadenas contractuales contempladas en el art. 15.5 ET o de cualesquiera otros casos específicos existentes con límite mayor o menor, tres años es la regla general que opera como límite de la temporalidad a partir del cual se produce el abuso en la contratación temporal. Buena muestra de ello es, como decimos, el contenido del art. 70.1 EBEP”.

Y añade (en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa),

“Ciertamente, existe jurisprudencia como la recogida en la STS de 19 de julio de 2016, rec. 2258/2014, que se hace eco de otra más antigua que señalaba que ‘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).’ 2.- Precisamente, esto es lo que se hace en el presente supuesto: abordar las irregularidades cometidas en el supuesto analizado sin que estimemos que en el caso la

---

<sup>21</sup> STSJ Madrid 19 de julio 2018 (rec. 185/2018).

<sup>22</sup> Entre otras, sentencias 26 de junio de 2018 (rec. 56/2018); 26 y 30 de octubre 2018 (rec. 1058/2017; y rec. 1066/2017); 27 de noviembre 2018 (rec. 381/2018); y (2) 18 de enero 2019 (rec. 764/2018; y rec. 752/2018).

conversión del contrato en indefinido no fijo no resulta conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias.

El proceso de selección y su resultado no se ve afectado por la declaración que se establece por cuanto el contrato ha sido extinguido y la extinción aceptada (e incluso aunque no lo fuera) pero sin que se destruya la evidencia de que ha existido el comportamiento abusivo o fraudulento que es el riesgo que la propia STS de 18 de julio de 2016 advierte y pone de relieve cuando afirma que ‘la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual’. Este abuso o fraude que el propio Tribunal Supremo reconoce, no puede quedar exento de sanción porque así lo impone nuestro propio ordenamiento y el comunitario. La sanción es la conversión del contrato en indefinido no fijo”.

**d. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?)**

Como punto de partida, como se ha apuntado en la doctrina judicial<sup>23</sup>, se trata de un plazo de aplicación general para todas las Administraciones Públicas, indisponible por parte de las disposiciones convencionales, ni tampoco puede dejarse de aplicar porque no lo prevean explícitamente.

En términos generales, son muchas las sentencias que se refieren al plazo de 3 años sin más (aunque también es cierto que, en la mayor parte de casos, la relación sobrepasa con mucho este plazo y hace innecesario precisar el método de cómputo).

No obstante, algunos pronunciamientos han hecho algunas propuestas al respecto. En efecto, siguiendo el planteamiento de la STSJ CyL\Valladolid 6 de julio 2018 (rec. 941/2018)<sup>24</sup>:

“si existe un puesto cubierto por un trabajador interino en la modalidad indicada es porque existe una plaza vacante dotada presupuestariamente y, por tanto, conforme al artículo 70 indicado del Estatuto Básico del Empleado Público, debe ser obligatoriamente convocada para procedimiento de selectivo de ingreso de personal, siendo objeto de la siguiente oferta de empleo público anual, que debe ser ejecutada en el plazo máximo de tres años. Por tanto, a partir del día primero del año natural siguiente a la contratación de interinidad por vacante se deben computar esos tres años

---

<sup>23</sup> SSTSJ Madrid 26 y 30 de octubre 2018 (rec. 1058/2017; y rec. 1066/2017); y 27 de noviembre 2018 (rec. 381/2018).

<sup>24</sup> Seguida, entre otras, por las SSTSJ CyL\Valladolid 21 de febrero 2019 (rec. 1962/2018); y 20 de diciembre 2018 (rec. 1643/2018).

y si al cabo de los mismos no se ha cubierto la plaza, entonces se habrá superado el plazo máximo de duración del contrato temporal previsto por el Real Decreto 2720/1998, con las consecuencias previstas para estos supuestos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la conversión del contrato en indefinido”.

En todo caso, para otro sector de la doctrina judicial<sup>25</sup>, el plazo de 3 años no se supera si entre las convocatorias sucesivas de ascenso, traslado y turno libre previstas en el convenio colectivo, no han transcurrido entre cada una de ellas un espacio temporal superior a tres años.

#### **e. ¿El hecho de que el plazo sea ‘esencial’ tiene algún efecto sobre el contrato de interinidad por vacante?**

El impacto de la STS\C-A 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) podría ser notable en la cuestión objeto de este análisis. En efecto, si efectivamente el plazo es esencial y la OPE puede caducar, quizás, deba evaluarse si ello tiene alguna incidencia sobre el contrato de trabajo del interino y, en tal caso, con qué efectos.

Por ejemplo, si la caducidad afecta a la validez de todo el proceso selectivo, será difícil entender que se ha producido una cobertura “reglamentaria” de la plaza y, por consiguiente, que efectivamente exista un motivo que justifique la extinción del interino por vacante. En tal caso, parece que, si no se alega una causa que la motive, en la medida que no puede llevarse a cabo una “amortización simple”, lo oportuno será la declaración de improcedencia o nulidad, según el número de trabajadores afectados (*ex* STS 24 de junio 2014, rec. 217/2013).

En todo caso, entiendo que si la OPE caduca, sería difícil entender que tiene un efecto extintivo automático sobre el interino por vacante (y, si lo tuviera, no podría calificarse como un “término”, forzando a la administración a justificar la medida, en tanto que ya no puede acudir a la “amortización simple”). De hecho, es probable que aunque haya caducado, el interino por vacante siga prestando servicios (en cuyo caso, si la invalidez del proceso de selección efectivamente extinguía la relación, la administración tendría a una persona prestando servicios sin causa de temporalidad – y, por consiguiente, parece que debería ser calificado como INF).

---

<sup>25</sup> SSTSJ Extremadura 14, (2) 24 de enero 2019 (rec. 731/2018; rec. 747/2018; y rec. 761/2018); y 15 de noviembre de 2018 (rec. 580/2018).

#### f. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

Como se acaba de exponer, la STS\C-A 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) ha entendido que el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP es esencial, lo que implica que la OPE caduca si no se ejecuta en este plazo.

No obstante, en la jurisdicción social, a los efectos del reconocimiento de la condición de INF, se está manteniendo la posible suspensión del plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP.

En concreto, entre otras, la STSJ Andalucía\Sevilla 7 de marzo 2019 (rec. 87/2017) entiende que el contenido de 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) tienen una relevancia destacada porque vetaron el ingreso de nuevo personal al servicio de las administraciones públicas (a salvo las excepciones que contienen las de 2014 y 2015).

En definitiva, defiende que el plazo del art. 70.1 EBEP opera en situaciones de normalidad pero no en situaciones en las que la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la OPE se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

Lo que tendría una doble consecuencia,

– por un lado, el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP quedaría en suspenso desde 2012 a 2015 (por imposibilidad legal de contratación). Lo que tendría un efecto directo en la posibilidad de declarar el carácter INF de un interino por vacante formalizado con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes; salvo que ya acumulara 3 años con anterioridad a 2012<sup>26</sup>.

– por otro lado, en el caso de que efectivamente se haya formalizado un contrato de interinidad por vacante durante los años 2012 a 2015 en los que la incorporación no fuera posible (y no concurriera ninguna condición especial), dicho contrato temporal debe ser calificado como fraudulento y, por consiguiente, calificado como INF.

Teniendo en cuenta que, a partir de la STS 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016), que da respuesta al caso *de Diego Porras*, parece que ya no es posible reconocer una indemnización a la extinción por cobertura de vacante de los interinos que no sean calificados como INF (lo que no deja de describir un trato desigual difícilmente justificable, al menos, *ex arts.* 20 y 31.1

---

<sup>26</sup> SSTSJ Andalucía\Sevilla (2) 20 de marzo 2019 (rec. 597/2018; y rec. 711/2018); 7 y 14 de febrero 2019 (rec. 458/2018; y rec. 538/2018); 16 de enero 2019 (rec. 3264/2017); y 31 de octubre 2018 (rec. 3019/2017); y Asturias 12 de marzo 2019 (rec. 19/2019).

CDFUE), estas precisiones pueden tener un notable efecto para los trabajadores que no sean calificados como INF.

No obstante, aunque la Administración estuviera limitada durante estos períodos, es controvertido que esto desnaturalice (o “desactive”) el hecho de que la relación del interino por vacante efectivamente tenga un fin imprevisible y una duración inusualmente larga. En efecto, teniendo en cuenta lo apuntado en el apartado anterior, esta situación podría prolongarse más de 7 años: más de 3 años *ex art.* 70.1 EBEP y 4 años suspendidos por LPGE.

A pesar de esta duración inusualmente larga, de acuerdo con esta doctrina mantenida en suplicación (principalmente por el TSJ de Andalucía), la calificación de INF (“no temporal”) no sería posible, a pesar de lo proclamado por el apartado 64 del caso *Montero Mateos*. Aunque, ciertamente, no veo cómo puede evitarse la aplicación de la misma.

Así pues, esto plantearía un nuevo problema, pues, si no pueden ser calificados como INF, pero tampoco pueden ser calificados como “temporales” (a resultas del caso *Montero Mateos*), surge la duda en relación a la naturaleza jurídica que debería atribuírsele (¿“Temporales con duración inusualmente larga que no son ‘INF’ pero son ‘indefinidos’ - o ‘no temporales’-?”).

Al margen de los (indeseables) efectos que se derivarían de la creación de una nueva figura que esta línea interpretativa provocaría, conviene tratar de reiterar un argumento ya expuesto con anterioridad: si estos contratos, efectivamente, ya no pueden ser calificados como “temporales”, es dudoso que la cobertura de la plaza, aunque no haya caducado la OPE, produzca un efecto extintivo válido. En cuyo caso, no veo cómo puede evitarse que la extinción no sea calificada como improcedente si la Administración no aporta una justa causa (extremo que será abordado en el epígrafe que sigue).

#### **4. Las reacciones internas al caso *Montero Mateos***

A raíz del apartado 64 del caso *Montero Mateos*, la discrepancia jurisdiccional sobre el importe de la indemnización de los contratos temporales de fin imprevisible y duración inusualmente larga se ha centrado, principalmente, en los interinos por vacante del sector público y su extinción por cobertura reglamentaria de la plaza. En cambio, las controversias alrededor de los contratos por obra y servicio vinculados a la duración de una contrata han tenido una menor “recepción” en los Tribunales.

Veámoslos de forma separada.

#### 4.1. Interinos por vacante del sector público

En cuanto a los interinos por vacante, una vez constatada la existencia de una finalización imprevisible y una duración inusualmente larga, los importes reconocidos oscilan entre<sup>27</sup>:

- reconocer 20 días por equiparación con el art. 53.1.b ET<sup>28</sup>; o bien,
- reconocer 20 días en aplicación de la doctrina de la STS 28 de marzo 2018 (rec. 1664/2015)<sup>29</sup>; o bien,
- reconocer 8 días (*ex Huétor Vega y Montero Mateos*) al entenderse que no puede acudir a esta última sentencia porque han dejado de ser indefinidos en virtud de la STS 2 de abril 2018 (rec. 27/2017)<sup>30</sup>.
- reconocer 45 días<sup>31</sup>.

También son numerosos los supuestos en los que no se ha reconocido indemnización alguna (aunque por motivos dispares):

- no reconocer indemnización alguna porque (de forma controvertida) no se ha detectado irregularidad alguna en la contratación<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Para más detalles ver, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019, 2). «Guía práctica (2) para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: de “Montero Mateos” a “de Diego Porras 2”». *Blog del autor*. <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/>

<sup>28</sup> SSTSJ CyL\Valladolid 5 de diciembre 2018 (rec. 1308/2018); 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018); y (2) 12 de julio 2018 (rec. 1066/2017; rec. 982/2018); 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); CyL\Burgos 17 y 24 de enero 2019 (rec. 873/2018; y rec. 898/2018); Madrid 14 de septiembre 2018 (rec. 235/2018); Galicia 11 de diciembre 2018 (rec. 3105/2018); Cantabria 8 y 23 de noviembre 2018 (rec. 610/2018; y rec. 641/2018); 31 de octubre 2018 (rec. 598/2018); y 26 de junio 2018 (rec. 291/2018); Cataluña 9 de julio 2018 (rec. 1862/2018); SJS/3 Badajoz 25 de junio 2018 (núm. 291/2018); y SSJS/4 Valladolid 20 de junio 2018 (núm. 245/2018); y 10 de agosto 2018 (núm. 280/2018);

<sup>29</sup> SSTSJ Cantabria 31 de octubre 2018 (rec. 592/2018); 8 de marzo 2018 (rec.114/2019); 1, 4 y 13 de febrero 2019 (rec. 873/2018; rec. 7/2019; rec. 26/2019); 18 de enero 2019 (rec. 840/2018); y 12 de diciembre 2018 (rec. 745/2018); Asturias 11 de diciembre 2018 (rec. 2391/2018); Cataluña 8 de noviembre 2018 (rec. 4210/2018); y 27 de septiembre 2018 (rec. 745/2018); Andalucía\Granada 5 y 12 de julio 2018 (rec. 7/2018; y rec. 280/2018); y 21 de junio 2018 (rec. 363/2018); CLM 5 de noviembre 2018 (rec. 32/2018); y 26 de junio 2018 (rec. 410/2018); Madrid 23 de noviembre 2018 (rec. 506/2018); 8, 16, 26, 30 y 31 de octubre 2018 (rec. 32/2018; rec. 78/2018; rec. 475/2018; rec. 1066/2017; rec. 592/2018); 7 de septiembre 2018 (rec. 207/2018); 20 de julio 2018 (rec. 224/2018); y 8, 19, 21, (2) 26 y 29 de junio 2018 (rec. 843/2018; rec. 922/2017; rec. 879/2017; rec. 56/2018; rec. 607/2018; rec. 152/2018); y Galicia 27 de junio 2018 (rec. 896/2017); y SJS/33 Madrid 28 de junio 2018 (núm. 260/2018).

<sup>30</sup> SSTSJ Andalucía\Sevilla 25 de octubre 2018 (rec. 3737/2017); y (2) 5 de diciembre 2018 (rec. 4313/2017; y rec. 4099/2017).

<sup>31</sup> En este sentido, antes de que se pronunciara el TJUE en el caso *Montero Mateos*, se pronuncia la STSJ País Vasco 24 de octubre 2017 (rec. 1853/2017).

<sup>32</sup> *En relación a interinos por sustitución*, SSTSJ Cantabria 17 de diciembre 2018 (rec. 754/2018); País Vasco 10 de julio 2018 (rec. 1296/2018); Extremadura 27 de septiembre 2018 (rec. 485/2018); Galicia 20 de septiembre 2018 (rec. 1584/2018); y Andalucía\Sevilla 6 de junio 2018 (rec. 84/2018). Y, *en relación a interinos por vacante*, SSTSJ Andalucía\Sevilla 28 de junio 2018 (rec. 2050/2017); Andalucía\Málaga 7 de noviembre 2018 (rec. 1404/2018); y 18 de julio 2018 (rec. 794/2018); (2) 4 de julio 2018 (rec. 485/2018; rec. 706/2018); 6, 13, (3) 20 y 27 de junio 2018 (rec. 519/2018; rec. 639/2018; rec. 583/2018;

- no reconocer indemnización porque, sin solución de continuidad, se ha producido una nueva contratación<sup>33</sup>.
- No reconocer indemnización porque duración no es “inusualmente larga” y *Montero Mateos* no reconoce indemnización a interinos ni en contrato de relevo<sup>34</sup>.

Volviendo a los casos en los que se ha optado por abonar una indemnización de 20 días, la fundamentación resulta especialmente controvertida, pues, desde la STS 2 de abril 2018 (rec. 27/2017), el Alto Tribunal ha vuelto a calificar a los INF como “temporales”. Lo que significa que estos contratos “temporales” tienen un trato diferenciado (¿justificado?) con respecto al resto de temporales (pues, a partir de las doctrinas *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, no tienen derecho a percibir la misma indemnización que los indefinidos). Aspecto del que emergen otros aspecto que abordaré, con algo más de detalle con posterioridad.

Personalmente, creo que abonar la indemnización por despido improcedente es lo más adecuado. Y, los motivos para sustentar esta afirmación, básicamente, son los siguientes:

- Si por aplicación del apartado 64, el contrato de un interino por vacante se califica como “fijo”, la cobertura reglamentaria de la plaza no puede erigirse en un motivo que provoque la ineficacia contractual, porque al ser un contrato “fijo”, obviamente, deja de

---

rec. 615/2018; rec. 616/2018; y rec. 660/2018); Madrid 10 y 17 de septiembre 2018 (rec. 335/2018; y rec. 603/2018); y 2 y (4) 19 de julio 2018 (rec. 235/2018; rec. 1432/2017; rec. 1499/2017; rec. 79/2018; y rec. 1345/2017); y País Vasco 10 y 19 de julio 2018 (rec. 1164/2018; y rec. 185/2018). Y, como mero apunte, en la jurisdicción C-A: *en relación al Personal Eventual*, STSJ\C-A País Vasco 18 de diciembre 2018 (rec. 171/2017); y, *en relación a funcionarios interinos*, STSJ\C-A Aragón 25 de enero 2019 (rec. 75/2018); 4 y 30 de octubre 2018 (rec. 107/2018; rec. 63/2018); 19 de septiembre 2018 (rec. 41/2018); 19 de junio 2018 (rec. 60/2018); y 3 y 13 de julio 2018 (rec. 67/2018; rec. 64/2018); SAN C-A 20 de septiembre 2018 (rec. 19/2018).

<sup>33</sup> En relación a *interinos por vacante*, STSJ Madrid 17 de octubre 2018 (rec. 735/2018); y 21 de junio 2018 (rec. 888/2017). En contra, STSJ Madrid 22 de junio 2018 (rec. 878/2017): extinción de interino por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza calificado como indefinido no fijo tras 12 años. Se le reconoce indemnización de 20 días a pesar de que ha sido contratado de nuevo sin solución de continuidad.

<sup>34</sup> *Interinos por sustitución*: SSTSJ Cataluña 24 de enero 2019 (rec. 5958/2018); 7 de septiembre 2018 (rec. 3668/2018); 17 de julio 2018 (rec. 2013/2018); y 11 de junio 2018 (rec. 3436/2018); Madrid 5 de octubre 2018 (rec. 357/2018); y 16 de julio 2018 (rec. 370/2018); CLM (2) 25 de octubre 2018 (rec. 1345/2017; y rec. 1346/2017); Andalucía\Granada 5 de julio 2018 (rec. 248/2018); Andalucía\Málaga 4 de julio 2018 (rec. 708/2018); Galicia (2) 26 y (2) 29 de junio 2018 (rec. 4242/2017; rec. 5182/2017; rec. 891/2018; y rec. 4627/2017); Asturias 29 de junio 2018 (rec. 998/2018); y País Vasco 27 de noviembre 2018 (rec. 2129/2018); 2, 3 y 10 de julio 2018 (rec. 1197/2018; rec. 1255/2018; rec. 1297/2018); y 11, (2) 12, (3) 19 y 26 de junio de 2018 (rec. 1118/2018; rec. 1118/2018; rec. 992/2018; rec. 1160/2018; rec. 1111/2018; rec. 1152/2018; y rec. 1182/2018). *Interinos por vacante*: SSTSJ CyL\Valladolid 21 de febrero 2019 (rec. 1962/2018); Cantabria 18 de enero 2019 (rec. 838/2018); y 17 de diciembre 2018 (rec. 645/2018); SJS Gijón 13 de julio 2018 (núm. 312/2018). *Contrato de relevo*: SSTSJ Andalucía\Málaga 14 de noviembre 2018 (rec. 1363/2018); Madrid 28 de septiembre 2018 (rec. 271/2018).

ser “temporal” y, por lo tanto, deja de estar sometido a término (no pudiéndose extinguir por su cumplimiento)<sup>35</sup>.

– Algo parecido sucede en el encadenamiento (“sin solución de continuidad”) de contratos temporales ilícitos y lícitos: la formalización de un contrato ilícito no queda “depurada” por la posterior celebración de contratos temporales lícitos. De modo que, extinguido el último (por ejemplo, una interinidad por sustitución con reserva de puesto de trabajo lícita), el término no es suficiente para justificar la extinción, calificándose como improcedente.

Así pues, a la luz de lo expuesto, creo que existen argumentos sólidos para extender esta doctrina a los interinos por vacante sujetos al citado apartado 64.

Finalmente, el criterio defendido por el TS describe una situación de trato desigual injustificado en el caso de los interinos por vacante del sector público cuya relación se ha extinguido por cobertura reglamentaria de la plaza:

– Si la duración de la relación no puede ser calificada como “inusualmente larga” *ex ap.* 64 del caso *Montero Mateos* (por ejemplo, porque no superan el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP – siempre que se acabe confirmando este criterio temporal como válido), en virtud de la nueva doctrina del Tribunal Supremo no tienen derecho a una indemnización alguna.

– Ahora bien, si la duración del contrato de estos interinos por vacante es calificada como “inusualmente larga” y se les atribuye la condición INF, en virtud de la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015), tendrán derecho a una indemnización de 20 días.

Estarán conmigo que esta situación evidencia una disparidad indemnizatoria difícilmente justificable (pues, no parece que una diferencia basada en el tiempo – en el extremo, de 1 día – sea una razón objetiva suficiente)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> De hecho, desde este punto de vista, se reforzaría la idea de reconducir la naturaleza de los INF (e interinos por vacante) a contratos sometidos a condición. (como sostuvo la jurisprudencia hasta la STS 24 de junio 2014, rec. 217/2013), pero sujeta a las siguientes reglas: – Primero: la cobertura reglamentaria de la plaza (de INF e interinos por vacante) opera como una condición de ineficacia contractual válida (salvo que tengan una duración inusualmente larga). No obstante, en virtud de la doctrina comunitaria (*Huétor Vega*), ante la inexistencia de una norma específica que prevea una medida contra el uso abusivo de esta modalidad contractual, en caso de extinción se le debe anudar la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET (recuérdese que esta opción fue defendida por la jurisprudencia, incluso de oficio). Esto es, una indemnización de 12 días. - Segundo: entender que la “amortización simple” es una condición “abusiva” y, por consiguiente, no válida, exigiéndose en tal caso el respeto a las reglas que disciplinan la resolución “por causas de empresa” (para los INF, STS 8 de julio 2014, rec. 2693/2013; y para los interinos por vacante, STS 24 de junio 2014, rec. 217/2013). Las SSTSJ Andalucía\Sevilla 25 de octubre 2018 (rec. 3737/2017); y (2) 5 de diciembre 2018 (rec. 4313/2017; y rec. 4099/2017) también sostienen que los INF están sometidos a condición (aunque sin anudar la consecuencia de la improcedencia en caso de extinción por cobertura de vacante).

## 4.2. El contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata

La complejidad asociada al contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata excede del objeto de este estudio<sup>37</sup>. A la explícita validez de esta “figura” ratificada recientemente por la STS 9 de enero 2019 (rec. 108/2018), aunque sin unanimidad (pues, se formula un VP firmado por 5 magistrados), debe sumársele la incertidumbre derivada del apartado 52<sup>38</sup> de la STJUE 11 de abril 2019 (C-29/18, C-30/18 y C-44/18), *Cobra Servicios Auxiliares*. En este caso, y en el marco de las reacciones al caso *de Diego Porras (1)*, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales presentadas por el TSJ de Galicia, a propósito de las diferencias indemnizatorias en caso de fin de contrata entre un contrato de obra y servicio vinculado a una contrata y un contrato indefinido<sup>39</sup>.

A la espera de que se disipen las dudas que esta controversia suscita (teniendo muy presente la falta de unanimidad en el seno del Alto Tribunal), lo cierto es que el TS parece estar, al menos, “redefiniendo” los contornos de esta modalidad de contratación temporal. Y las SSTs (4) 19 de julio 2018 (rec. 823/2017; rec. 824/2017; rec. 972/2017; y rec. 1037/2017) son ilustrativas de este proceso.

En efecto, hasta entonces, la doctrina jurisprudencial entendía que “mientras el mismo contratista es titular de la contrata, sea por prórroga o por nueva adjudicación, no puede entenderse que haya llegado a su término la relación laboral”.

---

<sup>36</sup> En tal caso, en hipótesis, parece que el Tribunal Supremo, en un futuro, tendrá que optar por alguna de estas opciones: – Podría decidirse equiparar a la baja la indemnización de los INF en caso de cobertura reglamentaria de la plaza (en tal caso, también se plantearía la cuestión si la misma afectaría a todos los INF por igual o sólo aquellos que previamente habían sido interinos por vacante – en cuyo caso, también se plantearían dudas respecto de la razonabilidad de este trato diferenciado entre trabajadores que participan de idéntica calificación). – Podría decidirse equiparar al alza la indemnización a los interinos por vacante no calificados como INF. En tal caso, podrían plantearse dudas sobre la razonabilidad de este trato diferenciado con respecto al resto de trabajadores temporales (y en especial, el resto de interinos). Lo que, de nuevo, podría volver a cuestionar la necesidad de equiparar a todos los temporales (incluidos los INF) a la baja (12 días) o al alza (20).

<sup>37</sup> Extensamente al respecto BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). «Extinción de contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: contornos de una posible discriminación a la luz de la Directiva 1999/70». *Revista de Trabajo y Derecho*. Pendiente de publicación.

<sup>38</sup> “corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio de que se trata en los litigios principales estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), de dicho Estatuto”.

<sup>39</sup> En efecto, en la medida que el apartado 52 de la sentencia, no cierra la puerta a que pueda someterse la extinción al régimen jurídico del art. 52 ET, *de facto* parece que implicaría que dejaría de ser un contrato temporal. Extensamente, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). «Contrato de obra y servicio vinculado a una contrata: ¿el TJUE abre la puerta a su calificación como indefinido? (casos C-29/18, C-30/18 y C-44/18, *Cobra Servicios Auxiliares*)». *Blog del autor*. <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/>

Pues bien, a partir de estas cuatro sentencias (aunque sin seguir un discurso argumentativo idéntico), se exige que, en los casos en los que se haya formalizado un único contrato, las mutaciones de las contratas deban acreditar de nuevo la autonomía y sustantividad propia (de otro modo, debe entenderse que contrato es indefinido)<sup>40</sup>. No obstante, debe advertirse que el efecto de esta doctrina es, por decirlo de algún modo, “menor”, pues, sólo es aplicable a los contratos de obra celebrados con anterioridad al RD Ley 10/2010

Por otra parte, teniendo en cuenta que las relaciones se formalizan en enero de 1999, en uno de los pronunciamientos (rec. 823/2017, Ponente: Magistrado A.V. Sempere) se excluye que deba acudir al citado apartado 64 del caso *Montero Mateos*, pues, entiende que la Directiva 1999/70 no es aplicable a relaciones preexistentes a su entrada en vigor. No obstante, cabe hacer dos precisiones:

- En primer lugar, en los rec. 824/2017 y rec. 972/2017 (Ponentes: L. Arastey; y J. M. López García, respectivamente) se habla, sin citar al caso *Montero Mateos*, de “expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo”. Y en el rec. 823/2017 (Ponente: Magistrado A.V. Sempere) se habla (sin citar tampoco este caso en este estadio) de: “prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota”. Al margen de la discusión alrededor de si la Directiva 1999/70 y, por ende, la doctrina del caso *Montero Mateos*, serían aplicable entre privados y/o a relaciones preexistentes (como se apunta al inicio de su fundamentación el rec. 823/2017 - Ponente: Magistrado A.V. Sempere), podría entenderse que todas ellas se “aproximan” sustancialmente a la fundamentación del célebre apartado 64 de dicho caso (al menos, en los términos empleados)<sup>41</sup>.
- En segundo lugar, la STS 11 de octubre 2018 (rec. 1295/2017), en un caso muy similar y reproduciendo prácticamente en su literalidad la fundamentación de este último recurso de casación citado, también sostiene (de forma controvertida y sin justificación) que la Directiva no es aplicable pese a que la relación se ha formalizado en 2010 y finaliza en diciembre de 2014. Esto es, después de 3 años y casi 7 meses (y, tratándose

---

<sup>40</sup> Criterio que se reitera en las SSTs 11 de octubre 2018 (rec. 1295/2017); y 5 de marzo 2019 (rec. 1128/2017).

<sup>41</sup> No obstante, se dan motivos para dudar que efectivamente el Tribunal Supremo persiga efectivamente este objetivo. Repárese que en el rec. 823/2017 (Ponente: Magistrado A.V. Sempere), *obiter dicta*, se afirma: “el caso resuelto es diverso al que surge cuando aparece una obra o servicio con duración excepcionalmente larga, sin prórrogas o novaciones del inicial acuerdo de colaboración entre empresas. En tal supuesto, seguramente, el abuso de temporalidad solo puede marcarlo el legislador puesto que los agentes económicos que concertan la colaboración entre sí omiten pactos adaptativos posteriores”. Es razonable pensar que este “apunte” se refiere al contenido de la reforma de 2010. No obstante, si no estuviera acotada en el tiempo, esta afirmación podría plantear algunos problemas de encaje a la luz del apartado 64 de esta sentencia del TJUE.

de una relación entre privados, tampoco hace mención alguna al posible juego de la interpretación conforme). En concreto, la sentencia entiende

“cabe preguntarse si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata mantiene esa naturaleza cuando, ante la prologada duración de la colaboración empresarial [en este caso, 3 años y 7 meses], la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota”<sup>42</sup>.

La lectura de este apartado sugiere las siguientes valoraciones:

- En primer lugar, se estaría confirmando la idea de que el TS, de algún modo, está poniendo coto al contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata (aunque, como se ha apuntado, ha ratificado su validez a través de la STS 9 de enero 2019, rec. 108/2018);
- En segundo lugar, repárese que, teniendo en cuenta la duración del contrato (3 años y casi 7 meses), el propio contenido del art. 15.1.a) ET, habilitando a la negociación colectiva a extender la duración del contrato de obra y servicio hasta los 4 años, se vería parcialmente comprometido (lo que, podría tener importantes efectos); y
- En tercer lugar, téngase en cuenta que esta duración estaría por encima de la que se ha estado barajando en suplicación como “inusualmente larga”: esto es, como se acaba de apuntar, entre 2 y los 3 años. No obstante, en la medida que en esta sentencia el TS no estaría sosteniendo este criterio de forma explícita, no creo que pudieran descartarse estas interpretaciones mantenidas por la doctrina judicial.

## 5. Valoración final

En una valoración superficial, podría pensarse que la controversia suscitada alrededor del caso *de Diego Porras (1 y 2)* ha sido resuelta a partir de la STS 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016), al no reconocerse (de forma muy discutible<sup>43</sup>) indemnización alguna a los contratos de interinidad. De hecho, en la medida que, a partir de los casos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, el TJUE está manteniendo de forma constante su doctrina (casos *de Diego Porras (2)*, *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia* y *Cobra Servicios Auxiliares*) es razonable pensar que

---

<sup>42</sup> Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2018). «Contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: ¿3 años y 7 meses describen una duración inusualmente larga? (STS 11/10/18)». *Blog del autor*. <https://ignasibeltran.com/2018/12/12/contrato-de-obra-y-servicio-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-3-anos-y-7-meses-describen-una-duracion-inusualmente-larga-sts-11-10-18/>

<sup>43</sup> Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2019). «Finalmente, los interinos no tienen derecho a indemnización: el viaje de ida y vuelta del caso *de Diego Porras* (STS 13/3/19)». *Revista de Derecho Vlex*, núm. 179.

estos criterios se mantendrán en las diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con nuestro derecho interino y que todavía están pendientes de resolución.

No obstante, el escenario resultante de este viaje de ida y vuelta es, lejos de esta primera apreciación, particularmente alambicado. La disparidad interpretativa alrededor del apartado 64 del caso *Montero Mateos* es, como se ha expuesto, muy superior a la que sería deseable. Y estas discrepancias que se ven particularmente amplificadas cuando se combinan con otras doctrinas jurisprudenciales todavía vigentes (como, por ejemplo, con el reconocimiento de una indemnización de 20 días en caso de cobertura de vacante a los INF – y no a los interinos). Sin olvidar que la concreción de los efectos del apartado 52 del caso *Cobra Servicios Auxiliares* también podría abrir un nuevo frente de conflicto.

La lectura conjunta de todos estos elementos arroja una realidad que no ha variado desde septiembre de 2016, cuando se dictó la sentencia en el caso *de Diego Porras (1)*: la segmentación de nuestro mercado de trabajo es patológica y se ha cronificado. Y, en el sector público (incluido el funcionarial – aunque no ha sido objeto específico de atención en este ensayo) es particularmente acusada. La “cultura” de la temporalidad está profundamente arraigada y, lo que ha evidenciado la mejora económica, es que la atipicidad está en expansión.

Son muchas las voces que, desde hace tiempo, claman por una respuesta legislativa que moldee las poderosas inercias que imperan. Es una muestra de absoluta irresponsabilidad política pretender que sean los Tribunales los encargados de llevar a cabo las intervenciones correctoras que nuestro modelo de relaciones laborales precisa. Los efectos colaterales de esta inacción legislativa son intolerables.