



## EDITORIAL

Hallaréis en este boletín nuestra habitual reseña legislativa, así como dos comentarios jurisprudenciales. El primero, a cargo de Carolina Gala, trata sobre la **excedencia por cuidado de familiares**, mientras que el segundo, de Jorge Pérez, se refiere al **cambio de doctrina del TS respecto de los contratos de interinidad abusivos a raíz de la última jurisprudencia del TJUE**.

## LEGISLACIÓN

**REAL DECRETO 636/2021, DE 27 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO PARA EL AÑO 2021** ([acceso al texto](#))

La regulación es muy similar a la contenida en ofertas de empleo público de otros años. Destacamos lo siguiente:

- Se incluyen las plazas de las Escalas de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter nacional (arts. 1.3 y 2.5, en relación con el anexo IV).
- Los órganos calificadoros deberán actuar conforme al principio de transparencia, en las actas de sus reuniones deberá dejarse constancia de todos los acuerdos que afecten a las calificaciones y deberán difundirse, con anterioridad a la realización de cada prueba, los criterios generales y aspectos a considerar en la valoración que no figuren en las bases de las convocatorias (art. 3.11).
- Aquellas corporaciones locales que aprueben la correspondiente oferta pública de empleo deben remitir los acuerdos aprobatorios a la Administración General del Estado (DA 1a).
- Las administraciones públicas podrán convocar, sin que computen a efectos de tasa de reposición, plazas de personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial (DA 3ª).
- Se pueden acumular plazas autorizadas en diferentes normas, en una sola convocatoria (DA 4ª). (DA 4a).
- Les relaciones de la AGE con los participantes en las convocatorias deben instrumentarse por medios electrónicos (art. 2, apartados 14 y 15), con arreglo al *Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo*.

# SENTENCIAS

## ALCANCE DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES CUANDO EL HIJO ES MAYOR DE TRES AÑOS

STS de 5 de febrero de 2021, recurso 2102/2018 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

En esta sentencia el TS aborda una materia que, hasta ahora, se había dado muchas veces por supuesta: el alcance de la labor de cuidado que permite acceder a la excedencia por cuidado de familiares regulada en el párrafo 2º del art. 46.3 ET (o en el párrafo 2 del art. 89.4, EBEP para el caso del personal funcionario público).

El supuesto de hecho es el siguiente: una trabajadora, madre divorciada con un hijo de nueve años, solicitó la excedencia por cuidado de un hijo por un plazo de un año. La empresa se la denegó al considerar que no cumplía los requisitos, sin perjuicio de que pudiera solicitar una excedencia voluntaria. La trabajadora aportó a su petición un informe del director del centro escolar de su hijo en que se hacía constar que este necesitaba una mayor atención en casa para poder mejorar su situación. El debate se centra en determinar si la excedencia por cuidado de familiares incluye el caso de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

La respuesta del TS es negativa, en base a los siguientes motivos:

a) Debe diferenciarse la excedencia por cuidado de hijos del 1º párrafo del art. 46.3 ET de la excedencia por cuidado de familiares del párrafo 2º del mismo artículo. La primera es un derecho que se tiene durante un máximo de tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de su nacimiento y no se exige ningún requisito adicional. En cambio, la excedencia por cuidado de familiares, además de tener una duración distinta (un máximo de dos años, salvo que por negociación colectiva se establezca una duración mayor), requiere que el familiar, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y, además, no desempeñe una actividad retribuida. Se exige, por tanto, que el familiar (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) cumpla necesariamente ambos requisitos de manera acumulativa.

b) Esos dos requisitos impiden reconocer la excedencia por cuidado de familiares en este supuesto, al tratarse de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar con vistas a no repetir curso. Y ello por cuanto no resulta fácil encajar la necesidad de ayuda escolar en la expresión de que el familiar “no pueda valerse por sí mismo”, salvo que se desvirtúe y ensanche indebidamente tal expresión.

Y, por otra parte, tampoco es razonable interpretar, basándose en la referencia a la “edad” que se hace en la excedencia por cuidado de familiares, que todos los hijos mayores de tres años (a los menores se les aplica siempre la excedencia por cuidado de hijos), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. Es claro que todos los menores de una cierta edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos. Pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares. Si se hiciera esta interpretación sería tanto como decir que todos, o casi todos, los hijos mayores de tres años podrían dar derecho a una segunda excedencia, añadida a la potencialmente ya causada hasta los tres años, porque por razones de edad no pueden valerse por sí mismos. No cabe entender que sea esta la voluntad de la ley cuando ha limitado hasta los tres años la excedencia por cuidado de hijos. La edad, respecto de los hijos, se contempla en el art. 46.3 párrafo 1º, fijando, en caso de nacimiento, una determinada edad máxima, por lo que no parece razonable interpretar que el párrafo 2º del art. 46.3 exime de ese tope de edad para el caso de los hijos. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en dicho precepto, es decir, un accidente, enfermedad o discapacidad, en cuyo caso el cuidado del hijo sí podría insertarse en el concepto de excedencia por cuidado de familiares.

c) También debe tenerse presente que, de la exposición de motivos de la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, que fue la que introdujo la figura de la excedencia por

cuidado de familiares en el ET, se deduce que la referencia a la edad se vinculaba a la imposibilidad de valerse por sí mismo; circunstancia que no se daría en el caso planteado.

A todo ello hay que añadir que el segundo requisito de la excedencia por cuidado de familiares (no desempeñar una actividad retribuida) confirma la interpretación realizada, ya que el art. 46.3 parte de la idea de realizar o no una actividad retribuida y en el supuesto de los menores de dieciséis años en ningún caso pueden desarrollar una actividad retribuida legalmente.

d) La misma solución se ha adoptado, por parte de la Sala Tercera del TS, en relación con los apartados d) y e) del art. 356 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tienen una redacción prácticamente idéntica a la del art. 46.3 ET (párrafos 1º y 2º).

e) Esta interpretación del art. 46.3, párrafo 2º, no contradice las directivas comunitarias sobre conciliación de la vida familiar y laboral, por cuanto las directivas no tienen efecto directo horizontal, de manera que “ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares” (entre otras las SSTJUE, de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16 y C-684/16), y con independencia del evidente margen de disposición que tienen los Estados para trasponer las directivas, no parece que las previsiones del art. 46.3 planteen problema alguno de compatibilidad con las mencionadas directivas, cuyos permisos, al menos el de paternidad y el parental, se relacionan más bien con las causas de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo y causas similares del art. 48.4 y concordantes del ET.

Al margen de que se puedan compartir o no los argumentos del TS, no hay duda de que la interpretación que hace en esta sentencia restringe, de forma importante, las posibilidades de acceder a la excedencia por cuidado de familiares en el caso de los hijos mayores de tres años, porque en este supuesto solo será posible acudir a ella cuando, además, ese hijo esté enfermo o haya sufrido un accidente o tenga declarada una discapacidad y, como consecuencia de ello, no pueda valerse por sí mismo. Tesis que, no debe olvidarse, también podría trasladarse a la reducción de la jornada por cuidado de familiares regulada en el párrafo 2º del art. 37.6 ET, que tiene una redacción prácticamente idéntica. Obviamente, también podría trasladarse esa interpretación a lo previsto, en ambas materias, en el EBEP, que sigue la misma lógica. Y, en fin, de igual modo cabe tener presente que la solución adoptada por en esta sentencia puede suponer un límite a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por cuanto es difícil pensar que los cuidados que necesita un menor hasta los tres años justifican el derecho a una excedencia sin requisitos adicionales y, una vez cumple los tres años, los cuidados que sigue necesitando -que, sin duda, son muy semejantes y bastantes, al menos durante unos años- dejan de justificar automáticamente una situación de excedencia. Es una cuestión compleja.

## CONCRECIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CONTRATACIÓN ABUSIVA DEL PERSONAL INTERINO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE JUNIO DE 2021

STS de 22 de julio de 2021, recurso 543/2019 ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

El TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una administración autonómica en relación con una empleada pública con la que suscribió un contrato de interinidad por vacante. En concreto, la trabajadora prestó servicios desde el día 2 de mayo de 2000 con un contrato de esa naturaleza vinculado a la oferta de empleo público correspondiente al año anterior. Nueve años después se inició un proceso de consolidación de empleo, cuya resolución no se produjo hasta 2016, lo que supuso la extinción del contrato de la recurrente por haberse cubierto la vacante que ocupaba. En definitiva, ocupó ese puesto durante más de dieciséis años con un contrato de naturaleza temporal como es el de interinidad.

La trabajadora demandó judicialmente a la administración autonómica resultando que, en segunda instancia, el TSJ consideró procedente la indemnización de veinte días de salario por año de servicio aplicando la doctrina de la STJUE asunto C-677/19 (Montero Mateos) por la expresión de contratos de duración “inusualmente larga”. Recordemos que en la mencionada sentencia europea el Tribunal consideró que la trabajadora no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que este tendría una duración inusualmente larga. Sin embargo, habiendo finalizado el contrato como consecuencia de

la desaparición de la causa que había justificado su celebración, incumbe al juzgador nacional examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.

Especialmente relevante en el caso que nos ocupa es que el TS toma en consideración, por primera vez, la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19 (comentada en el anterior [Boletín número 109, de Julio de 2021](#)) que hace referencia a un asunto muy similar y resuelve cuestiones muy relevantes en relación con el ajuste de la legislación española a la *Directiva 1999/70/CE*, en especial a las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada que figura como Anexo a la propia Directiva. Recordemos que esa reciente sentencia europea concluyó que la normativa española contraviene el mencionado Acuerdo Marco por cuanto 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, a la vez, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a personal "indefinido no fijo", como la concesión de una indemnización. Por lo tanto, nuestra normativa no incluye ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Finalmente, el TJUE descartó que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, puedan justificar la inexistencia de tales medidas.

En la STJUE de 3 de junio de 2021 se afirmaba que, con arreglo a la jurisprudencia del TS, queda excluido que un contrato de interinidad pueda ser recalificado como relación laboral indefinida no fija, ya que ni la celebración de sucesivos contratos de interinidad ni la prórroga de tales contratos, que tienen por efecto prorrogar la relación laboral durante un período que puede llegar a ser de veinte años, se consideran abusivas. Afirmaba también el TJUE que el TS considera que el plazo previsto en el art. 70 EBEP no constituye una garantía inamovible ni tiene carácter automático, y que dicho plazo podría prorrogarse *sine die* por diversas causas y, en particular, como consecuencia de la grave crisis económica del año 2008. Pues bien, el TS responde ahora que jamás ha sido esa su doctrina, que ahora concreta y aclara, en relación con el eventual abuso de la contratación de interinidad; y la resume del siguiente modo:

a) El plazo de tres años al que se refiere el art. 70 EBEP no puede entenderse, con carácter general, como una garantía inamovible, ya que puede suceder que la temporalidad del contrato quede desnaturalizada con anterioridad, o bien que se den circunstancias específicas que eviten que deba operar de modo automático. La STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-667/16, avala que un contrato de interinidad, en determinadas circunstancias que debe verificar el tribunal nacional, pueda durar más de tres años. Así pues, lo que determinará la conducta fraudulenta del empleador no será, solamente, la duración "inusualmente larga" del contrato, sino que tal duración sea "injustificada" por carecer de soporte legal en las circunstancias propias de cada caso. En este sentido, el TS insiste en las especiales circunstancias que se dieron tras la crisis económica de 2008 en España, que afectaron severamente al gasto público y justificaron que no se cubrieran plazas ocupadas por personal interino.

b) El TS considera que su doctrina ha sido siempre plenamente respetuosa con el ordenamiento de la Unión Europea, muy señaladamente con la *Directiva 1999/70/CE*, y que reiteradamente ha considerado fraudulenta la situación de un empleado público con una relación laboral de duración determinada durante un periodo de tiempo inusualmente largo, ejerciendo de forma constante y continuada las mismas funciones, como consecuencia del incumplimiento injustificado por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la plaza vacante. En estas circunstancias, ha venido entendiendo que la situación así creada constituye un abuso de derecho en la contratación temporal que deslegitima el contrato inicialmente válido al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, debió incorporarse al habitual quehacer de la Administración.

Defiende, por tanto, el alto tribunal español, su anterior doctrina, si bien admite que la reciente sentencia europea hace necesario efectuar una nueva reflexión sobre la misma. En este sentido admite que, considerando que la finalidad esencial del Acuerdo Marco que incorpora la *Directiva 1999/70/CEE* es evitar los abusos en la contratación temporal, ese objetivo vincula de manera muy especial a los órganos jurisdiccionales nacionales, obligados a tener en cuenta la situación del personal interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la administración contratante. Así, hay que considerar que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad, provocada por la pasividad de la Administración en orden a la cobertura definitiva de la plaza, debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo a la hora de resolver judicialmente la cuestión. Las

dilaciones innecesarias en los trámites administrativos o las propias expectativas del interino relacionadas con los tiempos ordinarios de cobertura de las plazas son también elementos muy relevantes a considerar en estos casos.

Sin embargo, el TS aprecia en la doctrina del TJUE, expresada en esa reciente sentencia de 3 de junio de 2021, un elemento muy relevante que sí debe suponer una rectificación de la jurisprudencia española. Se trata de la referencia expresa a que las crisis económicas no pueden justificar la inexistencia de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. El TS, que venía apreciando circunstancias de orden económico y presupuestario para valorar la justificación de estos casos, reconoce ahora que debe rectificar y que desaparece la posibilidad de admitir la prolongada extensión de estos contratos ligada a la vigencia temporal de leyes presupuestarias en tiempos de crisis económica.

Concluye la Sala que el desarrollo de los procesos de selección de cobertura de vacantes no puede quedar al arbitrio del ente público empleador, prolongando innecesariamente la temporalidad de los interinos. Consecuentemente, 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. 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.

En el caso concreto analizado se constata que, por un lado, la entidad empleadora tardó más de nueve años (lo hizo en 2009) en organizar y publicar un concurso para la cobertura de la plaza vacante que ocupaba la demandante; y, por otro, que tardó más de siete años en resolver el concurso, sin que exista circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplios periodos de tiempo. Por lo tanto, la trabajadora tenía la consideración de indefinida no fija en el momento de la extinción de su contrato, por lo que, en aplicación de la doctrina expresada en la STS de 28 de marzo de 2017, debe reconocerse una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.