

## **El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo y la respuesta del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio**

Yolanda Cano Galán

Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Social)

Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

**Diario La Ley**, Nº 9898, Sección Tribuna, 23 de Julio de 2021, **Wolters Kluwer**

### ÍNDICE

El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo y la respuesta del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio

I. Introducción

II. Marco jurídico sobre el contrato de interinidad por vacante

III. El diálogo entre TS y TJUE y viceversa sobre contrato de interinidad por vacante en la administración pública e indemnización por extinción

1. El origen: la STJUE 14-09-2016, C-596/14, De Diego Porras I sobre contrato de interinidad por sustitución

2. La cuestión prejudicial planteada en ATS 25-10-2017 (Rec. 3970/2016) la respuesta de la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), De Diego Porras II, y su aplicación en STS (Pleno) 207/2019, 13-03-2019 (Rec. 3970/2016), igualmente sobre el contrato de interinidad por sustitución

3. La traslación de dicho diálogo al contrato de interinidad por vacante: la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-577/16, Montero Mateos

4. ¿Un nuevo replanteamiento de la cuestión o consolidación de la doctrina?: Las SSTJUE 22-01-2020 C-1771/18, Baldonado Martín y 19-03-2020 C-103/18 y C-429/18), Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez

IV. El segundo problema: el diálogo entre TS y TJUE y viceversa sobre contrato de interinidad por vacante en la administración pública y su duración «inusualmente larga»

1. El criterio inicial: La STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017)

2. La consolidación de dicha jurisprudencia: La STS (Pleno) 536/2019, 04-07-2019 (Rec. 2357/2018)

### 3. El toque de atención: La STJUE 03-06-2021, C-726/19, IMIDRAA

- A) Sobre la «sucesión de contratos» y su consideración como contratación abusiva: el cuestionamiento de la jurisprudencia sobre el art. 70 EBEP
- B) Sobre la indemnización tras la válida extinción de la relación laboral: ¿un nuevo cuestionamiento de la jurisprudencia?
- C) Sobre las crisis económicas y la justificación de la consolidación del empleo público: la réplica al Tribunal Supremo
- D) La STJUE 11-02-2021, C-760/18, asunto Dimos Agiou Nikolaou: ¿algún cambio?

### 4. El cambio jurisprudencial: La STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019)

- A) Sobre la «duración excesivamente larga», las «expectativas» del trabajador y la «pérdida de valor» del único contrato
- B) Sobre las crisis económicas y su influencia en la validez del contrato
- C) La rectificación jurisprudencial: la conversión del contrato en indefinido no fijo por su duración «injustificadamente larga»
- D) Las excepciones y cautelas

### V. ¿El fin del diálogo?: el RD-LEY 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

- 1. La finalidad de la norma: ¿reducción de la temporalidad laboral?
- 2. La distinción «funcionario interino por vacante» y «contratado interino por vacante»
- 3. ¿El fin del debate sobre la indemnización por extinción de contrato?
- 4. ¿Un nuevo problema?: La «compensación económica por no superación del proceso selectivo de estabilización»

## VI. Conclusiones

### Comentarios

#### Resumen

Análisis de la problemática que la falta de convocatorias públicas para estabilizar el empleo ha provocado a lo largo de los años, especialmente en el marco del contrato de interinidad por vacante suscrito con las Administraciones Públicas. Este estudio pretende sistematizar el largo proceso que ha llevado a un complejo diálogo entre Tribunales españoles y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha provocado cambios jurisprudenciales importantes, y que ha culminado con la aprobación del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

## **I. Introducción**

La temporalidad en el ámbito de las Administraciones Públicas ha sido uno de los grandes retos a los que se han tenido que enfrentar el legislador y la judicatura, obligada a interpretar una normativa laboral no específicamente diseñada para resolver la problemática que la falta de convocatorias públicas para estabilizar el empleo ha provocado a lo largo de los años. Especialmente relevantes han sido esos problemas en el marco del contrato de interinidad por vacante suscrito con las Administraciones Públicas.

Este estudio pretende sistematizar el largo proceso que ha llevado a un complejo diálogo entre Tribunales españoles y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha provocado cambios jurisprudenciales importantes, y que ha culminado con la aprobación del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

## **II. Marco jurídico sobre el contrato de interinidad por vacante**

El art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre (LA LEY 62/1999), prevé la celebración de contratos de interinidad *«para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva»*, cuya duración, en el ámbito de la Administración Pública se vincula al *«tiempo que duren dichos procesos [de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto]»*. Es el denominado contrato de interinidad por vacante.

Puesto que el mismo se vincula a la duración de los procesos selectivos, que tienen que celebrarse en el ámbito público para cubrir plazas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la aparente ausencia de regulación sobre cómo y cuándo se deberían promover éstos, qué ocurre en los supuestos en que el contrato se prolonga en el tiempo, y qué indemnización hay que abonar a la extinción, ha derivado en un galimatías jurídico que se ha abordado a fuerza de jurisprudencia, toques de atención por parte del TJUE y rectificaciones jurisprudenciales, y que ha culminado con la aprobación de una norma —el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021)—, que como se analizará, plantea igualmente numerosas cuestiones que obligarán a un nuevo diálogo entre órganos jurisdiccionales y el TJUE.

La razón de dicho galimatías se vincula a dos preceptos: 1) El art. 70 EBEP, que determina que *«la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años»*; 2) Los arts. 49.1 c) —que exime de indemnización (de 12 días de salario por cada año de servicio) a la extinción de contratos de interinidad por vacante—, y 53.1 b) —que obliga a poner a disposición del trabajador una indemnización de 20 días por año de servicio, con un máximo

de 12 mensualidades a la extinción de contratos amparadas en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en los términos regulados en el art. 51 ET (LA LEY 16117/2015)—.

*La falta de dotación presupuestaria, las dificultades administrativas para la promoción y estabilización del empleo o la simple negligencia de las Administraciones Públicas ha hecho que los procesos se dilaten en el tiempo 10, 20, 30 años*

La falta de dotación presupuestaria, las dificultades administrativas para la promoción de procesos de promoción y estabilización de empleo, o la simple negligencia de las Administraciones Públicas que no se han preocupado por las condiciones (contractuales, administrativas, etc.) en que se presentaban los servicios en sus ámbitos, ha hecho que dichos procesos se dilaten en el tiempo 10, 20, 30 años, obligando a que muchos trabajadores desarrollen la totalidad de su vida laboral mediante dicha modalidad de contratación temporal. Tan dilatado período de tiempo sin convocatoria de plazas públicas, ha ocasionado no poca litigiosidad, y ha obligado a desarrollar una importante labor interpretativa de la escueta y escasa normativa aplicable sobre el contrato de interinidad por vacante, que, como se desarrollará posteriormente, ha colapsado a los órganos jurisdiccionales de demandas, y ha provocado cambios jurisprudenciales relevantes.

A ello ha abundado una importante doctrina del TJUE, que al hilo de cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles, han interpretado la Directiva 1999/70 (LA LEY 7675/1999) CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP (en adelante Acuerdo Marco) sobre el trabajo de duración determinada, y en especial, las obligaciones en ella contempladas para «prevenir los abusos» en la contratación temporal, no siempre de manera unívoca, y provocando, en ocasiones, más dudas que soluciones a los problemas planteados.

Dicho proceso se culmina (¿o no?) con el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que viene a incidir directamente en la jurisprudencia ya rectificadora al hilo de la doctrina del TJUE sobre la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública, y especialmente sobre el contrato de interinidad por vacante, y que, a pesar de su incuestionable intención de acabar con la discusión jurídica, el diálogo entre Tribunales españoles y TJUE, y cambios jurisprudenciales como consecuencia del mismo, sin embargo no despeja muchas dudas y plantea importantes problemas de aplicabilidad.

### **III.** *El diálogo entre TS y TJUE y viceversa sobre contrato de interinidad por vacante en la administración pública e indemnización por extinción*

#### **1.** *El origen: la STJUE 14-09-2016, C-596/14, De Diego Porras I sobre contrato de interinidad por sustitución*

Si bien existe un origen remoto en la problemática que estamos abordando, que viene de las sentencias de los trabajadores en relación con la amortización de puestos de trabajo en el Ayuntamiento de Parla [iniciada por STS (Pleno) 22-07-2013 (Rec. 1389/2012) y seguida por otras muchas], que reconocieron que las Administraciones Públicas podían amortizar los puestos de trabajo ocupados por trabajadores indefinidos no fijos de la Administración sin necesidad de acudir a la vía extintiva de los arts. 51 (LA LEY 16117/2015) y 52 ET (LA LEY 16117/2015) y sin derecho a la indemnización allí prevista aunque sí la del art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015), y que se rectificó a raíz de la STS (Pleno) 24-06-2014 (Rec. 217/2013 (LA LEY 90046/2014)) —Universidad Politécnica de Madrid— en el sentido de que la amortización de puestos de trabajo de interinos por vacante debía seguir el procedimiento de los arts. 51 (LA LEY 16117/2015) y 52 ET (LA LEY 16117/2015), por lo que procedía la indemnización de 20 días —en el supuesto se declaró la nulidad por no seguirse el procedimiento de despido colectivo—, el punto álgido del debate que ahora se aborda se inicia con la STJUE 14-09-2016 C-596/14 (LA LEY 111190/2016), asunto De Diego Porras I.

Dicha sentencia —dictada al hilo de la extinción de un contrato de interinidad por sustitución—, concluyó que existía *«una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados»*.

#### **2.** *La cuestión prejudicial planteada en ATS 25-10-2017 (Rec. 3970/2016) la respuesta de la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), De Diego Porras II, y su aplicación en STS (Pleno) 207/2019, 13-03-2019 (Rec. 3970/2016), igualmente sobre el contrato de interinidad por sustitución*

La respuesta dada por el TJUE en el asunto De Diego Porras I provocó dudas sobre si la indemnización a que abocaba la conclusión de dicha sentencia debía ser la de 20 días prevista en el art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015) o la de 12 días del art. 49.1 c), de ahí que por Auto del Tribunal Supremo de 25-10-2017 (Rec. 3970/2016 (LA LEY 152964/2017)), se plantearan tres cuestiones prejudiciales al TJUE que pivotaban, todas ellas, sobre la cuestión de si existía discriminación en la normativa española cuando no preveía indemnización a la terminación de contratos temporales.

La respuesta dada por la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), asunto De Diego Porras II, resulta contraria de la anterior, ya que niega que pueda ser contraria a la Directiva una norma que permite que a la extinción regular del contrato de trabajo no se prevea la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas.

Al hilo de dicha solución, la STS (Pleno) 207/2019, 13-03-2019 (Rec. 3970/2016 (LA LEY 23146/2019)), termina concluyendo que no cabe indemnizar a la válida terminación de un contrato de interinidad por sustitución, ni con la indemnización de 12 días prevista en el art. 49.1 c) ni con la de 20 días de los arts. 51 (LA LEY 16117/2015) y 52 ET (LA LEY 16117/2015). ¿El argumento?

**1.-** *«no es admisible sostener que la indemnización establecida para los despidos objetivos solo se contempla respecto de los trabajadores indefinidos (...) la concurrencia de supuesto de despido objetivo da lugar al mismo tratamiento para todas las modalidades de contratación sin distinción en razón de la duración del contrato (...) no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal»*

**2.-** *Que el legislador en RDL 5/2001, de 2 de marzo (LA LEY 341/2001) primero, y Ley 21/2001, de 9 de julio, después, «introdujo el reconocimiento de la indemnización al finalizar el contrato temporal, consistente en 12 días de salario por año trabajado. Sin embargo (...) se hizo para dos de las tres modalidades de contratos temporales legalmente admitidas (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción), excluyendo expresamente a los contratos de interinidad».*

**3.** *La traslación de dicho diálogo al contrato de interinidad por vacante: la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-577/16, Montero Mateos*

Ya planteada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo la cuestión prejudicial que derivó en la segunda sentencia del asunto De Diego Porras [STJUE 21-11-2018 (C-691/2017)], y antes de que la misma se dictara en relación con el contrato de interinidad por sustitución, el propio TJUE adelanta la conclusión posteriormente alcanzada precisamente al resolver una cuestión prejudicial sobre la posible discriminación en materia indemnizatoria por extinción de contrato, esta vez de interinidad por vacante.

La STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-677/16 (LA LEY 53022/2018), asunto Montero Mateos, concluyó que *«no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado*

*puesto como el contrato de interinidad de que se trata el litigio principal, al vencer el término por el que esos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva».*

Dicha conclusión es acorde con la que posteriormente se adoptaría en la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), asunto De Diego Porras II, y se reitera en otra sentencia de la misma fecha STJUE 05-06-2018, C-574/16 (LA LEY 53021/2018), asunto Grupo Norte Facility, en relación a la terminación de contrato relevo.

Puesto que en materia indemnizatoria la conclusión de la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-677/16 (LA LEY 53022/2018), asunto Montero Mateos era clara, vio la luz una consolidada jurisprudencia que concluyó que no procedía indemnizar, ni con la indemnización prevista en el art. 53.1 b) —20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades—, ni con la prevista en el art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015) —12 días de salario por año de servicio— a la válida terminación de contrato de interinidad por vacante [de entre las más recientes: SSTS 442/2021, 27-04-2021 (Rec. 2534/2019 (LA LEY 54265/2021)), 443/2021, 27-04-2021 (Rec. 2819/2019 (LA LEY 54249/2021)), 537/2021, 18-05-2021 (Rec. 5004/2018 (LA LEY 60275/2021)) y STS 573/2021, 26-05-2021 (Rec. 1679/2019 (LA LEY 84406/2021)), entre otras]

**4. ¿Un nuevo replanteamiento de la cuestión o consolidación de la doctrina?: Las SSTJUE 22-01-2020 C-1771/18, Baldonado Martín y 19-03-2020 C-103/18 y C-429/18), Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez**

A pesar de que la cuestión sobre si corresponde abonar alguna indemnización a la terminación del contrato de interinidad por vacante cuando se ocupa la plaza por la persona a la que se adjudicó la misma tras el correspondiente proceso de consolidación de empleo parecía definitivamente resuelta a partir de la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-677/16 (LA LEY 53022/2018), asunto Montero Mateos, la afirmación de que *«incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha dado lugar a recalificarlo como contrato fijo»*, provocará un nuevo diálogo entre los órganos jurisdiccionales españoles y el TJUE, esta vez en relación a qué ocurre con los contratos de interinidad por vacante cuando se prolongan excesivamente en el tiempo.

La STJUE 22-01-2020 C-1771/18), asunto Baldonado Martín, vuelve a señalar que no se vulnera la Directiva 1999/70 (LA LEY 7675/1999), cuando los funcionarios interinos no reciben indemnización al finalizar su relación a pesar de que los que tengan relación indefinida o de otro tipo sí la perciben, pero no incide en dicha cuestión, lo que sí hace la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez

Ruíz y Fernández Álvarez, que va más allá, y señala que no es posible la renovación sucesiva de nombramientos temporales que acaban encubriendo necesidades permanentes, de forma que si bien la Directiva 1999/70 (LA LEY 7675/1999) no obliga a transformar los contratos en indefinidos, sí que deben adoptarse medidas para evitar que ello ocurra, y señala, como una de ellas, la percepción de una indemnización equivalente a la del despido improcedente o la transformación del contrato en indefinido no fijo.

Desde luego estas últimas sentencias enfatizan en la concertación sucesiva de contratos temporales, lo que puede no ocurrir cuando el contrato es de interinidad por vacante, en que basta con la concertación de un único contrato y la no convocatoria del proceso selectivo para que la duración del mismo sea «inusualmente larga» —cuestión ésta que provocará un nuevo diálogo entre tribunales españoles y TJUE como posteriormente se examinará—. Sea como sea, la sentencia es clara, y establece que cuando las necesidades son permanentes, lo que se pone de manifiesto cuando el contrato se prolonga en el tiempo, deben establecerse medidas disuasorias tales como la fijación de una indemnización o la conversión del contrato en indefinido no fijo. Y sobre esta última cuestión, como se ha avanzado, se abre un nuevo diálogo entre TS y TJUE.

**IV. El segundo problema: el diálogo entre TS y TJUE y viceversa sobre contrato de interinidad por vacante en la administración pública y su duración «inusualmente larga»**

**1. El criterio inicial: La STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017)**

Como se ha avanzado, la obligación impuesta por la doctrina del TJUE a los órganos jurisdiccionales españoles de examinar si ante «*la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha dado lugar a recalificarlo como contrato fijo*», provocó una segunda oleada de demandas en relación a la posible conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo de la Administración Pública, en atención a la superación del plazo previsto en la única norma que fija una duración para la celebración de los correspondientes procesos selectivos (art. 70 EBEP): 3 años.

La conclusión alcanzada en STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017 (LA LEY 54129/2019)) fue concluyente: 1) Que «*el plazo de 3 años no puede operar de modo automático*» para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo; 2) Que el plazo de 3 años del art. 70 EBEP, no es una garantía inamovible, siendo las circunstancias específicas del caso las que determinarán si la contratación mediante contrato de interinidad por vacante es abusiva o no, en atención a si se ha desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad por fraude, abuso u otras ilegalidades; 3) Que lo realmente determinante de una conducta fraudulenta es no sólo que la duración



sea «*inusualmente*» larga, sino que la duración del contrato sea «*injustificada*» por carecer de soporte legal; 4) Que dicha conclusión es acorde con la doctrina y jurisprudencia comunitaria

Dicha jurisprudencia se consolidó [de entre las últimas: SSTs 18-05-2021 (Rec. 536/2019 (LA LEY 73414/2021)), 553/2021, 18-05-2021 (Rec. 3189/2019 (LA LEY 73415/2021)), 485/2021, 01-06-2021 (Rec. 3049/2018 (LA LEY 73409/2021)), 535/2021, 18-05-2021 (Rec. 4496/2018 (LA LEY 84415/2021)), 551/2021, 18-05-2021 (Rec. 2996/2019 (LA LEY 85156/2021))], e incluso se matizó, para justificar que la paralización de las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo público durante los años de crisis económica a partir del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre (LA LEY 26627/2011), suponían una justificación objetiva y razonable que impedía que la superación del plazo de 3 años en la convocatoria de los procesos selectivos a que refería el art. 70 EBEP, lo que impedía la conversión del contrato en indefinido no fijo [de entre las más recientes: SSTs 446/2021, 27-04-2021 (Rec. 3699/2019 (LA LEY 37004/2021)), 447/2021, 27-04-2021 (Rec. 21/2020 (LA LEY 37003/2021)), 452/2021, 28-04-2021 (Rec. 1810/2019 (LA LEY 37016/2021)), 455/2021, 28-04-2021 (Rec. 3010/2019 (LA LEY 37017/2021)), 545/2021, 18-05-2021 (Rec. 1627/2019 (LA LEY 54270/2021)), 549/2021, 18-05-2021 (Rec. 2670/2019 (LA LEY 60254/2021))]

## **2. La consolidación de dicha jurisprudencia: La STS (Pleno) 536/2019, 04-07-2019 (Rec. 2357/2018)**

Dado que conforme a la STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017 (LA LEY 54129/2019)), se hace preciso examinar las circunstancias de cada caso en concreto para determinar si ha concurrido causa para la conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo, lo que, aparte de obligar a examinar caso por caso las circunstancias concretas que rodearon la contratación, desvirtúa en cierto modo la fijación de una regla sobre la transformación de contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos, la STS (Pleno) 536/2019, 04-07-2019 (Rec. 2357/2018 (LA LEY 112127/2019)) vuelve a replantearse la cuestión, no para rectificar su propia jurisprudencia, sino para consolidar ésta.

Básicamente lo que se determina en la sentencia es lo que ya se dijo en relación a que «*el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos*», y añade una justificación ya abordada anteriormente, ya que insiste en que la paralización de las ofertas de empleo por la grave crisis económica que sufrió España, y que prohibieron la incorporación de personal nuevo aunque fuese temporal, supone una justificación para la superación del plazo de 3 años fijado en el art. 70 EBEP para la convocatoria de los procesos de consolidación de empleo.

En definitiva, a pesar del replanteamiento de la cuestión, y de que el Voto particular que acompaña a la sentencia entiende que cuando no constan las causas de la dilación de la convocatoria del proceso selectivo, dicha pasividad de la Administración Pública —aunque con posterioridad estuviera justificada por una normativa que, amparada en la crisis económica, impide procesos de consolidación de empleo público— no impide la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo.

### **3. El toque de atención: La STJUE 03-06-2021, C-726/19, IMIDRAA**

Tras la consolidación de la jurisprudencia que determina que el plazo de 3 años «no puede operar de modo automático» para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo, ya que tras la STS (Pleno) 536/2019, 04-07-2019 (Rec. 2357/2018 (LA LEY 112127/2019)) dicha conclusión se reitera en un abundante número de sentencias [de entre las más recientes SSTs 27-04-2021 (Rec. 3542/2018 (LA LEY 54286/2021)), 27-04-2021 (Rec. 2186/2019 (LA LEY 54252/2021)), 27-04-2021 (Rec. 18935/2019), 27-04-2021 (Rec. 2534/2019 (LA LEY 54265/2021)) y 05-05-2021 (Rec. 654/2020 (LA LEY 45471/2021)), entre otras], la solución no parece satisfactoria, de ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Auto de 23-09-2019, plantee nueva cuestión prejudicial ante el TJUE en que, en esencia, cuestiona la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, y solicita una respuesta sobre la interpretación dada en la consolidada jurisprudencia de la Directiva 1999/70 (LA LEY 7675/1999).

La STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMIDRAA, da una respuesta en cierto punto inesperada. A diferencia de lo que aconteció tras la STJUE 14-09-2016, C-596/14 (LA LEY 111190/2016), De Diego Porras I, en que tras la cuestión prejudicial planteada por la propia Sala 4ª del Tribunal Supremo por Auto de 25-10-2017 (Rec. 3970/2016 (LA LEY 152964/2017)), se replanteó nuevamente la cuestión de la posible discriminación entre trabajadores temporales y fijos en relación con las indemnizaciones por extinción de contrato, para concluir que la misma no existía en STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), De Diego Porras II —lo que podría considerarse una rectificación de la jurisprudencia del TJUE, especialmente la de la STJUE 14-09-2016, C-596/14 (LA LEY 111190/2016), De Diego Porras I—, en el supuesto actual, y tras la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, en que se anunció que debían adoptarse medidas para que no existiera una duración excesiva de contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, el TJUE no modifica la conclusión que ya anunció, adoptando una respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contraria a la que ya se consideraba consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

**A) Sobre la «sucesión de contratos» y su consideración como contratación abusiva: el cuestionamiento de la jurisprudencia sobre el art. 70 EBEP**

En particular, la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA concluye:

- 1.-** Que en el supuesto en que no existe una sucesión de contratos *strictu sensu*, sino un primer contrato que se prorroga automáticamente *«el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esta plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años»*;
- 2.-** Que como ya se determinó en la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, *«cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso»*;
- 3.-** Que una *«normativa nacional que permite la renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza (...) a la espera del resultado de los procesos de selección de un titular no es, en sí misma, contraria al Acuerdo Marco»*, ahora bien, debe comprobarse que *«la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales»*;
- 4.-** Que una previsión como la contemplada en el art. 70 EBEP, y *«que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada (...) pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada»*.

Lo que el TJUE hace es en realidad «tirar de las orejas» a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Sistematizando aún más dichas conclusiones, lo que el TJUE hace es en realidad «tirar de las orejas» a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, señalando que las conclusiones que se alcanzan en la

consolidada jurisprudencia sobre el art. 70 EBEP, y en particular (en la propia interpretación que el TJUE realiza de la misma, y que, como posteriormente se analizará, el TS no reconoce), que no existiendo fraude en la contratación y existiendo causas justificativas para la no convocatoria de los procesos selectivos en el plazo de 3 años del art. 70 EBEP, es una interpretación contraria al Derecho de la Unión.

**B) Sobre la indemnización tras la válida extinción de la relación laboral: ¿un nuevo cuestionamiento de la jurisprudencia?**

El TJUE da dos respuestas adicionales en la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, que podrían tener influencia en la también consolidada jurisprudencia española sobre: 1) La ausencia de indemnización en supuestos de extinción de contrato de interinidad por vacante; y 2) La no conversión automática del contrato en indefinido no fijo.

Respecto de esta segunda cuestión, la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, señala que *«la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los "trabajadores indefinidos no fijos" podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo e duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco»*. En realidad, y a pesar de lo inocuo de la afirmación, lo que está anunciando es que los órganos jurisdiccionales españoles deberían considerar que cuando se supera el plazo de 3 años del art. 70 EBEP sin convocatoria de las plazas, el contrato debería devenir en indefinido no fijo, puesto que ello sería acorde con la conclusión alcanzada en la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, que obligó a adoptar medidas para evitar los abusos en la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, y con la normativa de la UE, en especial, lo establecido en el acuerdo Marco.

Respecto de la primera cuestión, y que en resumidas cuentas tiene que ver con la conclusión alcanzada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a que no procede indemnizar a la válida extinción de contratos de interinidad por vacante, y su posible ajuste al Derecho UE, la sentencia es concluyente *«una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público no parece (...) atenderse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia [del TJUE]»*.

Y el problema vuelve al escenario jurídico. La conclusión alcanzada por el TJUE que determina que *«la falta de concesión de una indemnización al término de los contratos de interinidad (...) no permite alcanzar el objetivo (...) consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada»*, unido a que la conversión de los contratos en indefinidos no fijos sí es una medida que previene los abusos en la contratación, podría dinamitar la jurisprudencia que ya desde la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-677/16 (LA LEY 53022/2018), asunto Montero Mateos, se consolidó, y que determinó que no procedía indemnizar ni con 20 días (art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015)) ni con 12 días (art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015)).

Si se siguiera en puridad dicha doctrina, lo que el TJUE estaría afirmando es que en aquellos supuestos en que se cuestionara la válida extinción, la conclusión que debería alcanzar el órgano jurisdiccional sería: 1) primero considerar que el contrato es fraudulento y por lo tanto es indefinido no fijo; y 2) que de no seguirse el procedimiento de los arts. 51 (LA LEY 16117/2015) o 52 ET (LA LEY 16117/2015), la extinción debería ser considerada despido improcedente con las consecuencias indemnizatorias procedentes (33 días del art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015)); y 3) que en cualquier caso, y puesto que debería seguirse el procedimiento de los arts. 51 (LA LEY 16117/2015) y 52 ET (LA LEY 16117/2015), procedería indemnizar a la extinción contractual con 20 días.

### **C) Sobre las crisis económicas y la justificación de la consolidación del empleo público: la réplica al Tribunal Supremo**

Pero aún dice más el TJUE. Puesto que una de los principales argumentos dados por el TS para considerar que una de las justificaciones de la superación del plazo del art. 70 EBEP en la convocatoria de las plazas es que las leyes de presupuestos adoptadas tras la crisis económica de 2008 prohibían ejecutar ofertas de empleo, el TJUE vuelve a «dialogar» con el TS sobre esta cuestión, para señalar que *«las consideraciones presupuestarias (...) no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política [social]»*.

En definitiva, el TJUE va desmontando todos y cada uno de los argumentos que, conforme a su interpretación de la jurisprudencia, ha dado el Tribunal Supremo en los asuntos en que se resuelven reclamaciones de reconocimiento del derecho de los trabajadores de las Administraciones Públicas con contratos de interinidad por vacante, de conversión de dichos contratos en indefinidos no fijos por el transcurso del plazo de 3 años del art. 70 EBEP

### **D) La STJUE 11-02-2021, C-760/18, asunto Dimos Agiou Nikolaou: ¿algún cambio?**

Lo más problemático que plantea la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, es qué debe entenderse por «sucesión» de contratos, ya que sólo entonces sería de aplicación el Acuerdo Marco —cuestión ésta que ya se anunció en la STJUE 19-03-2020 C-103/18 (LA LEY 7656/2020) y C-429/18), asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez—.

Y sobre esta cuestión incide la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou, en que deja que claro que el Acuerdo Marco tiene como objetivo *«imponer límites a la utilización sucesiva de contratos»*, de forma que *«un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco»*.

Dependiendo de cómo se interpretara dicho párrafo se abrirían dos vías jurisprudenciales posibles: 1) Cuando hubiera habido dos o más contratos temporales, en cuyo caso sería de aplicación lo establecido en la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou, siendo necesaria en el supuesto español la conversión del contrato en indefinido no fijo, y 2) Cuando existiera un único contrato, en cuyo caso, no sería de aplicación la doctrina del TJUE que, interpretando lo contemplado en el Acuerdo Marco en relación a la necesidad de existencia de «sucesión», obligaría a aplicar la misma sólo cuando existieran dos o más contratos

*En la realidad española sobre contratos de interinidad por vacante no suele haber varios contratos sino uno sólo*

En la realidad española sobre contratos de interinidad por vacante no suele haber varios contratos, sino uno sólo, y ello podría tener influencia en la necesidad de rectificación ¿o no? de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ser de aplicación ¿o no? la doctrina del TJUE.

Ya en la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), IMDRAA, que resolvía precisamente sobre un único contrato de interinidad por vacante, tras recordar que la determinación de qué deba entenderse por «sucesivos» se atribuye a las autoridades nacionales, recordó que *«el margen de apreciación (...) no es ilimitado»*, señaló que dado que el proceso selectivo para cubrir la vacante de manera definitiva no podía durar más de tres años, *«todo incumplimiento de dicha duración equivale a una renovación táctica del contrato de interinidad inicial»*, y termina concluyendo que *«dado que la prórroga automática del contrato de duración determinada inicial puede asimilarse a una renovación y, por consiguiente, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, la situación controvertida (...) no se*

*caracteriza por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de "sucesivos" en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco».*

La STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou, insiste en dicha conclusión, esta vez, considerando que también podrían catalogarse de «sucesivos», contratos que se prorrogan automáticamente como consecuencia de actos legislativos, ya que «*la prórroga automática por vía legislativa puede asimilarse a una renovación y, por ello, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, contratos como los controvertidos en el litigio principal pueden efectivamente calificarse de sucesivos*».

En realidad, nada adicional aporta en la actualidad la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou respecto de lo establecido en la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, ya que en ambos supuestos la respuesta del TJUE ante la existencia de un único contrato, es concluir que en realidad, existen contratos «sucesivos» cuando su duración es «*injustificadamente larga*», y cuando el contrato se prórroga automáticamente por imperativo legal, pero sí podría tener su repercusión en el futuro, ya que cualquier previsión legislativa que pudiera adoptarse por el legislador español, que permitiera, por ejemplo, la ampliación de la duración del contrato por el motivo que sea, podría resultar contraria al Derecho de la Unión, conforme a la interpretación dada al mismo por las sentencias comentadas. Además, ¿Qué ocurriría en el supuesto de que, aun estando válidamente concertado el contrato de interinidad por vacante, cuya duración es de 3 años, momento en que se extingue por haberse adjudicado la plaza tras el correspondiente proceso selectivo a su titular, se concertara otro para ocupar plaza distinta, ya se estaría en un supuesto de contratación «sucesiva» contraria al acuerdo Marco? Como luego se verá, la cuestión parece definitivamente zanjada en el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021) ¿o no?

#### **4. El cambio jurisprudencial: La STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019)**

Como no podía ser de otro modo, tras las conclusiones alcanzadas por la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, el Tribunal Supremo tiene que reconsiderar su consolidada jurisprudencia sobre los contratos de interinidad por vacante concertados por las Administraciones Públicas, y como parecía lógico, dicha reconsideración se convierte en rectificación de su jurisprudencia anterior.

La cuestión, centrada únicamente en dos de los aspectos abordados por la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA —la conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración superior a 3 años, que es el plazo previsto en el art. 70 EBEP para la

consolidación del empleo, y la justificación de dicha superación por la normativa presupuestaria adoptada durante la crisis de 2008 y que prohíbe ejecutar la oferta de empleo—, es objeto de examen, por tercera vez, en STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), seguida por SSTs 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019).

En ese continuo «diálogo» existente ente el TJUE y el TS, comienza la Sala 4ª del Tribunal Supremo, tras transcribir la interpretación dada por el TJUE a su jurisprudencia, anunciando que *«en ninguno de los párrafos transcritos, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE»*.

Pero la realidad es la que es, y lo declarado por el TJUE obliga a que *«a tenor de lo dispuesto en la referida sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (...) resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina»*.

A partir de ahí, reflexiona sobre la naturaleza del contrato de interinidad por vacante, y señala que *«se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos»*, y reiterando lo que ya dijo en su consolidada jurisprudencia anterior, señala que el contrato estará concertado en fraude de ley cuando no haya plaza vacante.

**A)** *Sobre la «duración excesivamente larga», las «expectativas» del trabajador y la «pérdida de valor» del único contrato*

Dialoga la Sala de lo Social del TS en la STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019) con el TJUE sobre la consideración de que cuando existe un único contrato para cubrir una única vacante, no pueda considerarse contratación sucesiva, aun así, considera que conforme a la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, *«esta visión, que pudiera considerarse técnica correcta y amparada por la jurisprudencia europea (...) no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia»*.

En conclusión, da igual si ha existido un único contrato de interinidad para ocupar una única vacante o varios para ocupar varias vacantes, la doctrina que sienta la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, conforme a la conclusión alcanzada por la STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3236/2019), es que la conversión del contrato de interinidad por el transcurso del plazo de 3 años del art. 70 EBEP sin convocatoria de la plaza debe aplicarse a ambos supuestos, ya que teniendo



en cuenta la «duración excesivamente larga del contrato» y «el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato», son circunstancias que «obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor»

#### **B) Sobre las crisis económicas y su influencia en la validez del contrato**

El segundo aspecto sobre el que reflexionan las SSTs (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), seguida por SSTs 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019), tiene que ver con la justificación de la prolongación del contrato de interinidad por vacante más allá de los 3 años a que refiere el art. 70 EBEP para promover los procesos selectivos: las crisis económicas y las normas de contención del gasto público.

Como ya ocurrió respecto de la cuestión anterior, el TS «dialoga» con el TJUE señalando que «la Sala nunca ha afirmado que las consecuencias de aquella crisis podían justificar la extensión de la contratación», sino que «quedada justificada aquella detención de convocatorias» en atención a las medidas sobre estabilidad presupuestaria —Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, RDL 20/2011, de 30 de diciembre (LA LEY 26627/2011) y Leyes de Presupuestos—

Aun así, reflexiona nuevamente sobre la cuestión, y rectifica su propia jurisprudencia anterior, considerando que «el gasto no se incrementa porque ya existía puesto», además de que «no se trataban de plazas de nueva creación sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva». En fin, que una norma que obliga a la contención del gasto público como consecuencia de una crisis económica, no permite prolongar más allá de los 3 años (art. 70 EBEP) los procesos de consolidación de empleo público, con el efecto de que el contrato de interinidad por vacante concertado para cubrir temporalmente dicha plaza fija, devenga en fraudulento y por lo tanto se convierta en indefinido no fijo.

#### **C) La rectificación jurisprudencial: la conversión del contrato en indefinido no fijo por su duración «injustificadamente larga»**

La conclusión que se alcanza es clara y se resume en tres aspectos:

- 1.-** Cuando el empleado público desempeña «de forma constante y continuada las mismas funciones» con varios contratos de interinidad por vacante o «uno sólo durante un período inusual

*e injustificadamente largo», dicha contratación es fraudulenta y el contrato deviene en indefinido no fijo;*

**2.-** *Dicha transformación es posible cuando «el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza»;*

**3.-** *Se entiende que la duración es «injustificadamente larga», cuando los procesos duran «más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad», plazo razonable puesto que es el fijado en el art. 15.1 a) ET para los contratos por obra o servicio determinado, en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre (LA LEY 12793/2006), para los contratos temporales de fomento al empleo de personas con discapacidad, y es «el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP».*

#### **D) Las excepciones y cautelas**

A pesar de la claridad con que se pronuncian las sentencias, se deja la puerta abierta a excepciones: 1) La primera es que, es posible que el contrato devenga en indefinido no fijo antes del transcurso del plazo de 3 años, por haberse concertado en fraude de ley (por ejemplo no existir vacante); 2) La segunda es que podrían existir circunstancias excepciones y «*causas extraordinarias*» —¿cuáles?— en que la superación del plazo de 3 años no provocaría la conversión del contrato en indefinido no fijo, ahora bien, la «*prueba corresponderá a la entidad pública demandada*».

Las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), y 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019) concluyen que al no seguirse los criterios jurisprudenciales marcados, la duración del contrato es «*injustificadamente larga*», por lo que el contrato de interinidad por vacante deviene en indefinido no fijo.

Dicha declaración tiene sus efectos en la determinación de la indemnización. Si bien la válida terminación del contrato de interinidad por vacante no conlleva indemnización conforme a la doctrina de la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-677/16 (LA LEY 53022/2018), asunto Montero Mateos, seguida por innumerables sentencias del Tribunal Supremo [de entre las más recientes: SSTS 442/2021, 27-04-2021 (Rec. 2534/2019 (LA LEY 54265/2021)), 443/2021, 27-04-2021 (Rec. 2819/2019 (LA LEY 54249/2021)) [CAM], 537/2021, 18-05-2021 (Rec. 5004/2018 (LA LEY 60275/2021)) STS 573/2021, 26-05-2021 (Rec. 1679/2019 (LA LEY 84406/2021))], la válida extinción del contrato indefinido no fijo sí conlleva indemnización conforme a inveterada jurisprudencia de la Sala [que comenzó con la STS 28-03-2017 (Rec. 1664/2015 (LA LEY 20409/2017)) y que se sigue sin fisuras en innumerables sentencias, de entre

las más recientes: SSTS 28-03-2019 (Rec. 997/2017 (LA LEY 45191/2019)), 02-03-2021 (Rec. 569/2019 (LA LEY 11832/2021)), 10-09-2019 (Rec. 24747/2018), 12-05-2020 (Rec. 2019/2018 (LA LEY 48316/2020)), entre otras muchas].

En realidad, dicha conclusión es acorde con la ya tradicional jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo sobre la ausencia de indemnización por la válida terminación de contratos de interinidad por vacante, pero el cambio jurisprudencial operado por las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), y 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019), si provocará el efecto de generalizar la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades prevista en el art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015), por la terminación de contratos de interinidad por vacante con duraciones superiores a los 3 años, y ello por cuanto ésta es la indemnización prevista para la extinción del contrato indefinido no fijo, en que se ha convertido dicho contrato de interinidad de duración superior a los 3 años.

**V. ¿El fin del diálogo?: el RD-LEY 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público**

**1. La finalidad de la norma: ¿reducción de la temporalidad laboral?**

Tan solo 10 días después de ver la luz las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), seguida por SSTS 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019), se publica en el BOE (07-07-2021) el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, cuya Exposición de Motivos refiere explícitamente a la materia examinada.

Para justificar la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), su Exposición de Motivos cita la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, y la STS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), pero tras citarlas, no justifica en qué medida la norma adoptada puede influir en lo allí concluido o viceversa, ya que sólo señala que «a la luz de esta evolución se hace necesaria una intervención urgente del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable, de forma que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la directiva mencionada con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público».

¿Qué quiere ello decir? Parece un misterio, ya que conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, de la que da cita la Exposición de Motivos, una contratación temporal laboral

injustificadamente larga convierte a la relación en indefinida no fija, lo que no impide la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos para la cobertura por personal funcionario de las plazas, con la consecuencia de que si se extinguiera dicha relación por adjudicación de la plaza a otra persona, percibiría, conforme a lo establecido en dicha jurisprudencia, la indemnización a la que el propio RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021) reconoce para la extinción de contratos temporales y de funcionarios interinos: 20 días de salario por año de servicio.

Pero el misterio se convierte en problema a la luz de la redacción de la DT 17ª EBEP y del art. 5.6 RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021) como luego se verá, lo que provocará, seguramente un nuevo «diálogo» entre TJUE y TS. Y no sólo respecto del contrato (laboral) de interinidad por vacante, sino también respecto del funcionario interino por vacante

## **2. La distinción «funcionario interino por vacante» y «contratado interino por vacante»**

Hay dos tipos de relaciones entre trabajadores públicos y Administraciones Públicas, que si bien están íntimamente relacionadas, tienen elementos diferenciales importantes. La necesidad de personal temporal por las Administraciones Públicas, especialmente mientras duren los procesos de selección o promoción para la cobertura de las plazas por personal funcionario, puede satisfacerse: 1) Con funcionarios interinos, que son aquellos a que refiere el art. 10. 1 a) EBEP; y 2) Con personal laboral con el que se suscribe un contrato de interinidad por vacante de conformidad con el art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre (LA LEY 62/1999), y cuyo proceso de selección es más rápido.

Respecto de los segundos, ya hemos visto que existe un importante diálogo entre TJUE y TS (Sala Social), respecto de la temporalidad y las indemnizaciones por extinción (en particular en relación con el contrato de interinidad por vacante), pero también hay otro diálogo paralelo entre TJUE y TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en relación a la temporalidad y las indemnizaciones por extinción en relación con los funcionarios interinos. Y es a dicho «diálogo» al que da respuesta enfatizada el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), dejando en segundo plano, el que tiene su punto (¿y seguido?) en las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), seguida por SSTS 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019).

## **3. ¿El fin del debate sobre la indemnización por extinción de contrato?**

Tal y como se abordaba la cuestión en la Exposición de Motivos del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), parecía que el debate sobre la duración de los contratos temporales en el ámbito de la Administración Pública y las posibles indemnizaciones tras su extinción, se había terminado. Sin

embargo, tal y como se contemplan las modificaciones anunciadas por la Exposición de Motivos en el articulado de las normas que modifica, los problemas podrían no haber finalizado.

La norma modifica el art. 10 EBEP para incorporar precisiones:

- 1.-** En relación a la terminación de la relación de funcionario interino por vacante una vez transcurrido un plazo de 3 años, en la línea con lo fallado en las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), y 29-06-2021 (Recs. 3061/2019, 2395/2019, 1396/2019, 2296/2019, 2086/2019);
- 2.-** Se añade un apartado 3 al art. 11 para extender al ámbito laboral la selección de personal laboral regida por principios de igualdad, mérito, capacidad y celeridad, y añadir a dicha causa de temporalidad la necesidad de *«atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia»*;
- 3.-** Se incorpora una DA 17<sup>a</sup> para impedir que se adopten medidas —*«pacto, acuerdo o disposición reglamentaria»*—, que *«directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal»*, y añadir la indemnización de 20 días de *«retribuciones fijas»* por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (similar a la prevista conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS para la terminación de las relaciones laborales indefinidas no fijas), a la terminación de contratos temporales *por «incumplimiento del plazo máximo de permanencia»*, que nacerá desde *«la fecha del cese efectivo»*.

De la redacción de lo establecido en la DA 17<sup>a</sup>.5 EBEP surge algún problema interpretativo. La norma refiere a que en caso de personal laboral, se tendrá derecho a percibir una *«compensación económica»*, consistente *«en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijado por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato»*. Sin duda tiene el legislador en la cabeza las indemnizaciones previstas para la terminación de contratos temporales del art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015) (12 días de salario por año de servicio), de forma que de tener derecho el trabajador a percibir ésta, debería detraerse de la prevista en la DA 17<sup>a</sup> 5 EBEP (20 días de *«retribuciones fijas»* por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades).

El problema lo plantea el primer párrafo de dicha DA 17<sup>a</sup>.5 EBEP, ya que en la misma se prevé que se percibirá la *«compensación económica (...) sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica»*. Sin duda, el legislador tiene en la cabeza las indemnizaciones por daños y perjuicios previstas para los supuestos de extinción con vulneración de

derechos fundamentales, pero la redacción del precepto alberga dudas respecto de otras indemnizaciones que se pudieran percibir por terminación del contrato.

La DA 17 5ª EBEP habla de «*compensación económica*», expresión diferenciada de la de «*indemnización*», aunque con una naturaleza jurídica realmente indemnizatoria —se abona por la extinción del contrato temporal por la superación de los plazos máximos de permanencia, que son de 3 años—. Si su naturaleza jurídica fuera distinta, y realmente «disuasoria» de la contratación temporal como así se obligó por las SSTJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA y STJUE 11-02-2021, C-760/18 (LA LEY 1697/2021), asunto Dimos Agiou Nikolaou, la pregunta que surge es si sería compatible la misma con las indemnizaciones por despido por causas objetivas o despido improcedente.

Aventurando una solución, a pesar de la terminología empleada, y como se avanzó, la «*compensación económica*» tiene una naturaleza indemnizatoria, ya que se reconoce por la simple terminación del contrato temporal, y puesto que dicha terminación puede llevar aparejadas otras indemnizaciones, habría que proceder a su compensación, como así se hace, por ejemplo, en los supuestos en que habiéndose abonado indemnización por despido por causas objetivas (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades conforme al art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015)), declarado posteriormente como improcedente, se proceda a detraer de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades del art. 56.1 ET (LA LEY 16117/2015).

La solución opuesta sería considerar que la «*compensación económica*» prevista en la DA 15ª EBEP tiene naturaleza indemnizatoria, y se implementa para dar cumplimiento a esa obligación establecida en la doctrina del TJUE de desincentivar la contratación temporal (¿una especie de indemnización por daños punitivos?). En este caso, a las indemnizaciones por extinción del contrato —las «*que pudieran corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*»—, excluyendo la indemnización por despido por causas objetivas (puesto que se abona en cumplimiento y no «*por vulneración*» de la normativa laboral), y en particular a la indemnización por despido improcedente del art. 56.1 ET (LA LEY 16117/2015), se podría añadir la «*compensación económica*» de la DA 17ª EBEP. Pero esta solución parece realmente contraria al espíritu de la norma, que fija dicha «*compensación económica*» no en cuantía fija, sino en términos de «*diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijado por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato*».

Sea como fuere, el campo está abonado a una nueva remesa de procedimientos judiciales en que se examine esta problemática: 1) La naturaleza jurídica de la «*compensación económica*» y su posible o

imposible compensación con otras indemnizaciones «*que pudiera(n) corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*», 2) La forma de compensación; y 3) Si la solución fuera la segunda de las abordadas anteriormente (naturaleza punitiva de la indemnización), las posibles discriminaciones entre trabajadores temporales que prestan servicios para las Administraciones Públicas —que tendrían derecho a una «*compensación económica*» adicional a las indemnizaciones previstas por terminación de contratos—, y trabajadores temporales que prestan servicios para empresas privadas —que sólo tendrían previstas las indemnizaciones correspondientes por terminación de contrato—.

#### **4. ¿Un nuevo problema?: La «compensación económica por no superación del proceso selectivo de estabilización»**

A los problemas anteriores se añade uno nuevo ¿o no? El art. 5 del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), en relación a los «*procesos de estabilización de empleo temporal*», añade, en el apartado 6 una nueva «compensación económica (...) por no superación del proceso selectivo de estabilización», de 20 días de «*retribuciones fijas*» por año de servicio, hasta un máximo de 12 mensualidades para el personal laboral temporal, matizando que consistirá en «*la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato*».

La finalidad de esta nueva «*compensación económica*» es indemnizar por la terminación del contrato temporal cuando dicha terminación trae causa de la adjudicación de la plaza a un tercero —siempre y cuando se participe en el proceso selectivo de estabilización, puesto que «*la no participación el candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso*»—, y los problemas sobre su reconocimiento se multiplican.

El primero tiene que ver con el proceso selectivo de estabilización, y en particular, con la cuestión relativa a si el trabajador tiene que participar en el proceso que tiene que ver con la plaza que ocupa, o bastaría con la simple participación en un proceso selectivo de la Administración en la que presta servicios para que ya naciera el derecho a la «*compensación económica*».

Aventurando nuevamente una solución. Parece que el legislador lo que tiene en mente es satisfacer económicamente a aquellos trabajadores que teniendo una expectativa —en términos de la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA— de permanencia en el puesto de trabajo, sin embargo, no consiguen estabilización en el mismo, de forma que sólo sería posible el abono de la «*compensación económica*» cuando se participe en el proceso de estabilización de la plaza que se ocupa con el contrato temporal. En caso contrario, cualquier participación en un proceso selectivo de la

Administración en la que se prestan servicios, aunque no se ganara el mismo, podría dar derecho a la «*compensación económica*», lo que, seguro, no está en la mente del legislador.

El segundo tiene que ver con la posible duplicidad de «*compensaciones económicas*»: la de la DA 17ª EBEP, y la prevista en este art. 5.6 RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021). Ambos preceptos fijan la «*compensación económica*» en la diferencia entre los 20 días de salario/retribuciones fijo/fijas por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, y la «*indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato*». El problema, como se avanzó, en un primer frente, estaría en si sería posible anudar la «*compensación económica*» a «*indemnizaciones por extinción de contrato*» como la prevista para el despido improcedente, por tener naturaleza jurídica distinta, y en un segundo frente, estaría en si sería posible anudar la «*compensación económica*» prevista en la DA 17ª EBEP, y que se abona precisamente como consecuencia de la terminación del contrato temporal por superación del plazo de 3 años, y que puede no tener naturaleza indemnizatoria (en los términos avanzados anteriormente) y la prevista en este art. 5.6 RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021).

La solución, nuevamente tendrá que ser dada por la jurisprudencia, pero en una primera aproximación a esta problemática, podría concluirse que sólo en el supuesto de que se considerara que la «*compensación económica*» que se pudiera percibir en aplicación de la DA 17ª EBEP no tuviera naturaleza indemnizatoria —de «*indemnización*» habla el art. 5.6 RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021)— podrían acumularse ambas «*compensaciones económicas*». Solución ésta, nuevamente, no libre de problemas.

El tercer problema que plantea la «*compensación económica por no superación del proceso de estabilización de empleo*» tiene que ver con su cuantificación. Tanto la DA 17ª EBEP como el art. 5.6 RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021) refieren a «*retribución fija*», sin concretar qué deba entenderse por ésta —¿salario base? ¿complementos vinculados al puesto? ¿promedio salarial de los 12 meses anteriores? ¿de la totalidad de la vida laboral?

Se insiste, la normativa abona una nueva remesa de problemas en relación a las indemnizaciones por terminación de contratos temporales en las Administraciones Públicas, y el «*dialogo*» entre TJUE y TS y viceversa, parece no haber concluido, máxime cuando la DT 2ª RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), concreta que las previsiones a las que se ha hecho mención «*serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*», lo que obliga a resolver, conforme a la jurisprudencia examinada, los miles de asuntos todavía pendientes.



## **VI. Conclusiones**

El recurso de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral para solventar sus problemas de personal estable ha provocado, desde antiguo, una alta litigiosidad que alcanza su punto álgido en los últimos años. La terminación de dichos contratos como consecuencia de la amortización de puestos de trabajo durante la crisis económica o por la adjudicación de plazas a quienes superaron los correspondientes concursos de estabilización en el empleo, provocaron un aluvión de demandas para solicitar indemnizaciones tras la extinción.

Como consecuencia de que el legislador quiso que determinados contratos temporales no tuvieran indemnización —entre ellos el que se ha examinado: contrato de interinidad por vacante—, se inició un importante diálogo entre Tribunales españoles y TJUE, que si bien giró en torno a la posible existencia de discriminación entre trabajadores temporales y fijos, derivó en una discusión interminable sobre las indemnizaciones que procedía reconocer.

El replanteamiento de la posible existencia de discriminación entre trabajadores temporales y fijos que se produjo como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por ATS 25-10-2017 (Rec. 3970/2016 (LA LEY 152964/2017)), y que se resolvió en la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), De Diego Porras II — que alteró lo concluido en STJUE 14-09-2016, C-596/14 (LA LEY 111190/2016), De Diego Porras I— en relación con el contrato de interinidad por sustitución, obligando al TS a replantear su consolidada jurisprudencia en STS (Pleno) 207/2019, 13-03-2019 (Rec. 3970/2016 (LA LEY 23146/2019)), tuvo un efecto en cascada que afectó a otras modalidades contractuales, entre ellas, la que ha sido objeto de examen: el contrato de interinidad por vacante en el ámbito de la Administración Pública.

La respuesta dada por la STJUE (Gran Sala) 05-06-2018, C-577/16, Montero Mateos, que habilitó la posibilidad de no reconocer indemnización alguna —ni la del art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015), prevista para el despido por causas objetivas y fijada en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, ni la del art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015), prevista para la extinción de contratos temporales y fijada en 12 días de salario por año de servicio— provocó un cambio de orientación en las demandas presentadas por trabajadores interinos por vacante de las Administraciones Públicas, cuya única opción para conseguir una indemnización por la válida extinción de sus contratos de trabajo (en ocasiones de larga o larguísima duración), era conseguir la declaración de que éstos se habían transformado en indefinidos no fijos —lo que les permitiría conseguir una indemnización por extinción de 20 días de salario por año de servicio de conformidad con el art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015)—.

La fórmula para el planteamiento de las demandas fue el recurso al art. 70 EBEP, que fijaba un plazo de 3 años para la ejecución de la oferta pública de empleo, plazo casi siempre superado, lo que convertiría a la contratación temporal en indefinida no fija, permitiendo la obtención de una indemnización a la válida extinción del contrato. La STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017 (LA LEY 54129/2019)) no acogió dicho argumento en su totalidad, lo que no satisfizo ni a Tribunales inferiores ni al personal laboral interino por vacante. Y a partir de ahí, se buscaron fórmulas alternativas para alterar lo que ya era una reiterada y abundante jurisprudencia que en la mayoría de los casos no reconocía la conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo —en ocasiones como consecuencia de las limitaciones presupuestarias contempladas en la normativa de contención del gasto como consecuencia de la crisis económica—, y no otorgaba indemnización a la válida terminación de dichos contratos.

El TSJ de Madrid, en Auto de 23-09-2019, abrió de nuevo el melón, provocando un cambio jurisprudencial que ha visto la luz en las SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019) y siguientes como consecuencia de la respuesta dada por el TJUE en STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, que uno a uno iba desmontando los argumentos dados por la Sala de lo Social del TS, y cuya doctrina se consolidó tras la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou.

Conforme a ellas, en la actualidad, y hasta que a partir del 08-07-2021 —fecha de entrada en vigor del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021)— no se proceda a la contratación de personal laboral interino por vacante, la respuesta a los problemas planteados en las demandas presentadas por trabajadores interinos por vacante de las Administraciones Públicas es clara: si se desempeñan «*de forma constante y continuada las mismas funciones*» con varios contratos de interinidad por vacante o «*uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo*», debido al «*incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza*», plazo que debe fijarse en el de 3 años que es «*el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP*», dicha contratación es fraudulenta y el contrato deviene en indefinido no fijo, de forma que a su válida terminación procederá reconocer la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades prevista en el art. 53.1 b) ET (LA LEY 16117/2015).

*El RD-Ley 14/2021, de 6 julio probablemente abrirá un nuevo «diálogo» entre órganos jurisdiccionales españoles*

El RD-Ley 14/2021, de 6 julio (LA LEY 15496/2021) probablemente abrirá un nuevo «diálogo» entre órganos jurisdiccionales españoles, TJUE y TS, y ello como consecuencia de que la extinción de contratos de interinidad por vacantes suscritos por las Administraciones Públicas a partir del 08-07-2021, les deberá ser de aplicación las previsiones contempladas en la norma, que plantea no pocos problemas en relación a las «*compensaciones económicas*» que reconoce para los supuestos de extinción tras superarse el plazo de 3 años en la contratación y por no superación del proceso selectivo de estabilización.

Mientras dichas extinciones de contratos de interinidad por vacante no se produzcan, tendremos un tiempo de tranquilidad en que seguirá siendo de aplicación la jurisprudencia iniciada por la SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019). Descansemos estas vacaciones, porque en un futuro próximo, seguramente seremos testigos de un nuevo y prolijo «diálogo» entre TJUE y TS y viceversa, en el que, quizá, el legislador, incorpore modificaciones que nos obliguen a resolver un nuevo galimatías sobre los contratos de interinidad por vacante en el ámbito de las Administraciones Públicas.