

EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Principio de causalidad, contrato temporal, sustitución e interinidad

El estudio aborda el nuevo régimen del contrato de sustitución introducido por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Tras el análisis de la regulación común del nuevo art. 15 ET, se aborda la problemática específica de la modalidad de los contratos laborales por cobertura de vacante en las Administraciones Públicas recogida en la DA 4ª del RDL 32/2021 y las nuevas previsiones al efecto de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

ABSTRACT

Key words: Principle of causality, temporary contract, substitution and interim

The study addresses the new regime of the replacement contract introduced by RDL 32/2021, of December 28, of urgent measures for labor reform, the guarantee of stability in employment and the transformation of the labor market. After the analysis of the common regulation of the new art. 15 ET, the specific problem of the modality of labor contracts for vacancy coverage in the Public Administrations included in the DA 4th of RDL 32/2021 and the new provisions for the effect of Law 20/2021, of urgent measures for the reduction of temporality in public employment, are addressed.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL NUEVO ART. 15 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
 - 2.1. De sustitución a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.
 - 2.2. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora.
 - 2.3. Para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.
3. EL CONTRATO LABORAL DE SUSTITUCIÓN POR VACANTE EN LAS AA.PP.
4. LOS CONTRATOS LABORALES POR COBERTURA DE VACANTE EN LAS AA.PP. EN LA LEY 20/2021.
5. ASPECTOS DIFERENCIALES Y COMUNES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más relevantes del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, es la reforma del marco normativo de la contratación temporal. Dejando al margen su Exposición de Motivos (EM), de una extensión desmedida y, lo que es más relevante, poco provechosa como instrumento hermenéutico para el entendimiento del contenido del articulado¹, se puede decir que básicamente incorpora correcciones muy pertinentes a los efectos perversos de la reforma de 2012 y añade nuevos tratamientos normativos a problemas endémicos de nuestro mercado de trabajo, siendo emblemático la problemática de la temporalidad. Eso sí, se trata de una norma apoyada en la concertación social, que ratifica el papel relevante de la misma en la dinamización de nuestras relaciones laborales de los últimos años.

Ni es necesario profetizar con entusiasmo desmedido, como hace la EM, que esta reforma laboral puede ser decisiva “para dar lugar a la gran transformación del mercado de trabajo español” o para “la modernización del Estatuto de los Trabajadores que plasme las bases de un nuevo contrato social”, ni tampoco, en

¹ Interesante la comparativa de la extensión de las EM de las grandes reformas laborales: la Ley 11/1994 ocupa 27 págs. BOE, y su EM, 3 pág. y media; la Ley 35/2010: 46 págs. BOE, con 6 págs. de EM.; el RDL 3/2012, 64 págs. BOE, y 8 pág. y media de EM. Las EM de estas reformas legales se caracterizan por una encomiable concisión y precisión en los objetivos y fundamentos de las reformas, eludiendo la descripción del texto articulado. Frente a ellas, el RDL 14/2021, ocupa 18 págs. BOE, 13 págs. de EM (posterior Ley 20/2021: 17 págs. BOE, 10 págs. de EM) y el RDL 32/2021 ocupa 51 págs. BOE, con 15 págs. y media de EM, de las cuales tres páginas tienen un carácter esencialmente doctrinal y divulgativo y cinco págs. y media dedicadas a describir (casi reiterando) el articulado de la norma.

el lado opuesto, ver en la legislación laboral de etapas anteriores “un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo”, que parece hacerse eco de la tesis de la culpabilización del Derecho del Trabajo, que, como se sabe, no pasa de ser una *vue de l'esprit*.

Se puede decir que han sido dos los detonantes inmediatos de esta reforma legal, en primer lugar, el pacto programático de la coalición de gobierno PSOE-UP, “Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España”; en segundo lugar, las exigencias comprometidas con la Unión Europea, que me parece más relevante en sus resultados, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que se concretan en el programa de reformas del Componente 23 del Plan. En el caso de la reforma de la contratación temporal también ha sido relevante el importante giro normativo a partir de la evolución de la jurisprudencia española, que encuentra su motivación en las exigencias de la Directiva 99/70 y la importante jurisprudencia del TJUE. De hecho, los aspectos más significativos de la reforma constituyen la cristalización normativa de la más reciente doctrina jurisprudencial.

Dicho lo cual, cabe añadir que el contrato de interinidad ocupa un papel secundario en la temática de la reforma de la contratación temporal. Los grandes temas polémicos sobre la contratación temporal estructural, como la delimitación causal, su limitación temporal, la limitación del número de contratos en relación con la plantilla, etc., son ajenos a esta modalidad contractual.

El nuevo esquema de los contratos temporales del art. 15 ET se caracteriza por la simplificación de los tipos contractuales, el tratamiento más abierto de sus causas justificativas y simultáneamente más exigente en cuanto a las condiciones de uso de dichas modalidades contractuales por las empresas. No obstante, estamos ante una norma muy imprecisa en su terminología (nos referimos al contrato por circunstancias de la producción), lo que, a falta de desarrollo reglamentario y una interpretación judicial, aboca a una situación de enorme inseguridad jurídica. Hay que entender vigente, claro está, el RD 2720/1998, en tanto no contradiga o se oponga a lo dispuesto por el RDL (apartado 1º de la DDU), y en todo caso durante el periodo transitorio de vigencia de la actual regulación legal (DDTT 3ª y 4ª del RDL 32/2021).

El legislador de urgencia pasa a denominar el tradicional *contrato de interinidad* como *contrato de sustitución*. El cambio de denominación es incorrecto técnicamente, porque mientras la denominación tradicional permite abarcar en su terminología todos los supuestos causales, como veremos, la nueva denominación no abarca todos los subtipos porque no en todos puede hablarse propiamente de “sustitución”.

2. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL NUEVO ART. 15 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En el actual régimen del art. 15 ET sólo se admiten dos causas de temporalidad: por circunstancias de la producción o por sustitución de trabajadores. Añade el art. 15.1 ET que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Lo cual presupone la exigencia de la formalización por escrito del contrato, y así lo recoge el art. 8.2 ET y expresamente el art. 6.1 RD 2720/1998.

La nueva versión del régimen legal del contrato de sustitución mantiene estrictamente la lógica jurídica de esta modalidad contractual, vinculándola a razones organizativas de la empresa, al margen de las circunstancias productivas o de prestación de servicio de la misma². La singularidad de la causa condiciona el uso de esta modalidad contractual, su duración, la causa legítima de su extinción, e incluso su uso al margen de ciertas limitaciones o prohibiciones de contratación temporal en determinados casos. Así, la facultad que se atribuye al convenio colectivo para adoptar medidas de reducción de la temporalidad (art. 15.8 ET) parece tener como destinatario natural el contrato por circunstancias de la producción; la incompatibilidad entre contratación temporal y contratación fijo-discontinua, particularmente en contrataciones y concesiones de servicios (previstas en el art. 15.2 ET), parece dejar al margen la contratación temporal por sustitución; en fin, la prohibición de nuevas contrataciones laborales del art. 47.7 d) ET, dado que la causa del contrato de sustitución es ajena a las causas empresariales que motivan un ERTE.

El art. 15.3 ET prevé tres supuestos bajo esta fórmula contractual temporal.

2.1. De sustitución a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo

En este caso en el contrato de trabajo se debe especificar el nombre del sustituido y la causa de sustitución. Esta causa es relevante porque condiciona la vigencia del contrato. La norma se refiere a supuestos de suspensión del contrato de trabajo con un derecho a reserva del puesto de trabajo en virtud de norma legal (art. 45.1 letras c, d, e, f, g, h, k, n LET), aunque el art. 4.1 RD 2720/98 recoge la previsión de otras causas de suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo establecidas por convenio colectivo o pacto individual.

² Respecto de la regulación anterior a la reforma, remito a Costa Reyes, “*Contratos temporales causales*”, en *XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021, pág. 26.

Se excluye por tanto el supuesto de contrato de sustitución para sustituir a trabajador con suspensión del contrato por excedencia voluntaria, que no conlleva el derecho a la reserva del puesto de trabajo³, obviamente salvo pacto en contrario. La jurisprudencia aclara, además, que no se incluyen aquí los casos de permisos o interrupciones periódicas de la prestación, sino exclusivamente los supuestos de reserva de puesto de trabajo que traen su causa en una suspensión del contrato⁴. De ahí que la jurisprudencia avale que no puede emplearse el contrato de sustitución para sustituir a trabajadores en situación de vacaciones (STS 30-10-2019, rec. 1070/17). En la nueva regulación esto es claro al preverse para este supuesto el uso del contrato por circunstancias de la producción. Aunque no es extraño ver convenios que incluyen las vacaciones y permisos como causa de sustitución⁵.

El TS admite el contrato de sustitución para algún supuesto singular, basado en el destino temporal del trabajador sustituido a otro puesto de trabajo, pero siempre que la causa “sea verdaderamente temporal y puramente coyuntural, de corta duración, y motivada por circunstancias productivas de naturaleza singular que justifiquen la cobertura temporal de su puesto de trabajo por haber sido destinado de manera ocasional a otro distinto” (STS 6-7-2021, rec. 2746/2019, STS 19-10-2021, rec. 2758/20)⁶.

El art. 4.3 RD 2720/1998 también admite esta modalidad contractual para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

³ STS 5-7-2016, rec. 84/15: ““la conservación del puesto” se predica de la excedencia forzosa (art. 46.1 ET), mientras que la voluntaria solo da derecho “al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. En consecuencia: sin trabajador cuyo contrato se suspenda y conserve la reserva del puesto de trabajo tampoco es posible la celebración de un contrato de interinidad clásico”.

⁴ Sobre tal jurisprudencia remito a Costa Reyes, “*Contratación laboral y temporalidad: modalidades y problemática a la luz de la doctrina judicial*”, en Navarro Nieto y Costa Reyes, *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, 2021, pág. 173.

⁵ VI convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 18.2 y su desarrollo con el Reglamento de la bolsa de trabajo).

⁶ Prescindiendo de la literalidad del art. 4.2 RD 2720/1998, entiende la primera de las sentencias citadas que es cierto que esta norma “señala que la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo, pero los términos literales de dicha previsión legal tan solo pueden aplicarse a los supuestos en los que efectivamente se produce la suspensión de la relación laboral del trabajador sustituido, pero no cuando se trate de su adscripción a un puesto de trabajo diferente sin que se hubiere producido la suspensión de la relación laboral”.

La novedad introducida aquí por la reforma legal es que la prestación de servicios mediante esta modalidad contractual podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar “el desempeño adecuado del puesto” y, como máximo, durante quince días (se entiende que laborales, de cara al desarrollo de las funciones) antes de la efectiva sustitución. La norma parece estar previendo que la sustitución debe vincularse al puesto ocupado por el trabajador a sustituir. Recordemos que el RD 2720/1998 admite la posibilidad de que el puesto de trabajo a desempeñar por el sustituto sea el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél, lo que debe hacerse constar en el contrato (art. 4.2 a) párr. 1º). Solución avalada por el TS, que entiende que no es contrario a la interinidad por sustitución que no se ocupe el mismo puesto o las funciones que el sustituido (STS 1-12-2021, rec. 122/20)⁷. Creo que ambas previsiones no son incompatibles, pudiendo interpretarse que el adelanto del contrato de sustitución estaría justificado también en este supuesto, es decir, para garantizar el desarrollo adecuado de las funciones del puesto que le corresponda en virtud de la ausencia del trabajador sustituido.

La extinción del contrato en el caso de sustitución tendrá lugar, en el supuesto normal, por la reincorporación del trabajador sustituido, pero igualmente podrá tener lugar por la desaparición de la causa que justifica el derecho a reserva de puesto de trabajo, al margen de la reincorporación del trabajador sustituido. De ahí que el art. 15.3 ET exija la determinación de la persona a sustituir y la existencia de un derecho a reserva del puesto de trabajo. En este sentido, el art. 8.1 c) RD 2720/1998 indica que son causas de extinción del contrato de interinidad, además de la reincorporación del trabajador sustituido, “el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación” y “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo”.

Se puede plantear aquí la duda sobre la justificación causal del contrato de sustitución cuando se mantiene la sustitución, pero con un cambio de la causa del derecho de reserva del puesto de trabajo de la persona sustituida. En este caso considera el TS que al mantenerse el derecho a la reserva del puesto de trabajo se justifica la continuidad de la vigencia del contrato de sustitución, pero sólo para el supuesto de que no se especifique en el contrato una concreta causa de suspensión, en cuyo caso la desaparición de la causa concreta justifica la extinción, al margen de un nuevo supuesto de sustitución basado en otra causa específica⁸.

⁷ La sentencia subraya dos aspectos relevantes. En primer lugar, la interinidad debe salvaguardar el derecho a la promoción del trabajador sustituido. En segundo lugar, el trabajador puede quedar sometido a las reglas sobre movilidad funcional al igual que podría ocurrir con el trabajador sustituido.

⁸ STS 10-5-2011, rec. 2588/10: “si el contrato suscrito no hace mención alguna a la IT de la sustituida como causa de la interinidad, sino más ampliamente a su «derecho a reserva» y ésta se

Por otra parte, si el contrato de sustitución por cobertura de vacante se extingue antes de la finalización del procedimiento reglamentario al que se vincula la duración del contrato se entenderá que estamos ante un despido irregular (STS 21-1-2013 rec. 301/12).

2.2. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora

Esta modalidad se justifica cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo. Obviamente se excluye como causa motivadora una reducción de jornada en aplicación de un ERTE *ex art. 47 ET* (aparte ahora de la prohibición de nuevas contrataciones laborales del art. 47.7 d) ET).

La regulación anterior ya recoge este supuesto, aunque con un tratamiento más restrictivo en sus causas. Concretamente el art. 5.2 b) RD 2720/1998 justifica el contrato de interinidad a tiempo parcial “cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten el derecho reconocido en el artículo 37, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros supuestos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido”. También recoge esta norma reglamentaria el supuesto contrato de interinidad a tiempo parcial “cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial”. En la regulación vigente parece deducirse que la causa de la sustitución está conectada a la reducción de jornada y a efectos de su cobertura, lo que debe instrumentarse mediante un contrato a tiempo parcial. Aunque podría darse la posibilidad de un contrato a tiempo completo para la cobertura de la reducción de jornada de varios trabajadores, siempre que se hiciese constar los supuestos que justifican la jornada en dicha contratación temporal y que finalizada alguna de las reducciones de jornada se produjese la conversión del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial⁹.

mantiene sin solución de continuidad primero por la IT surgida durante el embarazo [y con más que probable causa en el mismo, dada su duración de cinco meses] y posteriormente por el descanso por maternidad, para la Sala es claro que no cabe aplicar el art. 8.c).3^o RD 2720/1998 [que extingue el contrato cuando cese la causa que dio derecho a la reserva], porque el contrato no contemplaba como causa generatriz la «causa de la reserva» [hipotéticamente la IT], sino la de la propia «reserva» y mientras la misma se mantuviese, y como efectivamente se mantuvo –sin solución de continuidad, repetimos– con la segunda causa [descanso por maternidad], por eso mismo y porque persiste « la ausencia del trabajador sustituido » [precitado art. 4.2 .b)], no llegó a producirse la extinción del contrato con el alta médica y la consiguiente finalización de la IT”.

⁹ Durán López, *Análisis en profundidad de la reforma laboral*, Wolters Kluwer, 2022.

Los tribunales han venido sancionando el incumplimiento de este límite en la duración de la jornada con la conversión en indefinido, por cuanto no se ajustaría a la causa que lo justifica. Ahora la sanción debe corresponderse con la previsión del art. 15.4 ET.

2.3. Para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo

Esta causa ya se recogía en la anterior regulación, aunque en la normativa reglamentaria (en el art. 4.2 RD 2720/1998). La norma reglamentaria diferenciaba el supuesto de cobertura de vacante en el ámbito privado y en las AAPP.

Como novedad formal hay que destacar la sistematización dentro de la ley de todos los supuestos de contratos de sustitución. Esta novedad es relevante en la medida en que cierra los debates relacionados con el carácter *ultra vires* de la regulación reglamentaria, sobre la que no se ha llegado a plantear ninguna cuestión de ilegalidad durante su larga vigencia.

El artículo 15 ET en su versión de la Ley 8/1980 se ha mantenido vigente con la misma redacción en relación con la contratación temporal por sustitución, de la misma forma que la norma reglamentaria de desarrollo inicial (RD 2104/1984). A principios de los 90 el TS, mediante una interpretación espiritualista de la norma, considera que dentro de la modalidad del contrato de interinidad se incluyen los contratos de interinidad concertados por las Administraciones Públicas a fin de ocupar provisionalmente determinadas plazas o puestos vacantes de las mismas, en tanto no se cubran por los cauces legalmente establecidos al efecto. El RD 2546/1994 introdujo en el art. 4 de esta norma un segundo supuesto de interinidad, que tomaba en consideración esta jurisprudencia, pero amplió tal posibilidad de contratación a cualesquiera empresas, públicas o privadas. Esa regulación pasó después al art. 4 RD 2720/1998. Es llamativo que en este periodo de tiempo tan dilatado desde 1980 no se haya aprovechado ninguna reforma legal del ET para “legalizar” esta anomalía jurídica, ahora abordada por el RDL 32/2021.

Pero la solución de la reforma en términos formales es asistemática, en tanto se hace mediante una separación del marco legal del tratamiento para el ámbito privado (art. 15.3 ET) y para el ámbito público (DA 4ª del RDL 32/2021).

Respecto del tratamiento del art. 15.3 ET otra novedad, ahora en el contenido de la regulación, es que tras la reforma se exige ahora que el puesto debe ser cubierto mediante “contrato fijo”, esto es, indefinido. El tratamiento legal es escueto. Por ello es importante recordar diversos aspectos de la regulación reglamentaria todavía en vigor.

El RD 2720/1998 añade como requisito formal que el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna (art. 4.2 a) pár. 2º). Esta exigencia

está implícita en la nueva versión del art. 15.1 ET, que al exigir que conste la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista, está requiriendo la acreditación de la vacante a cubrir. La jurisprudencia ha venido estimando que la inexistencia de plaza vacante de cara a su cobertura implica la inexistencia de causa que justifique el contrato y por tanto el carácter fraudulento del mismo (por todas, STS 20-6-2000, rec. 4282/99) y además que “el contrato solo permite un desempeño provisional de un puesto concreto: el mismo cuya ‘cobertura definitiva’ comportará la terminación de la interinidad” (STS 5-7-2016, rec. 85/15).

El art. 15.3 párr. 3º ET exige que el contrato se justifique para la cobertura temporal de un puesto de trabajo “durante el proceso de selección o promoción” para su cobertura definitiva, lo cual viene a exigir implícitamente que exista la vacante y que, además, esté previsto formalmente el proceso de selección en el momento de la contratación. De hecho, es la existencia del proceso de cobertura el que sirve de referencia en la fijación de las reglas de esta causa contractual.

El art. 15.3 ET contempla la duración del contrato, que será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y que, en todo caso, no puede ser superior a tres meses (la duración del contrato, no la del proceso de selección). El convenio colectivo está facultado para reducir dicha duración, pero no para ampliarla. En el ámbito de la empresa privada no cabe una intervención convencional flexibilizadora de la duración del contrato¹⁰. El TS lo admite en algún caso¹¹, con una doctrina que debe ser contextualizada. Efectivamente, reitera el TS que “en las interinidades por vacante que se producen fuera del ámbito de las Administraciones Públicas sea preciso distinguir entre aquellos procesos en los que el empresario actúa con plena libertad en la forma de organizar la selección y promoción, y aquellos otros en los que una norma con rango suficiente—incluido el convenio colectivo— impone unos trámites determinados, que no siempre pueden cumplirse en el período de los tres meses que fija el artículo 4.2. b). 2º del Real Decreto 2720/1998. Esta distinción se funda en que mientras que en el primer caso la aplicación de un plazo máximo es una garantía frente a los abusos o fraudes, en el segundo la limitación temporal específica no se justifica, pues la garantía surge de la propia regulación legal o convencional, y el empresario no tiene disponibilidad sobre la aplicación de un proceso reglado”.

Pero, como digo, esta doctrina debe ser contextualizada, porque se expone en relación con un supuesto excepcional, las sociedades mercantiles públicas (inicialmente respecto de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA),

¹⁰ Costa Reyes, “*Contratos temporales causales*”, cit. pág. 28, respecto de la regulación del RD 2720/1998.

¹¹ SSTS 11-4-2006 (rec. 1387/2004, 2025/2005, 1184/2005, 1394/2005), STS 18-6-2020 (rec. 1911/2018), STS 27-4-2021 (rec. 618/2020).

donde resultaba aplicable la DA 12ª LOFAGE (actualmente DA 1ª EBEP), y en consecuencia no se excluyen por completo los criterios públicos de provisión de puestos de trabajo; por eso, en estos casos, y solo en estos, “una norma con rango suficiente –incluido el convenio colectivo– impone unos trámites determinados, que no siempre pueden cumplirse en el período de los tres meses que fija el artículo 4.2. b). 2º del Real Decreto 2720/1998”.

No puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima¹². La norma legal se limita a recoger la previsión del art. 4.2 b) pár. 2º RD, añadiendo la posibilidad de reducción del plazo por convenio colectivo. De forma que en la norma es indiferente el resultado del proceso de cobertura, no admitiéndose un nuevo contrato “con el mismo objeto”, es decir, para el mismo proceso de cobertura, superado el plazo de tres meses, o para una nueva convocatoria de cobertura del puesto de trabajo, por haber quedado vacante en el proceso anterior.

3. EL CONTRATO LABORAL DE SUSTITUCIÓN POR VACANTE EN LAS AA.PP

Como hemos indicado una novedad formal en el contrato de sustitución por vacante es el tratamiento legal separado para el ámbito público, que se recoge ahora en la DA 4ª del RDL 32/2021, que plasma esencialmente la anterior previsión reglamentaria del RD 2720/1998.

Las AAPP por tanto disponen de los contratos de interinidad por sustitución y para la cobertura de una reducción de jornada, conforme a los dos primeros supuestos del art. 15.3 ET, y la modalidad de cobertura de vacante prevista en el pár. 3º de la DA 4ª del RDL. Es precisamente este último supuesto el que ha concentrado buena parte de la conflictividad del empleo público laboral temporal en las AAPP¹³.

Indica en este sentido el pár. 3º de la DA 4ª RDL 32/2021 que se podrán suscribir contratos de sustitución en el sector público para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura

¹² En el caso de las AAPP, el TS considera fraudulento el encadenamiento para distintos procesos de cobertura permanente de vacantes (STS de 1 de julio de 2015, rec. 2349/2014).

¹³ Un balance jurisprudencial sobre la interinidad laboral antes de las reformas laborales de diciembre de 2021, en Jover Ramirez, “*Interinidad laboral*”, en *XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021; Jurado Segovia y Ramos Moragues, “*Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general*”, en García Murcia (Dir.), *Contratos de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, MTES, 2021, pág. 136 y ss.

definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021.

La plaza vacante debe estar identificada, al igual que el proceso de cobertura que sirve de referencia a la duración del contrato (procesos de promoción interna o concurso de traslado, o mediante oferta pública, debe estar incluida en la RPT y en la OEP correspondiente). No obstante, estas exigencias suelen eludirse y de hecho en este punto los tribunales han demostrado bastante permisividad¹⁴. Un dato normativo que puede estar avalando esta práctica hacia el futuro es el art. 10.1 a) EBEP, que prevé que el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria “dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino”. No obstante, en el ámbito laboral, el TS recientemente trata de subrayar las diferencias entre el trabajador calificado como indefinido no fijo y el interino por vacante, indicando al efecto que en el primer caso la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto, “a diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante” (STS 28-1-2022, rec. 3781/2020).

El nuevo apartado 3º del art. 11 EBEP prevé que “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”. Esta norma, por lo demás, constituye una concreción de la regulación general del art. 55 EBEP.

La norma no diferencia los principios básicos que deben respetarse según estemos ante el acceso a plazas de fijos o temporales. En el caso del personal laboral temporal “se regirá igualmente”, es decir, a partir de los principios de igualdad, mérito y capacidad mencionados anteriormente, por el principio de celeridad, de necesidad y urgencia. No creo que de la literalidad de la norma se pueda deducir “la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal”, como se indica en la STS Pleno 25-11-2021 (rec. 2337/20); cuestión distinta es, como se añade en la sentencia citada, que “la celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes”.

Esta norma quizá pueda ser relevante de cara a la consideración de fijo o indefinido no fijo del trabajador con un contrato laboral temporal declarado

¹⁴ Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, T.B., 2021, pág. 35; Jurado Segovia y Ramos Moragues, “Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general”, cit. pág. 137.

fraudulento¹⁵. La cuestión dista de ser pacífica en la Sala de lo Social del TS. Para la jurisprudencia, la figura del indefinido no fijo persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad), a fin de evitar que el personal laboral temporal en situación irregular vinculado a una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando, al margen de aquellos principios. Como doctrina general (STS Pleno 25-11-2021, rec. 2337/20; STS 24-11-2021, rec. 2341/20) se considera que “la mera superación de un proceso selectivo” para la suscripción de un contrato de trabajo temporal “no garantiza que se hayan cumplido dichos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. Para la plena efectividad de dichos principios “no vale cualquier tipo y clase de convocatoria o proceso de selección, si no respetan adecuadamente las exigencias legales que aseguren la justa ponderación de tales principios”. Se entiende que el proceso selectivo debe cumplir con los requisitos legales derivados de los principios constitucionales (en particular, los contenidos en el art. 55 EBEP). Así, “no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, con las bases, entrevistas o revisión de CV diseñadas en el inicio para una contratación temporal de personal interino por vacante” (SSTS 26-1-2021, rec. 71/20; 5-10-2021, rec. 2748/20).

En la práctica, si tomamos como referencia los sistemas selectivos en las CCAA, es frecuente la exigencia de publicidad y los requisitos de igualdad, mérito y capacidad a través del sistema selectivo clásico más ágil (el concurso), completado con la creación de bolsas de trabajo a las que se incorporan quienes hayan concurrido al concurso, ordenadas por la puntuación obtenida conforme al sistema de baremación fijado¹⁶.

Pero conforme a la doctrina general que estamos exponiendo, aun siendo exigible en todos los casos el respeto de los principios constituciones en cuestión, en pura teoría los niveles de exigencia están condicionados por la naturaleza temporal (que puede ser de muy corta duración) o fija del puesto de trabajo a cubrir, de forma que se conculcarían aquellos principios “de atribuirse la condición jurídica de personal laboral fijo del sector público a quien únicamente ha superado un proceso selectivo para su contratación temporal, en el que el nivel de exigencia de los requisitos de mérito y capacidad es mucho más liviano y manifiestamente distinto al que pudiere requerirse para la provisión definitiva de la plaza”. En cierta manera, se reconoce legalmente una diferenciación en el art. 11.3 EBEP al reclamarse

¹⁵ Para un balance jurisprudencial sobre la problemática de los indefinidos no fijos remito a Pérez Guerrero, “*Persona trabajadora indefinida no fija*”, en *XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, “*Análisis actual de la contratación laboral*”, noviembre 2021.

¹⁶ Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, cit. págs. 49 y ss.

para la contratación temporal un principio de celeridad. De la misma forma, esta diferenciación de procedimientos está implícita en el art. 10.2 EBEP, donde quedan diferenciados los procedimientos de acceso a la condición de funcionario interino y de carrera. Lo llamativo de la STS Pleno 25-11-2021, rec. 2337/20, es que, a partir de esta doctrina general, y sin entrar en las características del proceso selectivo en cuestión, descarta la conversión del contrato temporal irregular en un empleo fijo.

Sin embargo, en alguna sentencia reciente se ha estimado que, una vez constatado el cumplimiento de dichos principios, la consecuencia del fraude en la contratación debe ser la calificación de la relación como laboral fija, y no indefinida no fija (STS, sección 1ª, 16-11-2021, rec. 3245/19). Por tanto, se abre la hipótesis de que el cumplimiento de las exigencias del nuevo art. 11.3 EBEP puede abocar a la aplicación del art. 15.4 ET, en sus propios términos, esto es, que “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el art. 15 ET adquirirán la condición de fijas”, y en definitiva que en ciertos casos se adopte una solución distinta a la general de la conversión de los contratos temporales irregulares en indefinido no fijo, como vemos en esta última STS.

4. LOS CONTRATOS LABORALES POR COBERTURA DE VACANTE EN LAS AA.PP. EN LA LEY 20/2021

La Ley 20/2021, *de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, aborda esta problemática del empleo público temporal, pero centrándose en el empleo funcional interino. De hecho, la EM concentra sus referencias en este colectivo, obviando toda referencia a las reformas que inciden en el personal laboral temporal.

En efecto, en el tema que nos ocupa, la interinidad, el tratamiento detallado se refiere al personal funcionario interino. El art. 10 EBEP (redactado conforme al art. 1.Uno Ley 20/2021) prevé su nombramiento temporal por diversas causas que actúan en paralelo a la versión del art. 15.1 ET anterior a su reforma por el RDL 32/2021. Concretamente, en lo que nos interesa, se prevé el nombramiento temporal para la cobertura de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera (por un máximo de tres años) (art. 10.1 letra a, con un supuesto específico en la DA 3ª, para la cobertura de plazas vacantes por jubilación), y el supuesto de nombramiento por sustitución de los titulares del puesto, por el tiempo estrictamente indispensable que motive el nombramiento (art. 10.1, letra b)¹⁷. En el supuesto de cobertura de vacante en particular [art. 10.1

¹⁷ A los que se añaden, en las letras c) y d) del art. 10.1 el nombramiento para ejecutar programas de carácter temporal, por un máximo de tres años, ampliable a doce meses más por las leyes de función pública de cada Administración, o en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, por un plazo máximo de nueve meses. Obsérvese que incluso el nuevo art. 10.1 d) EBEP (9

a)], el nuevo art. 10.4 EBEP prevé una duración máxima de tres años desde el nombramiento, aunque, excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria.

En el caso del empleo temporal laboral no se introducen reglas de este tipo, por lo que cabe entender aplicable el régimen general del art. 15 ET, con las especialidades introducidas por la jurisprudencia (STS 28-6-2021, rec. 3263/19, ya comentada). La doctrina del TS considera que los contratos de sustitución por vacante en el caso de las Administraciones Públicas se extinguen al finalizar el procedimiento selectivo (con cobertura o no de la plaza) o por amortizarse la plaza vacante ocupada, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas.

La problemática de la duración máxima de los contratos laborales temporales por vacante, ha sido abordada por el TS inicialmente mediante el criterio del carácter fraudulento de la contratación temporal cuando se prolonga durante “un periodo inusual e injustificadamente largo”, es decir, si no hay justificación para la demora en el cumplimiento de la obligación de convocatoria y cobertura de la plaza (STS 27-4-2021, rec. 2186/19). Posteriormente, la STS (Pleno) 28-6-2021, rec.3263/19, corrige este criterio y estima que pasados los 3 años ex art. 70 EBEP, como regla general, el trabajador interino pasa a ser trabajador indefinido no fijo¹⁸. Esta sentencia del Pleno establece que “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”. Esta sentencia fija como criterio general que, salvo ciertas 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”, puesto que ese plazo máximo de duración de la temporalidad “ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones” y además “es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP”. Esta regla no significa 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,

meses en el periodo de 18 meses) flexibiliza el régimen legal, ahora derogado, del art. 15.1 b) ET (6 mees /12 meses).

¹⁸ Con posterioridad, STS 4-11-2021, sent. 1087/21.

de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor.

Este nuevo criterio es fijado por el TS siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria, que estima que la interpretación que ha venido recibiendo el art. 70 EBEP por nuestros tribunales no impide las prácticas fraudulentas y por ello es contraria a la cláusula 5 de la Directiva 99/70 (STJUE 19-3-2020, C-103, 429 y 760/18, y STJUE 3-6-2021, C-726/19)¹⁹.

En efecto, el TJUE ha estimado una práctica fraudulenta, contraria a la cláusula 5ª del AM contenido en la Directiva 1999/70, el incumplimiento por parte de la Administración empleadora de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, y subraya que el Derecho de la UE impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables²⁰.

La doctrina del TJUE contiene algunas puntualizaciones relevantes. En primer lugar, la cláusula 5 AM no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal situación, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. En segundo lugar, se puntualiza que la cláusula 5 AM no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Ahora bien, para evitar esta conversión el Estado debe prever medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad. Ello requerirá que se compense suficientemente al

¹⁹ Conviene dejar anotado que, a diferencia de la jurisprudencia social, en esta temática la jurisprudencia contencioso-administrativa es firme en una doctrina que se aleja de la adoptada por la Sala de lo Social del TS. En primer lugar, constatada la utilización abusiva de la interinidad por vacante, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, ni por aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, la conversión de la relación de servicios temporal en una de carácter fijo o asimilado, sino que la consecuencia jurídica será el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el artículo 10.1 EBEP y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta. En segundo lugar, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite (por todas, STS 30-11-2021, rec. 6302/18; STS 20-12-2021, rec. 4659/19).

²⁰ STJUE 7-3-2018, C-494/16, asunto Santoro); STJUE 19-3-2020, C-103/18 y C-429/18, asunto Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez; STJUE 11-2-2021, C-760/18, asunto OTA.

trabajador y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración. Finalmente, en tercer lugar, apunta el Tribunal, como ejemplos de medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos, la organización, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, la transformación del contrato en indefinido no fijo, o la percepción de una indemnización equivalente a la del despido improcedente.

En la STJUE 3-6-2021 (C-726/19, asunto IMIDRA) el TJUE entiende que pese a la existencia de un plazo preciso en el Derecho español para la realización de los procesos selectivos para la provisión definitiva de las plazas (art. 70 EBEP), dicho plazo no constituye un plazo fijo y, por tanto, no parece, en la práctica, ser respetado. Además, reitera su doctrina, puntualizando que el trabajador afectado por esta práctica fraudulenta tiene derecho a una reparación, que puede ser la consideración de su contrato “por tiempo indefinido no fijo”, si bien dicha consecuencia puede ser sustituida por la legislación del Estado por otra distinta, si la misma es suficientemente efectiva y disuasoria, aplicándose en otro caso como consecuencia la naturaleza indefinida de la relación laboral. Y añade que “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”, porque la misma “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”. Este argumento va en la línea de su jurisprudencia anterior conforme a la cual para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público.

Nuestros tribunales se hacen eco de esta doctrina, planteando dudas sobre la compatibilidad de nuestro derecho interno con la misma. Así, en las SSTSJ Madrid 17-2-2021, rec. 845/2020 y 21-7-2021, rec. 427/21, se concluye que “es obvio y notorio que las medidas existentes en Derecho español no cumplen con dichos criterios, porque si se trata de interinidad por vacante no está prevista indemnización alguna mediante la finalización del contrato e incluso si se aplicara la indemnización creada por vía jurisprudencial para los indefinidos no fijos, esto es una indemnización tasada de 20 días por año de servicio, la misma no cumpliría los requisitos para las indemnizaciones establecidos en la jurisprudencia analizada. Por otra parte la legislación española solamente contiene una declaración genérica e inconcreta de responsabilidad en la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que no tiene eficacia práctica, hasta el punto de que no consta a la Sala que haya sido aplicada nunca, pese a que actualmente se encuentran en situación de interinidad por

vacante o de indefinidos no fijos (figuras ambas creadas por vía jurisprudencial y no legislativa) cientos de miles de trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Por tanto, no existiendo medidas alternativas disuasorias del abuso, la consecuencia ha de ser la fijeza”.

En este escenario jurisprudencial contamos ahora con la nueva DA 17ª EBEP (introducida por el art. 1.Tres de la Ley 20/2021), que prevé un régimen de responsabilidades por incumplimiento del plazo máximo de permanencia del empleo público temporal, que en el empleo laboral debemos completar con la doctrina del TS expuesta sobre dicho plazo máximo. Los dos primeros apartados de la norma se refieren a la responsabilidad de las AAPP de cara al cumplimiento regular de las previsiones de la norma (apartado 1º) y a “la exigencia de las responsabilidades que procedan” por “las actuaciones irregulares en la presente materia” (apartado 2º). Estas previsiones de responsabilidad pueden dar satisfacción a la exigencia de la jurisprudencia comunitaria del carácter disuasivo de las medidas ex clausula 5ª AM (una responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración), pero lo cierto es que difícilmente podrán ser efectivas sin una tipificación de infracciones y sanciones al efecto²¹. Ya hemos anotado que la doctrina de suplicación duda de la efectividad de este tipo de medidas anticipadas en las LLPPGGE de años precedentes.

La Administración está obligada a garantizar el cumplimiento “de los plazos máximos de permanencia como personal temporal” (apartado 4º). De forma que “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”.

En el caso del personal laboral temporal no existe una previsión normativa sobre plazos máximos en el EBEP, de forma que hay que remitirse a las previsiones del ET, en nuestro caso, las referidas al contrato de interinidad (por sustitución y por vacante). El apartado 5º de la norma comentada prevé dos tipos de indemnizaciones a partir de dos requisitos cumulativos: 1) el “incumplimiento de los plazos máximos de permanencia”; 2) y el cese efectivo del trabajador interino irregular. Una primera indemnización se denomina “compensación económica”. La norma prevé en el caso de interinidad por vacante que el “incumplimiento de los plazos máximos de permanencia” (que es la principal causa de irregularidades en este tipo de contratos laborales, aunque pueden existir otros motivos para su consideración como contratación abusiva) provoca la conversión del contrato en indefinido no

²¹ Sala Franco, “La temporalidad en el empleo público”, en *Revista crítica de relaciones laborales, Laborum*, nº 1, 2021, pág. 56; Roqueta Buj y Goerlich Peset, *Interinos en el empleo público*, cit. pág. 132; Sempere Navarro, *Las reformas laborales de diciembre de 2021*, Lefevre, 2022, pág. 44.

fijo, que ahora ve reconocida una “compensación económica” con el cese efectivo de la relación contractual temporal. Una segunda es “la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”, es decir, para el supuesto de que se produzcan irregularidades en la contratación (y lo será sin duda el incumplimiento de los plazos máximos de duración) y se produzca la conversión del contrato en indefinido no fijo, que daría lugar a una indemnización igualmente.

En principio, esta regulación podría estar dando respuesta a la exigencia por el TJUE de medidas para prevenir y sancionar los abusos: conversión de los contratos en indefinidos no fijos, provisión definitiva del puesto de trabajo, indemnización al trabajador que ve extinguido su contrato (incluyendo una compensación económica al margen de la indemnización por extinción del contrato).

Sin embargo, esta hipótesis no es del todo clara. Se indica en el apartado 5º que la “compensación económica” se corresponde con la prevista en el apartado 4º de la norma (veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades), sin perjuicio, como hemos indicado, de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica, que sería la que fija la jurisprudencia por la extinción del contrato de un trabajador fijo discontinuo, es decir, la que corresponde por despido objetivo procedente o despido improcedente, siendo la correspondiente al despido procedente la misma cuantía económica que la correspondiente a la compensación económica, como se acaba de exponer.

Añade el apartado 5º, pár. 2º, de la nueva DA 17ª que la “compensación económica” consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte 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, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

Al ser equivalentes la “compensación económica” por abuso en la contratación temporal y la indemnización por extinción del contrato temporal devenido indefinido no fijo (en el caso habitual de un despido procedente), aquella compensación es inoperante, porque “en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”, y no a la acumulación de ambas cuantías. Quizá se ha pretendido que el trabajador perciba la compensación económica, sin necesidad de acudir a la vía procesal laboral en reclamación de la indemnización por extinción (siendo necesaria la sentencia judicial en el indefinido no fijo para acceder a la misma, obtendría el mismo resultado), salvo que por esta

vía se pretenda la calificación del despido como improcedente o la nulidad del mismo²².

Añade la norma que “el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”. Sin embargo, con ello se parece ignorar la doctrina jurisprudencial de la “unidad esencial del vínculo”, para el supuesto de encadenamiento de contratos temporales, no siendo probable que los tribunales descarten su aplicación²³.

Es llamativo que esta DA 17 EBEP sólo resultará de aplicación respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (DT 2ª Ley 20/2021).

5. ASPECTOS DIFERENCIALES Y COMUNES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Distintos aspectos de su régimen jurídico diferencian el contrato de sustitución de los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, de la anterior regulación del art. 15 ET, y el contrato por circunstancias de la producción, vigente a partir de abril de 2022 con la nueva regulación del RDL 32/2021.

En primer lugar, no es aplicable al contrato de sustitución el art. 15.5 ET porque el encadenamiento de contratos se circunscribe a la modalidad de contratos por circunstancias de la producción. En este sentido, la derogación de los ap. 1º y 2º de la DA 15ª ET (DDU del RDL 32/2021), mantiene vigente el apartado 3º, lo que implica su aplicación a las AAPP. Pero todo ello no afecta al régimen del contrato de interinidad, porque esta DA se refieren al anterior art. 15.1 a) y art. 15.5 ET. En segundo lugar, la cotización adicional en contratos de duración determinada inferior a 30 días (art. 151 LGSS) excluye su aplicación a los contratos de sustitución. En tercer lugar, el art. 49.1 c) ET sigue excluyendo el contrato de duración determinada por causa de sustitución del derecho a indemnización por extinción del contrato. Regla avalada por el TJUE y el TS²⁴. En cuarto lugar, finalmente, la DA 5ª del

²² Sempere Navarro, *Las reformas laborales de diciembre de 2021*, cit. pág. 47.

²³ De nuevo, Sempere Navarro, *op. cit.* pág. 48.

²⁴ Remito a Navarro Nieto, “*El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada*”, Diario La Ley, Nº 9441, Sección Dossier, 21 de Junio de 2018. El TJUE se ha pronunciado sobre la temática de la indemnización por finalización del contrato temporal (SSTJUE 5-6-2018, C-574/16, asunto Grupo Norte, y C-677/16, asunto Montero Mateos; STJUE 21-11-2018, C-619/17, asunto De Diego Porras 2) observando, en primer lugar, ha estimado conforme al derecho de la UE la inexistencia de indemnización en la

RDL 32/2021 prevé supuestos singulares de contratación temporal al margen del art. 15 ET en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea. Esta previsión singular de “contratos de duración determinada” se encuentren asociados a “la ejecución de proyectos” vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y para “la ejecución de programas de carácter temporal” cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea. De esta manera dichos contratos solo se justifican “por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos”. Esta justificación causal de los contratos excluye la figura del contrato de sustitución en cualquiera de sus modalidades.

Por lo demás, es de aplicación el régimen común de los contratos de duración determinada ex art. 15 ET: el art. 15.6 ET (sobre igualdad de derechos); el art. 15.7 ET (sobre información referida a vacantes); el art. 15.8 ET (posibles aspectos del régimen jurídico que pueden ser regulados por convenio colectivo) y el art. 15.9 ET (sobre la certificación de trabajador fijo).

Existen una serie de situaciones irregulares que se sancionan con la conversión del contrato temporal en indefinido. Hasta la reforma del RDL 32/2021 lo que hacía la norma es establecer una presunción a favor del carácter indefinido del contrato. Una presunción *iuris tantum* en los supuestos de los apartados 1º y 2º del art. 9 RD 2720/98 (salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal: incumplimiento de forma escrita y no dar de alta en la seguridad social), y una presunción *iuris et de iure* en el caso del apartado 3º de la misma norma (fraude de ley).

Ahora la norma elimina toda presunción y establece la conversión directa del contrato en los siguientes supuestos (art. 15.4 ET):

1. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el art. 15 ET adquirirán la condición de fijas. En el caso de las AAPP la consecuencia es la de conversión del contrato temporal en indefinido no fijo. Se entiende inaplicable el art. 8.2 pár. 3º ET, que prevé que “de no observarse la exigencia de forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal...”.

extinción del contrato de interinidad. Doctrina que se reitera para la extinción de la prestación de servicios por los funcionarios interinos (una vez cubierta la plaza) (STJUE 22-1-2020, C-177/18, asunto Almudena Baldonero). Entiende que la diferencia de trato con respecto a la extinción de los otros tipos de contratos temporales no es discriminatoria y contraria a la Directiva 1999/70. En segundo lugar, el TJUE considera que no es contrario a la Directiva mencionada el establecimiento de una indemnización diferente por extinción del contrato para los temporales (art. 49.1 c) ET) y los indefinidos (art. 53 ET). Una abundante jurisprudencia del TS de 2019 asume y aplica la doctrina del TJUE a partir de la STS Pleno 13-3-2019, rec. 3970/16.

2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

El art. 49.1 c) ET, en su actual versión, parece contradecir este esquema al prever que “expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”. Estaríamos ante un incumplimiento de lo establecido en el art. 15.3 ET, que, sin embargo, admite prueba en contrario.

En el terreno administrativo existe también la previsión en el art. 7.2º LISOS de una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales por “la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”. El RDL 32/2021 añade a esta redacción una importante regla que endurece sustancialmente el alcance de la sanción: “A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”.

6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

La nueva versión del contrato de sustitución entra en vigor el 31 de marzo de 2022 (DF 8ª RDL). Además, la DT 3ª del RDL 32/2021 prevé un régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021. Concretamente en su apartado 2º prevé que los contratos de interinidad basados en lo previsto en el artículo 15.1. c) ET celebrados según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del “apartado tres del artículo primero” del RDL (31 de marzo de 2022), se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción. Obviamente lo previsto en el art. 15.1 c) ET debe serlo con su desarrollo del art. 4 RD 2720/1998, que incluye tanto la causa de interinidad, como la cobertura de vacante. Es decir, la norma transitoria se está remitiendo al régimen jurídico del contrato vigente a 31 de diciembre de 2021.

Conforme a la regulación anterior al RDL 32/2021, en el contrato de interinidad por vacante se estará a la duración máxima de tres meses (como término final), pero en el caso de interinidad por sustitución la duración se vincula a su causa, que es la reincorporación del trabajador sustituido.

En coherencia con esta regla, la DT 4ª del RDL 32/2021 prevé un régimen transitorio para los contratos de duración determinada celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022. Concretamente se refiere

a los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses. Esta DT no hace referencia a los contratos de interinidad celebrados en este periodo transitorio de 2022, que evidentemente podrán celebrarse conforme a la anterior regulación, lo que debe explicarse nuevamente por la causa singular del contrato, y por tanto la duración, inherente a estos contratos. Esta regla no plantea singularidades para el caso de interinidad por vacante (cuya vigencia debe finalizar antes de los seis meses de límite), pero sí para los contratos de interinidad por sustitución celebrados en este periodo, que, por su causa, no están vinculados al límite temporal de la DT 4ª RDL.

Finalmente, la DDU del RDL 32/2021 procede a la derogación de la disposición adicional vigesimoprimera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que establecía una reducción de cotizaciones sociales empresariales en el caso contratación temporal de trabajadores para la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares (art. 46.3 ET).