

Laboral

Interinidad por vacante: una refundación jurisprudencial impuesta por la justicia europea

La jurisprudencia social cambia su orientación en la interinidad por vacante tras diferentes pronunciamientos europeos.

La aplicación de la normativa europea obliga a limitar la duración de dicha interinidad, aun cuando la vacante no haya sido cubierta por los cauces administrativos reglamentarios, y establece un plazo, con carácter general pero no excluyente, de tres años. De lo contrario, la relación laboral de la persona trabajadora se convertirá en indefinida no fija.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo reordena su doctrina en relación con la interinidad por vacante como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del 2021 (as. C-726/19, *Instituto Madrileño*). Y no porque entienda que la interpretación que hace el tribunal europeo de la jurisprudencia social sea la correcta, sino porque la solución alcanzada en la justicia de la Unión obliga a modificar algunos aspectos de las decisiones adoptadas hasta el momento.

La citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del

2021, al resolver una cuestión prejudicial sobre la interpretación que el Tribunal Supremo viene realizando de la legislación española en relación con la interinidad por vacante, manifiesta dos cuestiones importantes en cuanto a la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70:

A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de

duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Por una parte, el Tribunal de Justicia europeo interpreta que esta cláusula se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada —sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos— y que, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a los trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida

destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada.

Por otro lado, también deberá entenderse en el sentido de que consideraciones puramente económicas relacionadas con la crisis económica del 2008 a las que alude la jurisprudencia nacional no pueden justificar la inexistencia, en el derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

2. La Sala de lo Social venía considerando a este respecto (recapitulación de las SSTs de 24 de abril del 2019, Ar. 1941; de 13 de enero del 2021, Ar. 23; de 2 de febrero del 2021, Ar. 369; de 2 de marzo del 2021, Ar. 1247; de 16 de marzo del 2021, Ar. 1367; de 13 de abril del 2021, Ar. 2148; de 27 de abril del 2021, Ar. 2150; de 5 de mayo del 2021, Ar. 2175, y de 18 de mayo del 2021, Ar. 2210, entre otras) lo siguiente:
 - a) El plazo de tres años al que se refiere el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) no puede entenderse en general como una garantía inamovible, pues la conducta de la entidad pública empleadora puede abocar a que, antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que, en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En definitiva, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de provocar una u otra conclusión, siempre sobre las bases y parámetros que presiden la contratación temporal.

- b) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio del 2018 (as. C-677/16, *Montero Mateos*) avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, sólo, que su duración resulte «inusualmente» larga, sino que la duración del contrato sea «injustificada» por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada, tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.
- c) Las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público y que justificaron, a juicio de la Sala, que no se hubieran cubierto plazas vacantes ocupadas por interinos.
- d) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo del 2020 (ass. acumulados C-103/18 y C-429/2018, *Servicio Madrileño de Salud*) alertó sobre la imposibilidad de que los contratos de interinidad fraudulentos gozaran de cobertura desde

la perspectiva de la indicada directiva y ha considerado fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo en plazos razonables.

- e) Siempre se ha entendido que ha de considerarse fraudulenta una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada —hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva— haya ocupado, en el marco de varios nombramientos o durante un periodo injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y haya desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones 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 vacante.

En definitiva —y siempre siguiendo la interpretación de la Sala de lo Social—, en supuestos en los que la Administración estuvo muchos años sin convocar la plaza sin motivo ni justificación alguna, se ha venido entendiendo que la situación así creada constituía un abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 del Código Civil) que deslegitimaba el contrato inicialmente válido, el cual se desdibujaba al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, necesariamente se había incorporado al habitual quehacer de la Administración contratante.

Nada tiene que ver, en opinión de la Sala, esta interpretación con la que se recoge en las decisiones del tribunal europeo:

Ello no obstante, esta Sala entiende que, a tenor de lo dispuesto en la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del 2021 y en otras [...] resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación en los términos que seguidamente se expondrán (STS de 28 de junio del 2020, Jur. 212930, FJ 4).

3. Y la modificación de esta doctrina se recoge en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio del 2021, Jur.212930. Recuerda la Sala que el contrato de interinidad por vacante, aquel que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, constituye un contrato a término. Se trata de un contrato 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, de conformidad con la normativa específica que en cada caso será aplicable. «Técnicamente, dado que, por definición, el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos

sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. Sin embargo, esta visión, que pudiera considerarse técnicamente correcta y amparada por la jurisprudencia europea en la medida que son los Estados miembros a los que les corresponde determinar en qué condiciones los contratos de duración determinada se considerarán sucesivos (STJUE de 1 de febrero del 2021, C-760/18), no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia» (FJ 5). Por esta razón y porque es necesario tener en cuenta no sólo los aspectos técnico-jurídicos, sino también «la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante», se impone una modificación de la doctrina hasta ahora mantenida.

En ese sentido, y aun cuando el contrato haya cumplido los requisitos previstos en el artículo 4.1 y 4.2b del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE de 8 de enero de 1999), lo cual comporta que haya identificado la plaza cuya cobertura legal o reglamentaria se pretende —cobertura que queda necesariamente vinculada al oportuno proceso de selección previsto legal o reglamentariamente—, «no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la

apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas 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 en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad» (FJ 5).

Por otra parte, aunque nunca se consideró que la crisis económica del 2008 podía justificar la extensión de la contratación en el sector público, la Sala sí entendió que quedaba justificada aquella detención de convocatorias cuando las normas legales españolas paralizaron las convocatorias públicas de empleo. Pero, dado que impedían la convocatoria de vacantes que estaban ocupadas por trabajadores interinos, el cumplimiento de tales finalidades resulta dudoso, ya que, con la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, el gasto no se incrementa dado que la plaza ya existe y no es de nueva creación. «Por tanto, la justificación de la inactividad administrativa ya no resulta tan clara ya que, materialmente, tal inactividad no contribuía, ni directa ni indirectamente, a la sostenibilidad presupuestaria o a la contención del gasto público» (FJ 5). Y, puesto que la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del 2021 establece que consideraciones puramente económicas relacionadas con la crisis no pueden justificar la inexistencia de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos

de trabajo de duración determinada, se alteran las consecuencias jurídicas derivadas de las previsiones contenidas en la normativa presupuestaria citada.

Por consiguiente, «aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada —hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva— ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un periodo inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, 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 vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo» (FJ 5).

Ciertamente, la legislación laboral no establece un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculándola al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica (art. 4.2b RD 2720/1998). Ocurre, sin embargo, que, tal y como reconoce la sentencia en cuestión, en multitud de ocasiones no se establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución. En tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos

pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo, de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. En este sentido, la Sala estima que, «salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga» (FJ 5). No obstante, la «indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor» (FJ 5).

4. No finaliza así ni termina aquí el capítulo de la contratación por interinidad

en la Administración Pública ni las consecuencias que, en su caso, puede tener la contratación temporal irregular en el sector público. Pero sí constituye aquélla una decisión judicial de envergadura porque obliga a limitar la capacidad que la Administración suele tener en la dilación de los procesos de selección para la cobertura de vacantes ocupados interinamente por quien no tiene estabilidad en la plaza y, previsiblemente, con unas condiciones laborales y salariales diferentes. Han sido muchas las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia ha llamado la atención sobre la contratación temporal fraudulenta en nuestra realidad sociolaboral, también cuando la Administración Pública actúa como empleadora. Y, sin perjuicio de una búsqueda de la solución más idónea desde la perspectiva laboral y presupuestaria, por medio del consenso sindical, lo cierto es que las discordancias interpretativas entre los diferentes órganos judiciales no benefician. La garantía jurídica parte de una legislación sin lagunas y de una justicia sin fisuras.